

Competencia esencial y competencia especial del Panel de Expertos. Análisis de la regulación y de los dictámenes relacionados con la competencia especial a 10 años de su existencia

Essential duties and special competency of the Panel of Experts.
Analysis of regulation and the organism decisions related to its special competency on its 10 years of existence

Pilar Bravo Rivera*

El capítulo I contiene la revisión de los antecedentes de la creación del Panel de Expertos y se destaca que el proyecto de ley que envió inicialmente el Ejecutivo, no consideraba esta figura. La creación del Panel responde a la necesidad que existía en la industria en orden a tener un organismo independiente, técnico y altamente calificado que dirimiera los conflictos con el regulador en los procesos tarifarios. De la discusión que se dio en el Parlamento y de la revisión y análisis del texto de la ley se relevan elementos jurídicos que hacen del Panel de Expertos un organismo

Chapter I contains a review of the background of the establishment of the Panel of Experts, emphasizing that the bill sent initially by the Executive did not consider this figure. The creation of the Panel responds to the need in the industry for an independent, highly qualified and technical body that settles conflicts with the regulatory agency during the tariff process. From the discussion that took place in Parliament and the review and analysis of the text of the law, it's possible to find the elements that make the Panel of Experts a one of kind agency, which does not adhere to the judiciary or

RESUMEN / ABSTRACT

* Abogada de la Universidad de Concepción (1987), abogada Jefa de la Comisión Nacional de Energía desde 1997-2005. Actualmente es Directora Titular del CDEC- SING y abogada del Estudio Urrutia y Cía Abogados Ltda. (media jornada). Correo electrónico: pilar.bravo@cdec-sing.cl, pbravo@urrutia.cl

único en su especie, que no se adscribe ni al Poder Judicial, ni al Poder Ejecutivo, ni al Poder Legislativo, pero que tiene elementos interesantes de derecho público. A partir de esta revisión, el artículo analiza la competencia del Panel y distingue la competencia esencial, claramente regulada en la ley y la competencia especial que la ley entrega a la potestad reglamentaria del Presidente de la República. En el capítulo II se analiza la competencia especial haciendo hincapié en la necesaria reglamentación a que hace referencia la ley, se revisa su evolución y la forma en que el Panel de Expertos ha ejercido esta competencia, dado el estatus de la reglamentación, desde su creación. En el último capítulo se hace una relación cuantitativa de los dictámenes emitidos en virtud de esta competencia especial y se destaca, en algunos análisis de divergencias y dictámenes, la postura que ha tenido el Panel a este respecto y su evolución durante estos 10 años de existencia.

Palabras clave: Panel de expertos, competencia, análisis de divergencias.

Introducción

El Panel de Expertos Eléctrico¹, en adelante el Panel, está regulado en el Título VI, artículo 208 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley N°4, que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en adelante DFL N° 4.

Este trabajo revisa los antecedentes de la creación del Panel, centrándose en la historia de la ley, en el mensaje y en el tenor literal de la misma, para relevar algunos elementos interesantes, pero finalmente se centra específicamente en la competencia del Panel. Lo anterior, tiene como objetivo general verificar el origen y la regulación del Panel, e identificar los elementos que puedan servir para definir su naturaleza jurídica y su competencia, a fin de tener una visión lo más completa po-

the executive or the legislature, but which has interesting elements of public law. From this review, the article analyzes the distinctive competence of the Panel, distinguishing its "special competence", clearly regulated by law, and the competence given by law to the President for issuing regulations. Chapter II contains an analysis of the "special competence" emphasizing the necessary regulations referred in the law, a review of its evolution and how the Panel of Experts has exercised this competence, given the status of regulation since its creation. The last chapter contains a quantitative list of decisions issued under this special competence, highlighting some divergent analysis and decisions, the position taken by the Panel in these matters and its evolution during these 10 years of existence.

Key words: Panel of Experts, competition, analysis of discrepancies.

¹ Fue instituido por la Ley N° 19.940 del 2004, que incorporó el actual Título VI: Del Panel de Expertos, según se contiene actualmente DFL N° 4.

sible del marco de acción que, conforme a la ley, tiene o debería tener este órgano.

El objetivo específico de este trabajo se centra en la regulación de lo que denominamos “*competencia especial*” del Panel, establecida en el inciso final del artículo 208° del DFL N°4, y su evolución en estos 10 años de funcionamiento. Revisaremos cómo la regulación y el propio quehacer del Panel han plasmado lo dispuesto en la ley, con miras a determinar los temas que pudieran estar claramente establecidos en la norma legal y aquellos que no lo están tanto.

A 10 años de su creación el Panel se ha consolidado como tal. Sin embargo, desde el punto de vista netamente jurídico, a nuestro entender, la ley que instituyó este órgano o instancia fue poco precisa en cuanto a su naturaleza jurídica y a la forma en que se inserta en el ordenamiento jurídico institucional general; del mismo modo, la reglamentación también ha sido escasa y poco precisa en esta materia. El Panel se constituye así en una institución novedosa en el ordenamiento jurídico chileno.

I. El Panel de Expertos y su regulación

1. Ideas matrices de su génesis y regulación

El mensaje enviado por el Ejecutivo, con fecha 6 de mayo del 2002, que dio origen a la Ley N° 19.940, no incluía en su articulado original la creación del Panel. Sin embargo, señala que el Gobierno tiene una política de mediano y largo plazo cuyo objetivo es modernizar integralmente la regulación del sector y agrega que entre los principales temas identificados en dicha política, estaba la “Creación de una instancia independiente de resolución de discrepancias sobre fijaciones (de) precios regulados”². Se desprende de la revisión del Mensaje que, debido a situaciones coyunturales del sector, se optó por regular solo cinco materias específicas, quedando fuera el tratamiento de la instancia independiente de resolución de discrepancias sobre fijaciones de precios regulados. También se señala que la CNE estaba trabajando en un anteproyecto de ley³, que consideraba la Comisión Pericial Permanente, instancia independiente para las discrepancias en las fijaciones tarifarias.

La discusión parlamentaria fue extensa y prolífera respecto de las ideas matrices de este organismo. En efecto, a partir de la intervención de las empresas del sector se vio la necesidad de tener un mecanismo de solución de las discrepancias que pudieran darse entre el regulador y las empresas sometidas a regulación, en los aspectos técnicos y económicos, dentro de los procesos tarifarios.

² Mensaje Presidencial punto 3, 7.

³ Anteproyecto de Ley N° 19.940.

En la discusión de la Cámara de Diputados fue delineándose el actual Panel, específicamente como producto de las presentaciones de los distintos actores del sector. Se destacan y transcriben algunas opiniones emitidas en este Primer Trámite legislativo que son, conforme a declaración directa del Ejecutivo, el motivo por el cual se incorporó la creación del Panel en el Proyecto:

a) *Exposición del Gerente General de HQI Transelec Chile S.A., señor Guillermo Espinosa Ihnen:* "Entre los aspectos del proyecto que requieren una corrección, señaló los siguientes: Evitar que el Gobierno se transforme en juez y parte, en razón de que el proyecto contempla:

- a) Que las discrepancias que surjan en el proceso de planificación sean resueltas por el Ministro de Economía, con informe de la Comisión Nacional de Energía;
- b) Que si hay discrepancias en el valor de las inversiones, resuelva el Ministro de Economía, con informe de la CNE.
- c) Que si hay discrepancias en los valores por cobrar a los usuarios, resuelva el Ministro de Economía, con informe de la CNE.

Por lo tanto, se solicita incluir la creación de un cuerpo arbitral que resuelva con garantías de independencia y neutralidad los conflictos o divergencias que se puedan producir entre propietarios de transmisión y sus usuarios o entre las empresas de transmisión y el regulador"⁴.

b) *Exposición del profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Fernando Avara (sic) Elías:* "Propuestas: Contar con un mecanismo de reclamo y de decisión imparcial de divergencias destinado a resolver los conflictos que se susciten con la autoridad administrativa con motivo de la fijación de tarifas de transmisión troncal, subtransmisión y sistemas medianos"⁵.

c) *Exposición del profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, señor Eugenio Evans Espiñeira:* "Una comisión pericial permanente, un tribunal arbitral de expertos u otra instancia independiente con facultades resolutorias son indispensables para resolver los conflictos entre las empresas o de estas con la autoridad administrativa. La actual concentración genera una incertidumbre que no se compadece con la relevancia económica del sector en comentario"⁶.

d) *Propuestas de Saesa:* "Crear una comisión pericial permanente, autónoma, que resuelva los conflictos de tarifas, con un método de tipo

⁴ Informe Comisión de Minería de la C. de Diputados, 101.

⁵ Informe Comisión de Minería de la C. de Diputados, 114.

⁶ Informe Comisión de Minería de la C. de Diputados, 120.

arbitraje laboral, de manera que, cuando haya dos posiciones, se fomente la convergencia”⁷.

e) *Exposición de la economista del Instituto Libertad y Desarrollo, señorita María de la Luz Domper Rodríguez: “a) Introducción de una comisión pericial permanente. Es fundamental la existencia de una CPP que dirima conflictos tanto en materia de peajes de transmisión como de tarifas de distribución”*⁸.

Posteriormente, finalizada la etapa de audiencias en la tramitación del proyecto, el Poder Ejecutivo señaló expresamente que, “a raíz de los diferentes planteamientos efectuados por los ejecutivos de las distintas empresas, el Ejecutivo se ha dispuesto a efectuar las indicaciones del caso, en relación con las siguientes materias: 6. Las comisiones periciales. Si bien no existe acuerdo en el Ejecutivo respecto la existencia de un sistema pericial permanente, se ha preferido implementar un sistema ad-hoc, con objeto de que determinados temas puedan ser tratados por una comisión diferente y no a través del actual sistema de solución de controversias”⁹. En esta etapa de la discusión, también se señala por el Poder Ejecutivo que “aparte de los conflictos de índole tarifaria, podrían surgir divergencias respecto de la interpretación de la ley, que está relacionada con el desarrollo de la regulación y con políticas energéticas, temas que deben ser abordados por el regulador y no por los peritos. Señala que si no se logra consenso sobre el particular, la comisión pericial participaría exclusivamente en los procesos de transmisión y de sistemas medianos. Sostiene que en los procesos tarifarios las decisiones deben ser tomadas por cuerpos colegiados, que deben estar definidos de manera de garantizar independencia de criterios y que estén compuestos por personas respetables e idóneas”¹⁰.

El Gobierno presentó las indicaciones que contenían la creación del Panel, después de todas estas aclaraciones, discusiones y del trabajo parlamentario, haciéndose eco de esta forma de las necesidades del sector.

Asimismo, las indicaciones parlamentarias al art. 133° del Proyecto¹¹, nos dan una buena visión de los elementos que se tuvieron a la vista para definir el alcance y carácter del Panel:

⁷ Informe Comisión de Minería de la C. de Diputados, 223.

⁸ Informe Comisión de Minería de la C. de Diputados, 248

⁹ Exposición del señor Jorge Rodríguez Grossi, Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción y Ministro Presidente de la Comisión Nacional de Energía. Informe Comisión de Minería de la C. de Diputados, 259.

¹⁰ Exposición de la señora Vivian Blanlot Soza, Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía informe Comisión de Minería de la C. de Diputados, 261.

¹¹ Planteadas por los diputados Rosa González y Cristian Leay. Informe Comisión de Minería de la C. de Diputados, 403.

a) Respecto de la forma en que debe resolver el Panel en el art. 133 inc. III, se sustituyó la frase que presentó el gobierno que indicaba: “y conforme al mérito de los antecedentes existentes a la fecha de su surgimiento” por la propuesta por los diputados: “debiendo optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios”.

Los Diputados que presentaron la indicación señalaron que la modificación tiene por objeto obligar al Panel a optar por una de las alternativas en discusión en cada divergencia, sin que pueda adoptar valores o soluciones intermedias. *Ya que el panel de expertos no es un tribunal, no corresponde que adopte soluciones intermedias a las planteadas por las partes en conflicto* (énfasis agregado).

b) En el art. 133° inciso final, la propuesta del Gobierno señala lo siguiente: “En todo lo que no fuere contradictorio con la presente ley y el reglamento, se aplicará en forma supletoria el procedimiento administrativo que rige los actos de los órganos de la Administración del Estado, contemplado en la ley N° 19.880”.

Por indicación parlamentaria se propuso eliminar este inciso final, pues la referencia a la ley N° 19.880 establece un plazo de impugnación de dos años, lo que restaría certeza al dictamen del Panel. Se aprobó esa indicación, lo que es atendible considerando que se trata de soluciones frente a proceso tarifarios.

Cabe destacar que la Corte Suprema, respondiendo al tenor de lo solicitado por la Cámara de Diputados¹², señaló que conforme se desprende de lo establecido en el art. 74 de la Constitución Política de la República, en relación con el art. 16 de la Ley N° 18.918, “a la Corte Suprema solo compete informar en torno a aquellos proyectos que se refieren a la “organización y atribuciones de los tribunales”. Señala expresamente la Corte Suprema que: “En concepto de esta Corte Suprema, el denominado ‘Panel de Expertos’ no es órgano jurisdiccional, en los términos de los artículos 73 y 74 de la Constitución Política de la República y 5° del Código Orgánico de Tribunales. Al ser así, se estima que no corresponde emitir informe sobre la materia consultada”.

En el informe de la Corte Suprema se previene que el Ministro Señor Juica, estuvo “por informar negativamente el proyecto en cuestión”, en lo que dice relación con el Panel. Se expresa, textualmente, lo siguiente: “Tiene para ello presente, que sin perjuicio de señalar dicha normativa que aquel organismo solo cumple una labor de dictaminar

¹² La Cámara de Diputados, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 74 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, solicitó informe a la Corte Suprema acerca del artículo 3° del proyecto, que incorpora el Panel de Expertos, mediante oficio N° 4606, de 28 de octubre del 2003. La Corte Suprema respondió por oficio N° 256, del 27 de noviembre del 2003.

acerca de las discrepancias que se puedan producir con relación a las cuestiones que se enumeran en los N° 1 a 12 del artículo 130 y a los conflictos que se pueda dar lugar conforme al inciso final, es lo cierto, que conforme a lo que se estipula en el artículo 133 de dicho proyecto, la resolución que el Panel emita es vinculante, o sea, con fuerza obligatoria, para todos los que participen en el procedimiento y además, sin ulterior recurso, poder que solo es concebible en un órgano de carácter jurisdiccional, para lo cual, la Constitución Política de la República previene claramente que esa facultad le compete solo al Poder Judicial y, en particular, a los tribunales establecidos en la ley, explícitamente los señalados en el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales”.

“En estas condiciones, observa el preveniente que en realidad el aludido Panel de Expertos, aun cuando debe emitir un dictamen, que conforme al léxico constituye solo una “opinión o juicio que se forma, o emite sobre una cosa”, al revestirlo la ley del carácter de imperatividad y vinculación para los interesados y órganos públicos, en el fondo le está otorgando también la facultad de conocer y resolver un asunto litigioso que solo le corresponde al Poder Judicial como claramente lo señala el artículo 73 de la Constitución Política de la República. La observación efectuada viene también de la discusión parlamentaria suscitada hasta el momento. Así en la página 287 del proyecto, al final del artículo 130 se explica: “Este capítulo y este artículo específicamente establecen la existencia de una instancia de resolución de conflictos y discrepancias en el sector eléctrico...”. Expresiones que denotan claramente la función propia de un tribunal. La misma expresión “solución de conflictos” se repite en el comentario puesto al final de los artículos 131 y 133 del proyecto. De este modo, para el preveniente este organismo se revestiría, por su poder de conocimiento y decisión en cuestiones que conllevan un conflicto de relevancia jurídica, en una comisión especial prohibida en el N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental y afectaría, de la misma manera, el principio del debido proceso de ley, asegurado también en dicho estatuto constitucional”.

Cabe señalar que el voto de minoría entiende que el Panel sería una especie de comisión especial que está prohibida por la Constitución. Por tanto, en ese entendido, toda vez que en los hechos y en el derecho el Panel está creado por ley, funciona y está aprobado constitucionalmente, solo cabe entender que el mismo no es tribunal.

Por otra parte, en la discusión general en el Senado, el Ministro de Economía, explicó que el proyecto se concentra en cuatro temas, y agregó que en el art. 3° se crea el Panel, como “instancia [que] tendrá la responsabilidad de resolver las discrepancias *que puedan surgir entre la autoridad y las empresas en los distintos procesos tarifarios así como los conflictos que surjan dentro del CDEC*”. (énfasis agregado).

2. Otras leyes que se refieren al Panel de Expertos

Con posterioridad a la creación del Panel de Expertos, otras leyes se han referido al mismo. Entre estas cabe mencionar las siguientes dado que nos pueden ayudar a definir su naturaleza jurídica:

a) Ley N° 20.304, sobre operación de embalses frente a alertas y emergencias de crecidas. Cabe hacer notar que en la tramitación de esta ley, el Tribunal Constitucional¹³, establece: "Que la norma contemplada en el artículo 12, inciso quinto, del proyecto remitido, es constitucional en el entendido que no priva, en caso alguno, a las partes, del derecho a hacer uso de las acciones y vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental respecto de la decisión del panel de expertos acerca de la indemnización a que se refiere el precepto, incluido el recurso de queja"¹⁴.

b) Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, cuyo artículo 8° inc. segundo dispone: "Los demás tribunales especiales de la República, tales como el Tribunal de Contratación Pública o el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y los órganos que ejercen jurisdicción, como la Dirección General de Aeronáutica Civil o el Panel de Expertos a que se refiere la ley N° 19.940, cumplirán la obligación dispuesta en el inciso precedente mediante sus propios sitios electrónicos o en los de él o de los servicios u organismos de que dependan o formen parte o tengan más próxima vinculación, en caso de que no dispongan de un sistema propio".

Vale decir, esta ley distingue entre los tribunales especiales y *los órganos que ejercen jurisdicción*, situando al Panel entre estos últimos, esto es, no lo califica como un tribunal especial. En nuestro parecer, esta norma es completamente coherente con lo que dispuso la ley eléctrica y con lo informado por la Corte Suprema en su momento.

3. Elementos legales relativos a su naturaleza jurídica, formación y competencia del Panel de Expertos

A partir de los antecedentes revisados, del texto de la ley, del desempeño y quehacer mismo del Panel, es dable señalar que hay, en este organismo, elementos que son especiales. Algunos de estos están claramente dispuestos en la ley y otros han ido manifestándose a través de normativas de rango menor, tales como reglamentos, sentencias o

¹³ Sentencia Rol N° 1.209 (2008).

¹⁴ El inciso quinto del art. 12 de la Ley N° 20.304 dispone: "En el caso del panel de expertos, su dictamen deberá optar por la alternativa del operador o de la DGA, sin que pueda adoptar valores intermedios. Será vinculante para todos los que participen en el procedimiento respectivo y no procederá ninguna clase de recursos jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o extraordinaria".

dictámenes. Lo anterior puede llevar a la doctrina a encasillar al Panel dentro de una orgánica jurídica determinada, como es la de señalar que es un tribunal de la República. Sin embargo, la especificidad y la poca regulación o reglamentación de este organismo impiden calificarlo o incluirlo dentro del Poder Judicial y dicha tesis resulta, a nuestro entender y análisis, muy discutible.

Señalamos algunas particularidades que la ley en forma expresa entrega al Panel, que le otorgan características tanto de derecho privado, como de derecho público:

a) El nombramiento de los integrantes del Panel se formaliza mediante resolución del Ministerio de Energía. Se hace a través de un acto administrativo, sin embargo la ley señala expresamente que no son funcionarios públicos. De hecho su función es incompatible con la condición de funcionario público.

b) La ley aplica a sus integrantes las normas sobre responsabilidad administrativa y probidad contenidas en el D.F.L. N° 1/19.653 y las previstas en el Título V del Código Penal sobre delitos de los empleados públicos.

c) El dictamen del Panel se pronunciará exclusivamente sobre los aspectos en que exista discrepancia, debiendo optar por una u otra alternativa en discusión, sin que pueda adoptar valores intermedios.

d) El dictamen del Panel será vinculante para todos los que participen en el procedimiento respectivo y no procederá ninguna clase de recursos, jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o Ley N° 20.402 extraordinaria.

e) Los costos de funcionamiento del Panel serán de cargo de las empresas eléctricas de generación, transmisión y concesionarias de servicio público de distribución de energía eléctrica.

f) No tiene personalidad jurídica. De hecho no tiene patrimonio que es un atributo esencial de la personalidad. Tiene un presupuesto establecido por ley, financiado por el sector privado.

g) No tiene dependencia alguna de otro organismo, ni público, ni privado, ni de la CNE, ni del Ministerio de Energía. La relación con la administración pública se da en los siguientes términos: "Corresponderá a la Subsecretaría de Energía coordinar y ejecutar las actividades necesarias para la administración de estos gastos y para el funcionamiento del panel".

h) El Panel no es un tribunal de la República de Chile. Como hicimos notar anteriormente, en el trámite legislativo específico, la Corte Suprema señaló por oficio que no es un tribunal, en los términos de los artículos 73 y 74 de la Constitución Política de la República.

Algunos de estos elementos pudieran tender a entregar a este organismo aspectos de institución pública. Sin embargo, para dotar a una institución de elementos de derecho público debe tratarse de una normativa expresa y de derecho estricto. El Panel es un organismo creado por ley, pero la ley no lo enmarca en las instituciones propias del ordenamiento jurídico público, no lo adscribe ni al Poder Judicial, ni al Poder Ejecutivo, ni al Poder Legislativo. Por tanto, es una institución *sui generis*, única en su especie.

De este esquemático levantamiento de algunos aspectos jurídicos relacionados con el Panel aparecen de inmediato múltiples particularidades, desde el punto de vista legal y jurídico, interesantes de analizar. Este artículo se centrará en su competencia, para analizar cómo se ha ido desarrollando en estos 10 años y como los dictámenes del Panel han ido evolucionando en esta materia.

II. Ámbitos de competencia del Panel de Expertos

La ley no define ni instituye al Panel como un órgano específico, sino que opta por señalar las materias que deben ser sometidas a su dictamen, regulando aspectos formales, tales como su integración, mecanismo de elección, duración de sus cargos, régimen de responsabilidad, etc.¹⁵

Es así como la competencia está dada por la ley, en forma estricta, acotada y expresa. No se trata, por tanto, de un organismo que administra justicia; no se recurre al Panel para restituir el estado de derecho, para interpretar la ley o para corregir acciones de la autoridad¹⁶, sino que se recurre para dirimir sobre aspectos técnicos y económicos que tienen lugar en procesos específicos. Se trata de conflictos entre partes muy acotadas –entre empresas del sector eléctrico y la autoridad en procesos tarifarios y entre empresas– según lo dispone la ley o el reglamento. Esta competencia técnica y acotada se desprende también y es coherente con la composición del Panel, constituido por profesionales, si bien de distintas disciplinas¹⁷, pero que deben cumplir con la exigencia de estar altamente especializados en materia eléctrica.

1. Competencia esencial y competencia especial del Panel de Expertos

La ley, en el art. 208, opta por definir un listado de materias que deben ser sometidas al dictamen del Panel de Expertos. Todas las competencias establecidas en los numerales 1) al 11) de dicho artículo, son mate-

¹⁵ Arts. 208 a 212 LGSE.

¹⁶ Con excepción de eventuales correcciones en el caso de divergencias que tienen lugar en los procesos tarifarios.

¹⁷ Art. 209 LGSE.

rias relativas a procesos tarifarios o regulación de precios, competencias que estimamos son de su esencia.

Sin embargo, el inciso final regula una competencia distinta y otorga al Panel lo que denominamos "competencia especial". Es especial, porque el legislador conforme al tenor literal de la ley dispone que las materias sobre cuales recae esta competencia sean determinadas por el Poder Ejecutivo a través de su potestad reglamentaria. En este caso, la ley hace la referencia a la necesidad de determinar reglamentariamente materias de fondo, independiente del objetivo general de todo reglamento que esta dado principalmente para establecer aspectos procedimentales. Esta última competencia será objeto de un análisis especial a la luz de la reglamentación que se ha dictado en esta materia y de los dictámenes del Panel en este ámbito.

La competencia especial es la contenida en el inciso final del art. 208 de la Ley, que dispone: "Asimismo, se someterá a dictamen del panel de expertos los conflictos que se susciten en el interior de un CDEC, respecto de aquellas materias que se determinen reglamentariamente".

La potestad reglamentaria está radicada por la CPR en el Poder Ejecutivo, por tanto lo que hace en este caso el legislador es depositar en el Poder Ejecutivo la facultad de determinar las materias que pueden ser llevadas al Panel. Al parecer, el legislador estimó que no todos los conflictos que se susciten dentro de un CDEC pueden ser llevados al Panel. Destacable es, en este sentido, el voto disidente del Sr. Alejandro Vergara en el primer dictamen emitido por el Panel en el año 2004¹⁸, que señala expresamente esta situación y sostiene que el Panel no tiene competencia para abocarse al conocimiento y para dictaminar sobre dichas materias porque no se ha dictado el reglamento, se trataba de una materia ajena a un proceso tarifario.

Otro aspecto destacable de la *competencia especial*, en relación a la *competencia esencial* del Panel, está dado por las Partes entre las que se dan cada una de las divergencias en los distintos casos. En la *competencia especial*, dado que son conflictos que se producen al interior de un CDEC, las Partes son las entidades que están al interior del CDEC, a saber: las empresas que forman parte del mismo y sus órganos internos. En este tipo de divergencias, no son parte las autoridades del sector, al no integrar un CDEC. Este es un aspecto diametralmente opuesto a lo que ocurre en las divergencias propias de la *competencia esencial*, en que el conflicto se suscita precisamente entre las empresas y la autoridad.

En definitiva las materias que pueden ser conocidas por el Panel y que constituyen su competencia, se agrupan en: competencia esencial y competencia especial.

¹⁸ Dictamen N° 1-2004, 48.

a) *Competencia esencial*. Se trata de materias relacionadas con procesos tarifarios, en que las partes son la entidad reguladora y las empresas del sector eléctrico y están señaladas en los numerales 1 al 10 del art. 208 LGSE.

Los procesos tarifarios, que actualmente son muchos y variados en el sector, son procesos complejos, técnicos y sofisticados. La ley los ha regulado en base a diversas instancias todas públicas y participativas, y cada vez que procede recibir opiniones u observaciones de las empresas del sector, la ley establece una instancia para que las eventuales diferencias entre estas y la autoridad sean dirimidas por el Panel.

Es así como hay intervención del Panel en la gran mayoría de los procesos tarifarios del sector eléctrico y al menos en dos o tres etapas de su desarrollo.

Desde el punto de vista de este trabajo, este tipo de competencias no presenta problemas ni requiere grandes análisis de juridicidad. En efecto, la ley es clara en señalar el momento en que se puede recurrir al Panel en cada proceso tarifario y las empresas han utilizado este mecanismo haciendo valer sus posiciones.

No hay problemas en este tipo de divergencias, por ejemplo, para determinar quiénes son las "partes" de las mismas. Está claro en la ley que el Panel tiene que optar por una u otra alternativa. En el ejercicio de esta competencia el Panel dirige sobre aspectos técnicos y económicos en los que hay conflicto entre el regulado y el regulador dentro de un proceso tarifario y no tiene competencia para revisar otros aspectos como pudiera ser interpretar la ley, aplicar justicia, restitución de estado de derecho, etc. Si las empresas discrepan respecto de otros aspectos, como puede ser aplicación en términos no técnicos de la ley, debiera declararse inadmisibles en dicha divergencia y el conflicto debiera reclamarse en el marco general del derecho, por las vías administrativas o judiciales generales. Por otra parte, el dictamen tiene la particularidad que se agota en la fijación respectiva, por tanto las decisiones no están llamadas a producir jurisprudencia o normas de aplicación general, no constituyen normas regulatorias en el sentido amplio del concepto. Son dictámenes técnicos que definen o dirimen un caso concreto. Esta es la función propia de un organismo técnico altamente especializado, formado por profesionales expertos de un sector muy acotado, cual es el sector eléctrico.

En cuanto a la competencia que se activa por común acuerdo de las empresas eléctricas, dispuesta en el numeral 11) del art. 208, también está limitada a aquellas que las empresas eléctricas tengan entre sí con motivo de la *aplicación técnica o económica de la normativa del sector*. No se trata, entonces, de otros conflictos como podrían ser

interpretación de la ley, temas de justicia, comerciales o jurídicos. Es importante relevar que no se han presentado este tipo de divergencias en los diez años de funcionamiento del Panel de Expertos.

b) *Competencia especial*. El numeral 11) del art. 208 LGSE señala “Asimismo, se someterá a dictamen del panel de expertos los conflictos que se susciten en el interior de un CDEC, respecto de aquellas materias que se determinen reglamentariamente”.

Esta competencia, según se desprende del texto de la ley es de derecho estricto y debe entenderse como tal. No puede ser entendida como una competencia amplia o ilimitada donde pueden caber todos los conflictos que surjan entre las empresas al interior del CDEC. Por el contrario, el legislador limitó el ámbito de esta competencia exclusivamente a las materias que expresamente se señalen, a través de la potestad reglamentaria, que corresponde al Presidente de la República.

En el interior del CDEC se pueden producir dos clases de conflictos. El primero, entre sus integrantes, es decir, entre las empresas de generación, de transmisión y los clientes libres. El segundo, entre estas empresas y los organismos del CDEC, a saber: las Direcciones Técnicas y el Directorio.

En cuanto a las materias sobre las que se pueden dar estos conflictos, deben estar identificadas reglamentariamente.

Hay dos reglamentos que esencial y principalmente deberían referirse o regular este tema, el Reglamento del Panel¹⁹ y el Reglamento de los CDEC²⁰. Sin embargo, cualquier otro reglamento podría referenciar o determinar materias que sean absorbidas o consideradas dentro de este tipo de competencia del Panel²¹.

En el Reglamento del Panel, solo encontramos las siguientes disposiciones atinentes:

i) *Artículo 29*. “Corresponderá al Panel de Expertos emitir dictamen respecto de las materias de su competencia expresamente previstas en el artículo 71°-35 y en los numerales 1) a 11) e inciso final del artículo 130°, ambos de la Ley, desarrolladas en el presente título, que le sean sometidos en la forma y oportunidad que para cada caso se establece reglamentariamente”.

ii) *Artículo 30*. “Serán sometidas al dictamen del Panel de Expertos, las discrepancias que se produzcan en relación con los siguientes

¹⁹ DS N° 181, de 2004.

²⁰ DS N° 291, de 2007.

²¹ Por ejemplo en el DS. N° 130, Reglamento de Servicios Complementarios y el DS N° 62 Reglamento de Potencia Firme.

procesos y materias: (...) m) Los conflictos que se susciten al interior de un Centro de Despacho Económico de Carga, en adelante CDEC, de conformidad con las disposiciones reglamentarias que regulan su funcionamiento”.

El Reglamento del Panel remite la “*competencia especial*” al reglamento del CDEC, por lo que se hace necesaria la revisión de dicho reglamento. Hay que tener presente que la ley que creó el Panel, también modificó sustancialmente el CDEC y el reglamento del CDEC se dictó muy posteriormente²².

Por tanto, al momento de constituirse el Panel su competencia estaba dada por la ley en la *competencia esencial*, respecto de las materias de tarificación, en forma clara y completa. En cuanto a la *competencia especial*, la ley no solo no dispuso materias sobre las cuales las empresas podían recurrir al Panel en caso de conflictos, sino que derivó esa determinación a la potestad reglamentaria. Por otra parte, hay que hacer notar que mantuvo vigente la disposición legal que habilita al Ministerio de Energía para resolver en caso de desacuerdo en la forma de realizar la interconexión, y de efectuar el transporte o transferencias, actual artículo 137 del DFL N°4. En este punto podemos observar otra materia que amerita análisis y eventual definición, ya que existe una especie de contienda de competencia este punto no será abordado, en esta oportunidad, sin embargo es interesante dejarlo planteado.

Cuando se constituyó el Panel, en el año 2004, en lo que se refiere a los CDEC estaba vigente el Decreto Supremo N° 327²³. Desde el año 2004 y hasta el año 2008, fecha en que se dictó el Reglamento de los CDEC, el Panel funcionó con el marco del Reglamento N° 327, en lo que atañe a los conflictos al interior del CDEC.

Con la dictación del Reglamento de los CDEC, se dio a este la conformación actual y además se entiende que se debió reglamentar o se entiende que se reglamenta la *competencia especial* del inciso final del art. 208.

De otro lado, revisado el reglamento de los CDEC, podemos señalar que se refieren a la competencia del Panel los siguientes artículos:

i) *Artículo 8°*, que regula la dictación del Reglamento Interno por el Directorio, y en este ámbito dispone que en caso que no exista acuerdo en el texto entre el Directorio y las empresas integrantes estas podrán recurrir al Panel de experto.

²² DS N° 291, de 2008.

²³ DS N° 327, de 1998.

ii) *Artículo 10º*, regula el mismo mecanismo para el caso de la dictación de los Procedimientos en el seno de las Direcciones Técnicas.

iii) *Artículo 20*, capítulo de los derechos de los integrantes del CDEC dispone que: "Los Integrantes del CDEC tendrán los siguientes derechos:

a) Concurrir a la elección del o los miembros del Directorio que representen a su segmento;

b) Recurrir directamente al Panel de Expertos establecido en el Título VI de la Ley en caso de controversias, discrepancias o conflictos que se susciten al interior del CDEC respectivo, en conformidad a lo dispuesto en el Título IX del presente reglamento..."

iv) *Artículo 23*. Dispone que para la designación de los miembros del Directorio, "en el caso que, por cualquier motivo, no se elija al representante y a su suplente de un segmento, cualquiera de sus integrantes podrá solicitar al Panel de Expertos que los designe a partir de los candidatos que hubiese propuesto" (DS115).

v) Y el *Título IX de las Controversias, discrepancias o conflictos*, dispone:

Artículo 82. "Las controversias, discrepancias o conflictos que se susciten al interior de un CDEC, y su procedimiento se sujetará a lo dispuesto en el Artículo 32 del Decreto Supremo N° 181 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004.

El Directorio deberá incorporar en el Reglamento Interno los requisitos formales indispensables que sean necesarios para que el procedimiento señalado en el inciso anterior permita resguardar que cualquier Integrante pueda recurrir directamente al Panel en caso de controversia, discrepancia o conflicto con otro Integrante, con el Directorio o con las Direcciones del CDEC. Asimismo, dicho Reglamento deberá contener el mecanismo mediante el cual se informará al resto de los Integrantes la formalización de las discrepancias respectivas, a efectos que puedan exponer sus posiciones al Panel".

Estas son las normas reglamentarias que por esencia se refieren a las divergencias que pueden presentarse al Panel por conflictos al interior del CDEC en el marco de la *competencia especial*.

Por tanto, se pueden distinguir dos periodos en el quehacer del Panel, en lo tocante a su *competencia especial*: antes y después del Reglamento CDEC y esta situación se refleja en sus dictámenes.

En un comienzo (2004 al 2008) las divergencias ingresaban al Panel a través del Presidente del Directorio, cada vez que no se lograba un acuerdo unánime en aquellas materias en que este se requería. Estas

materias eran limitadas, el Reglamento Interno y los conflictos con las Direcciones Técnicas; en este periodo las Direcciones Técnicas llevaban los informes al Directorio.

Desde finales del 2008, las divergencias son presentadas directamente por las empresas integrantes al Panel y, conforme al Reglamento de los CDEC, recaen sobre Reglamento Interno del ámbito del Directorio, Procedimientos de las Direcciones Técnicas y nombramiento de Directores. Esto está contemplado en forma expresa en los arts. 8°, 10°, 23° y también están las otras materias que son llevadas por las empresas directamente al Panel, como conflictos con las Direcciones Técnicas.

En definitiva a nuestro entender, ha resultado escasa la reglamentación del inciso final del art. 208 de la Ley. En los reglamentos ya señalados solo se determinan, en forma expresa, tres materia sobre las cuales puede haber conflicto al interior del CDEC. En otros reglamentos el regulador ha señalado, también en términos muy generales, que las controversias que se susciten *en relación a dicho reglamento* podrían ir a Panel. Es decir, el regulador no señaló las materias específicas, sino que utilizó una fórmula amplia. Ello ocurre en el Reglamento de Potencia Firme y en el de Servicios Complementarios²⁴.

En una visión muy extrema se podría sostener que solo están reguladas las tres materias que se señalan expresamente en el Reglamento de los CDEC (Reglamento Interno, Procedimientos y nombramiento de Directores, para el caso de falta de designación) y el Panel no tendría competencia para conocer de otro conflicto que se presente dentro del CDEC, sino solo sobre dichas materias²⁵. Sin embargo, estimamos extrema esa posición.

La otra visión es entender que regulador ha manifestado de esta forma su política regulatoria en atención a disponer que pueden ser llevados al Panel todos los conflictos entre empresas integrantes, entre estas y las Direcciones Técnicas o con el Directorio. Se trataría de todo conflicto, de cualquier naturaleza, manifestando así el regulador una visión

²⁴ Hay otras materias en el DS N° 130, art. 44: "Las controversias, discrepancias o conflictos que se susciten en la aplicación del presente reglamento por parte de las empresas integrantes del CDEC, con las DO o DP de un CDEC, serán sometidas directamente al dictamen del Panel de Expertos establecido en el art. 208° de la ley, de conformidad con lo establecido en el art. 82 del DS N° 291, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, y su procedimiento se sujetará a lo dispuesto en el art. 32 del DS N° 181, de 2004, del mismo Ministerio, que aprueba el Reglamento del Panel de Expertos. Y en el DS N° 62, art. 10: "Las discrepancias que pudieren surgir en relación a la aplicación del presente reglamento y que se susciten al interior de un CDEC, serán sometidas al dictamen del Panel de Expertos establecido en el Título VI de la Ley, y su procedimiento se sujetará a lo dispuesto en el art. 32 del DS N° 181 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004".

²⁵ Además de la señalada en el art. 44 y otros del DS N° 130 y art. 10 del DS N°62.

amplia para esta *competencia especial* del Panel, una visión acorde con ideas y principios de autorregulación en los conflictos internos del CDEC.

Pero, hay que señalar que no ocurre tal libertad respecto de los conflictos referentes al Reglamento Interno y a los Procedimientos Técnicos, en estas materias la potestad reglamentaria no optó por una disposición que refleje una política de autorregulación en forma amplia; por el contrario, la potestad reglamentaria expresamente dispone un resguardo regulatorio al señalar que dichos instrumentos deben ser informados favorablemente, previo a su aplicación. Sin embargo, se puede entender que en lo que se refiere a otros conflictos al interior del CDEC la autoridad no reguló temas de fondo, no reguló las materias y se limitó a señalar que se trata de conflictos al interior del CDEC.

¿Hay que entender que son todos los conflictos? La limitante a nuestro entender estaría dada por la naturaleza del Panel y sus características de composición. Es decir, son conflictos sobre materias técnicas y económicas, no son conflictos de justicia, no son problemas de aplicación o interpretación de ley, no son problemas comerciales, esa debería o podría ser la limitante. Esta última parece ser la práctica y entendemos que la competencia del Panel se ha estado dando en este marco durante los 10 años de ejercicio. Sin embargo, se muestra en los diversos dictámenes una evolución en el quehacer del Panel, respecto justamente de esta materia, así como de otras que ejemplificaremos en el capítulo siguiente.

Con todo, podemos señalar que la potestad reglamentaria ha sido escasamente aplicada respecto del inciso final del art. 208, o que ha sido aplicada con una visión amplia y de autorregulación, en cuanto a no señalar las materias específicas que pueden ir al Panel, sino solo en casos excepcionales como son el Reglamento Interno, Procedimientos Técnicos y otros ya mencionados²⁶.

III. Levantamiento de dictámenes emitidos por el Panel de Expertos en ejercicio de la competencia especial

Se hizo un levantamiento del quehacer del Panel, y se distinguen, a partir de sus dictámenes, algunas materias que pueden ser interesantes frente a la denominada competencia especial que la ley le entrega.

Haremos mención a la actuación del Panel especialmente en temas que se relacionan con la competencia especial, tales como la inadmisibilidad, la declaración o el estudio de las incompatibilidades y las declaraciones emitidas por el Panel en cuanto a la existencia o no de norma a aplicar y en cuanto a las facultades o no que le caben en

²⁶ DS N° 130 y DS N° 62.

determinadas materias. De esta forma finalmente se va relevando la evolución que ha tenido el Panel en sus dictámenes, las diversas miradas que ha ido desarrollando, a partir de los temas que le han llegado y producto del nivel de regulación que siguió a su creación y a la implementación de la ley o de la falta de regulación.

1. Dictámenes del año 2004

Se presentaron en total 13 divergencias. 12 fueron en razón de la competencia especial, 2 declaradas inadmisibles, 9 se resolvieron en forma conjunta por ser todas respecto de la misma materia y 1 sobre una resolución ministerial.

El Dictamen N° 1-2004²⁷, entrega algunos elementos interesantes:

i) En esta divergencia se solicitó la inhabilidad de uno de los Panelistas, dado que en su calidad de Jefe de la División Jurídico Legislativa y Subrogante del Subsecretario en el Ministerio de Economía, había participado en la elaboración de la Resolución Ministerial N° 35 y la presente divergencia dice estrecha relación con la validez de parte del contenido de tal resolución.

El Panel invocó como argumento para rechazar la inhabilidad del panelista el hecho "que el Ministerio de Economía no es parte en la presente discrepancia, puesto que se trata de un conflicto entre las empresas del CDEC".

ii) Asimismo el Panel en este mismo punto señala que: "Se hace presente, además, que la solicitante concibe la posibilidad que el Panel pudiera revisar la validez, aún parcial, de la Resolución Ministerial N° 35 y por ello cabe la recusación de quienes han participado en su elaboración. El Panel entiende que dicha posibilidad escapa a sus atribuciones legales".

iii) Una mención especial respecto de este dictamen, merece el voto de minoría, que señala, en cuanto a la delimitación de la competencia del Panel de Expertos, que se le encomienda resolver "*los conflictos que se susciten en el interior de un CDEC*", pero limitando su competencia a las "*materias que se determinen reglamentariamente*" (énfasis agregado). En el caso de autos, no se cumple con las condiciones requeridas, pues no existe una norma reglamentaria que haya asignado competencia a este Panel respecto de la materia. No es posible soslayar el hecho que aún no se ha dictado una norma reglamentaria que determine, como prescribe el artículo citado de la LGSE, las mate-

²⁷ Por no haber sido posible alcanzar unanimidad en relación con lo instruido en el resuelvo N° 1 de la RM N° 35 del 15 de junio de 2004.

rias objeto de conflicto al interior de un CDEC que están sometidas a la competencia de este Panel.

El legislador estableció esta remisión a una norma reglamentaria con dos finalidades, como se desprende de la historia fidedigna de la Ley N° 19.440. En primer término, limitar los conflictos internos del CDEC que deberán ser resueltos por este Panel solo a aquellos de determinada relevancia, pues una competencia genérica, para resolver “todos” los conflictos internos del CDEC, excede la finalidad del Panel de Expertos y desnaturalizaría las funciones propias de los CDEC, pues ante cualquier discrepancia menor o trivial su determinación quedaría entregada a un órgano externo.

En segundo término, las modificaciones introducidas a la LGSE por la Ley N° 19.440, y en particular la creación de este Panel de Expertos, requieren, a su vez, modificaciones sustantivas de las normas reglamentarias que regulaban materias de resolución de divergencias, tanto en el ámbito procedimental como respecto del funcionamiento de los CDEC y sus órganos internos, para mantener una coherencia sistémica con las nuevas disposiciones introducidas por la señalada Ley. Por el contrario, nos encontramos con que la definición de competencias de este Panel, en lo que respecta a conflictos internos en los CDEC, ha sido intencionalmente remitida por el legislador a una norma reglamentaria, la que aún no ha sido dictada.

Hay que recalcar que la reglamentación a que se refiere este voto de minoría se publicó solamente en el año 2008. Estimamos que este voto es ajustado a derecho y marca una visión correcta respecto de lo dispuesto textualmente en la ley, coincidiendo con nuestra conclusión expuesta anteriormente en cuanto a la competencia especial del inciso final del art. 208 del DFL N° 4.

2. Dictámenes del año 2005

Se presentaron 9 divergencias. 3 tarifarias y 6 de *competencia especial*.

Destaca el Dictamen N° 5-2005²⁸, que al tratar la declaración de inadmisibilidad declara expresamente que no todas las materias en las que haya conflicto dentro del CDEC pueden ser llevadas al Panel, sino solamente aquellas que han sido determinadas por un reglamento. Este dictamen es interesante frente a la situación actual del art. 82 del Reglamento del CDEC que no especifica, ni distingue materias precisas sobre las que pueden recaer los conflictos, solamente señala que los conflictos que existan entre los integrantes pueden ser llevados directamente al Panel por las empresas.

²⁸ Acuerdo Directorio propuesto por GasAtacama, 2005.

El Panel hace su análisis en base a que el reglamento que estaba vigente señalaba que solo pueden llevarse a Panel las materias en las que el Directorio requiere de unanimidad. El análisis del Panel resulta muy interesante y a este efecto se transcribe extractado: "Por lo tanto, la primera cuestión que debe verificar el Panel de Expertos, ante un conflicto presentado por el Directorio de un CDEC, es si tiene potestad legal y reglamentaria para resolverlo, pues ello se cumple solo en estos dos casos taxativos. Este sistema procesal de admisibilidad obliga a los integrantes de un CDEC, y que sean discrepantes en alguna materia, a evitar que mediante una interpretación laxa y amplia de los artículos 130 inciso final LGSE y 178 Reglamento de la LGSE se envíe al Panel de Expertos discrepancias sobre materias ajenas a las indicadas taxativamente. 2° En cuanto a la correspondencia de las materias de esta discrepancia con las materias sobre las que se requiere unanimidad en el Directorio de un CDEC, en este caso el acuerdo sometido a la aprobación del Directorio incluye materias que cumplen con este requisito y otras que no cumplen con el mismo".

Por tanto, el Panel se declaró incompetente, tuvo como señala el propio dictamen una interpretación estricta, apegada a la ley y expresamente señala que en la competencia del Panel no puede darse una interpretación amplia. Es inadmisibile para el panel conocer de materias que no estén específicamente señaladas en la ley o en el reglamento. Actualmente, en base al DS N° 291 art. 82, la interpretación del Panel es más laxa dado que el reglamento dispone que los conflictos al interior del CDEC se presentan directamente por las empresas y no señala en forma explícita el tipo o la materia de los conflictos que pueden presentar las empresas.

3. Dictámenes del año 2006

Se presentaron 10 divergencias. 7 tarifarias y 3 de *competencia especial*. Destacan:

a) El Dictamen N° 1-2006²⁹, que se refiere a la presentación de una empresa para incorporar una norma en el Reglamento Interno. El Panel sostiene que "... la materia en estudio se encuentra desarrollada a nivel reglamentario tanto por el Reglamento de la LGSE, contenido en el DS 327, Minería, de 1997. Según el reglamento se procede, primeramente, a valorizar para cada generador..."

La prevalencia del Reglamento de la LGSE, norma de aplicación general a los sistemas eléctricos, de jerarquía normativa superior a las normas estatutarias de los organismos coordinadores, predetermina y

²⁹ Modificación al Reglamento Interno del CDEC-SING para establecer pagos provisionales por transferencias de energía entre empresas generadoras, 2006.

condiciona los reglamentos internos de los CDEC. Por lo tanto, la eventual modificación del Reglamento Interno del CDEC-SING se confronta a normas expresas del Reglamento de la LGSE y esto la hace del todo inviable en la medida que ello atenta contra el principio de jerarquía normativa e implica la vulneración de la regla que establece la sujeción de las normas internas del CDEC al RLGSE. Significa, además, que el directorio del CDEC no tiene potestad para modificar las reglas vigentes en esta materia dado que el Reglamento de la LGSE al proceder a su regulación específica la ha sustraído del ámbito de competencias de los acuerdos de un CDEC el que no tiene otra alternativa que acatar sus disposiciones. En consecuencia, al tratarse de una propuesta que choca con normas explícitas del Reglamento de la LGSE este Panel de Expertos, más allá de los méritos y la viabilidad que ella pueda tener, solo se puede concluir que su inclusión en el Reglamento Interno del CDEC-SING no resulta procedente.

b) Dictamen N° 2-2006³⁰, sobre propuesta de normas para el Reglamento Interno tendientes a asegurar la cadena de pago. El Panel señala que lo primero que tiene que analizar y precisar es: si el Reglamento Interno, constituye el instrumento apropiado para esta regulación.

Para esto el Panel señala:

i) "El Reglamento Interno de un CDEC reviste naturaleza de norma estatutaria que establece las reglas que rigen a un organismo y las relaciones entre sus integrantes. A diferencia de una entidad típica sujeta a derecho privado, civil o comercial, el CDEC ha sido estatuido mediante norma reglamentaria general y actualmente de rango legal. La ley y el reglamento determinan tanto sus funciones, su integración, así como sus órganos directivos y ejecutivos".

ii) "El Reglamento Interno de un CDEC no nace de la libre voluntad de sus integrantes sino en virtud de disposición reglamentaria general que determina además que su objetivo no es otro que el cumplimiento de las funciones del CDEC, cuyo contenido, asimismo, debe ajustarse a las disposiciones de la ley y su Reglamento (según el art. 171 RLGSE). En consecuencia, la constitución del CDEC, su objeto institucional y el contenido de su Reglamento Interno no dependen solo de la voluntad autorreguladora de sus integrantes sino también de normas legislativas y reglamentarias, de rango superior. En tal sentido, solo puede contener normas que desarrollen en detalle disposiciones generales de la LGSE y su Reglamento para el sistema interconectado correspondiente".

³⁰ Modificaciones al Reglamento Interno del CDEC-SING relativas a las consecuencias por no pago de facturas correspondientes a suministro de clientes libres (2006).

El Panel, en estos dos dictámenes, establece que el Reglamento Interno, y consecuentemente la facultad que tiene el Panel para resolver y definir soluciones, que parecen incluso convenientes y factibles, tiene como límite la norma del reglamento de la Ley. Esta limitación resulta clara en este periodo (2004). Sostiene el Panel que el Reglamento Interno es un instrumento que no nace puramente de la autorregulación o voluntad de los integrantes del CDEC. Sin embargo, no resulta tan estricta esta posición en otros dictámenes más actuales, que destacaremos más adelante.

4. Dictámenes del año 2008

Se presentaron 19 divergencias. 13 tarifarias y 6 de *competencia especial*. Destacan:

a) *Dictamen N° 17-2008*³¹: Esta es la primera divergencia que se presenta en el marco del reglamento de los CDEC. Hay en este dictamen un elemento interesante respecto de las facultades y alcance del Panel. En efecto, del análisis y resolución se desprende que el Panel, en este caso, recurre a otros elementos ajenos a la norma reglamentaria a aplicar, porque la norma no soluciona el problema y así lo señala: “Se concluye de lo expuesto que las normas de procedimientos invocadas por las partes para la elección de una u otra de las duplas de directores del segmento de transmisión troncal del CDEC-SING son claramente insuficientes. Ante ello, el Panel debe fundar su decisión en otros criterios que se derivan de las normas básicas que informan la composición del CDEC y su Directorio”.

Hay aquí una evolución respecto del Dictamen N° 2-2004 y de la aplicación restrictiva que había venido aplicando el Panel.

b) *Dictamen N° 19-2008*³²: Esta divergencia se declara inadmisibles por el Panel. Aquí podemos encontrar otro elemento que marca la evolución, y se relaciona con el Reglamento Interno y con los Procedimientos. Se señala lo siguiente: “De acuerdo con el Reglamento CDEC, existen dos tipos de normas internas de los CDEC: el Reglamento Interno y los Procedimientos. El primero, por disposición del art. 8°, está destinado a reglamentar el cumplimiento de las funciones del Directorio y es de competencia de este último, salvo la ulterior información favorable de la Comisión Nacional de Energía.

En dictámenes anteriores, específicamente en el Dictamen N° 1-2004 y N° 2-2004, se resuelve en torno a un análisis y postura distinta, se señala que el Reglamento Interno es un instrumento que no pertenecía al ámbito privado del Directorio y más bien estaba ligado a

³¹ Elección de Directorio de CDEC-SING. Segmento Transmisión Troncal. Santiago (2008).

³² Manual de Procedimientos del CDEC-SIC.

la reglamentación pública. En este caso (2008) el Panel dispone en forma más tajante que es de competencia del Directorio.

5. Dictámenes del año 2009

Se presentaron 15 divergencias. 10 tarifarias y 5 de *competencia especial*. Destacan:

a) *Dictamen N° 11-2009*³³. Interesante es el examen de admisibilidad que hace el Panel. Una empresa argumenta que no es admisible la divergencia porque no cumple con las características y que es, en el fondo, una petición de “modificación de un procedimiento técnico”. En este dictamen hay una evolución en la explicación que da el Panel. Señala: “que atendido lo anterior, en forma previa al análisis del fondo de la materia de qué trata esta discrepancia, el Panel de Expertos ha analizado la petición de inadmisibilidad mencionada, a la luz de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. Para resolver sobre la inadmisibilidad solicitada, cuya aceptación implicaría abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre la materia de fondo, se ha tenido en consideración, en primer lugar, que la función de este Panel de Expertos, de conformidad con el artículo 1° de su Reglamento, es pronunciarse sobre aquellas discrepancias y conflictos que se susciten con motivo de la aplicación de la legislación eléctrica que le deben ser sometidas conforme a la ley. En consecuencia, el Panel de Expertos deberá pronunciarse sobre una discrepancia siempre que ésta, refiriéndose a la aplicación de la legislación eléctrica, esté incluida dentro del catálogo de materias de su competencia y le sea presentada por una persona o entidad habilitada legalmente para formularla. Más específicamente, el artículo 30 letra m) del Reglamento del Panel de Expertos dispone que éste debe pronunciarse sobre los conflictos que se susciten al interior de un CDEC, de conformidad con las normas reglamentarias. Por su parte, los artículos 20 y 82 del Reglamento de los CDEC dan competencia a este Panel para conocer las controversias, discrepancias o conflictos que se susciten al interior de un CDEC que le sean sometidos directamente por cualquier integrante de éste”.

El Panel declara esta divergencia admisible, en base a las normas reglamentarias; no señala ni analiza en este punto, que la competencia que da la ley es la del inciso final del art. 208. La mención y análisis de este inciso final del 208 de la ley lo ha venido haciendo el Panel desde el principio, en los casos de estudio de la admisibilidad: sin embargo, en este caso hace una interpretación más laxa. Hay una evolución hacia una competencia más amplia. Aventuramos alguna conclusión y se refiere a la falta de reglamentación que ha existido en estos 10 años,

³³ Informe Valorización de Transferencias definitivo correspondiente al mes de abril de 2009, CDEC-SING.

respecto de las *materias que se determinen reglamentariamente*. Los reglamentos han sido tardíos en relación a la ley que creó el Panel y, además, regulan en forma general y con matices muy procedimentales el inciso final del artículo 208 del DFL N° 4, más que de fondo (énfasis agregado).

6. Dictámenes del año 2011

Se presentaron 26 divergencias. 23 tarifarias y 3 de *competencia especial*. Destaca:

a) Dictamen N° 12-2011³⁴. El Panel se pronuncia sobre la inadmisibilidad de la discrepancia presentada por una de las empresas, argumentando que esta trataría sobre materias ya resueltas por la SEC en su Res. Ex. 2288. Señala el Panel que efectivamente hay una Resolución de la SEC y una aclaración de la misma emitida por la propia SEC. Sin embargo, señala el Panel que la discrepancia planteada por Guacolda surge de una objeción al balance preliminar de transferencias de energía y potencia del mes de agosto de 2011 elaborado por la DP y, por lo tanto, corresponde a un conflicto de aquellos que específicamente competen al Panel de conformidad con lo señalado en el inc. final del artículo 208° de la LGSE, y en consonancia con este, lo establecido en el art. 82 ° del Reglamento del CDEC.

El Panel aplica el art. 82 que dispone sin más especificación y en un sentido amplio y laxo, que los conflictos entre integrantes y las Direcciones deben ser llevados directamente por las empresas al Panel.

7. Dictámenes del año 2012

Se presentaron 7 divergencias. 2 tarifarias y 5 de *competencia especial*.

a) *Dictamen N° 1-2012*³⁵. Una empresa plantea una discrepancia con la actuación de la Dirección de Peajes del CDEC-SIC, en cuanto a que en el cálculo de facturación a distribuidoras correspondiente a la operación del mes de enero de 2012, esta no habría dado aplicación de lo dispuesto en la Resolución Exenta N° 239 del 9 de febrero de 2012, de la SEC.

En esta discrepancia, el Panel señala que “el problema se reduce a la definición de la aplicación temporal de una norma que por su naturaleza administrativa rige *in actum* a partir de su vigencia. En el análisis se base en normas administrativas y a lo dispuesto en el artículo 9° del

³⁴ Discrepancia de Guacolda S.A. respecto del balance de energía y potencia del mes de agosto de 2011.

³⁵ Discrepancia de ENORCHILE S.A. contra la Dirección de Peajes del CDEC-SIC sobre aplicación de Resoluciones Exentas de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

Código Civil”. El Panel resuelve en base a la competencia especial en su sentido amplio del art. 82 del Reglamento CDEC.

8. Dictámenes del año 2013

Se presentaron 21 divergencias. 11 tarifarias y 10 de *competencia especial*. Destaca:

a) *Dictamen N° 17-2013*³⁶: Una empresa objeta la determinación de los Factores de Distribución de Ingresos (FDI) efectuada por la Dirección de Peajes del CDEC-SING en aplicación del DS N° 14, de 2012, de Energía, que fija las tarifas de subtransmisión. El FDI surge del numeral 10.5.2 del artículo 2° sobre “Ingresos asociados a costos estándares de inversión, mantención, operación y administración de las instalaciones”, el que, en lo pertinente, letra c) dispone expresamente: “Para todos los efectos, el (AVI+COMA) a considerar será la valorización en pesos de las instalaciones de subtransmisión en operación al 31 de diciembre de 2009 presentadas por las empresas en los estudios correspondientes”.

Las empresas discreparon de la determinación del FDI efectuada por la DP del CDEC-SING, por basarse en la valorización contenida en el estudio de las empresas y no en la considerada por la CNE en su Informe Técnico Definitivo, señalando que “es razonable” que la distribución de ingresos sea realizada considerando los antecedentes y valores utilizados en el Informe Técnico Definitivo de la CNE, conforme a un “principio de coherencia tarifaria”.

El Panel de Expertos señala en su Dictamen: “Respecto a la forma de valorizar dichas instalaciones, el numeral 10.5.2 no señala si se deben usar los precios provenientes de los estudios de las empresas, como propone la DP, o bien los valores corregidos del Informe Técnico, como solicita EMEL. En los términos que está redactada la norma, ambas opciones pueden ser válidas, por lo que a efectos de definir la que resulta apropiada es necesario extender el examen a la demás normativa relacionada con esta materia”. Continúa señalando que: “Por tanto, el Panel de Expertos no ve razón alguna para usar en la determinación de los FDI, valorizaciones que expresamente han sido corregidas en el transcurso del procedimiento que establece la LGSE en sus artículos 111° y 112°. Cuando el DS N° 14 se refiere, en la letra c) del numeral 10.5.2, a “la valorización” de un conjunto de instalaciones, se debe entender que ésta corresponde a la única valorización vigente, que es la del Informe Técnico del Oficio N° 26”.

El Panel interpretó el texto explícito de la norma tarifaria, contenida en el DS N° 14 tarifas de subtransmisión. Al respecto, hay que tener

³⁶ Factor de Distribución de Ingresos determinado por la DP del CDEC - SING, en aplicación del DS N° 14 del 2012 de Energía, 2013.

presente que el DS N° 14 es una norma de aplicación general a todo el sector eléctrico, tanto para el Sistema Interconectado Central (SIC) como para el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), pero el dictamen es vinculante solo para las partes que participaron en la divergencia, en este caso empresas del SING, por lo que esta decisión no se hace extensiva y no se aplica a las empresas del SIC. Se da entonces la paradoja que una misma norma, un mismo decreto de fijación tarifaria se aplique de una forma a algunas empresas y de otra a otras empresas, las del CDEC-SING. A este efecto, hay que señalar que el rango normativo del DS N° 14 es similar al rango reglamentario, es decir ambos son decretos supremos tomados de razón por la CGR.

Dado el nivel de reglamentación que ha tenido la ley, desde la constitución del Panel, su actividad se ha visto necesariamente influenciada por esta situación, sea porque hay falta de reglamentación o porque esta ha sido poco clara o explícita y los dictámenes del Panel han sido permeados por esa situación y en definitiva han evolucionado en atención al estatus de la normativa.

En el levantamiento de estos dictámenes y de las posiciones que ha ido adoptando el Panel, se puede verificar la evolución de sus dictámenes en estos 10 años de actividad.

Conclusiones

El quehacer del Panel en estos años ha sido intenso en cantidad de divergencias, pero sin duda lo ha sido más en torno a las materias que se han revisado, analizado, discutido y finalmente resuelto. De todo el material que se puede recopilar en estos años de ejercicio hay temas de suyo interesantes. En este trabajo se procedió a revisar todos los dictámenes y se levantaron algunos puntos relativos a su competencia y me atrevo a señalar, como una gran conclusión general, que dado lo especial de este organismo cualquier revisión está llamada siempre a descubrir nuevo temas y aristas jurídicas e institucionales. Se resaltan en este trabajo las siguientes conclusiones o reflexiones finales:

La creación del Panel de Expertos obedece a una necesidad del sector eléctrico, manifestada en la discusión parlamentaria, de la cual el Ejecutivo se hizo cargo. Su diseño se fue plasmando a través de presentaciones y declaraciones de las empresas del sector, recogidas en distintas indicaciones del Ejecutivo y también algunas parlamentarias.

El Panel tiene elementos de derecho público; por ejemplo se le aplican a sus miembros las normas sobre responsabilidad administrativa y probidad contenidas en el DFL N° 1/19.653 y las previstas en el Título V del Código Penal sobre delitos de los empleados públicos. Sus miembros son nombrados formalmente por Resolución del Ministerio de

Energía³⁷ y son seleccionados por el Tribunal de la Libre Competencia. Sus dictámenes son vinculantes y no procede recurso alguno.

La ley dispone expresamente que no es un órgano de la administración del Estado y sus miembros no son funcionarios públicos. La Corte Suprema, en trámite exigido por la Constitución, en la tramitación de la ley que crea el Panel señaló que no es tribunal y no está adscrito por tanto al Poder Judicial y naturalmente tampoco pertenece al otro poder del Estado cual es el Legislativo.

Tiene elementos del sector privado, tales como que es financiado íntegramente por las empresas eléctricas, tiene un presupuesto, no un patrimonio. No tiene personalidad jurídica, sino que tiene existencia legal, ya que fue creado por ley.

La existencia del Panel nace directamente de la necesidad, compartida por todos los actores, respecto que existiera en los procesos tarifarios y en las fijaciones de precios un mecanismo independiente, técnico y altamente calificado que resolviera los conflictos que pudieran existir entre el regulador y el regulado. Esta es la *competencia esencial* del Panel.

La ley le otorga otra competencia que no está en el marco de los procesos tarifarios, pero la regula en términos estrictos y acotados, disponiendo que se trata de conflictos entre los integrantes del CDEC sobre materias que se determinen reglamentariamente, esta es una *competencia especial*. La competencia especial está por la ley remitida a la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo. A este respecto se dictó el Reglamento DS N° 181 del Panel (2004) y el Reglamento DS N° 291 (2008) Las materias que expresamente se han determinado reglamentariamente dicen relación con la dictación o modificación del Reglamento Interno del Directorio, con los Procedimientos de las Direcciones Técnicas, y para los casos de imposibilidad de elegir a alguno de los Directores³⁸. También señala el Reglamento del CDEC, que todo conflicto que se dé entre los integrantes o entre estos y las Direcciones Técnicas o el Directorio podrán ser llevados directamente por las empresas al Panel. Esta es una remisión amplia y laxa a todos los conflictos y puede entenderse como una definición del reglamento en torno a dar un margen amplio en orden a que al interior del CDEC, en lo que se refiere a conflicto entre actores del sector se aplique un principio de autorregulación. En este reglamento no se entregan límites a este respecto y no se determinan expresamente las materias que pueden someterse al Panel, salvo las ya señaladas.

³⁷ Antes Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

³⁸ DS N° 115, de 2012.

En cuanto a la *competencia especial*, la ley no solo no dispuso materias sobre las cuales las empresas podían recurrir al Panel en caso de conflictos, sino que derivó esa determinación a la potestad reglamentaria del Presidente de la República y además mantuvo vigente la disposición legal que habilita al Ministerio de Energía para resolver en caso de desacuerdo en la forma de realizar la interconexión, y de efectuar el transporte o transferencias, actual artículo 137 del DFL N° 4. En este punto podemos observar otra materia que amerita análisis y eventual definición, ya que existe una especie de contienda de competencia este punto no fue abordado, en esta oportunidad, pero nos parece interesante dejarlo planteado.

El Panel, en sus dictámenes no ha sido ajeno a esta situación. Se refleja en su quehacer de estos 10 años una evolución en materia de esta competencia especial, que ha ido desde un sentido restrictivo a una interpretación más amplia, para conocer y resolver en el marco de esta *competencia especial*.

Sin embargo, la limitante respecto de qué conflictos conoce el Panel debiera estar en torno a su naturaleza y debiera tratarse de conflictos de orden técnico y económico, especialmente atendiendo a la composición del Panel centrada en profesionales altamente calificados en el sector eléctrico. No se trata de un tribunal que regule o revise aspectos de justicia, de interpretación de ley o de resguardo del Estado de Derecho entre los integrantes del CDEC.

Referencias

Anteproyecto de Ley N° 19.940.

Gasatacama (2005): "*Acuerdo de Directorio*", 26 de abril 2005.

Informe Comisión de Minería de la C. de Diputados.

Reglamento Interno del CDEC-SING (2006).

Factor de Distribución de Ingresos determinado por la DP del CDEC - SING, en aplicación del DS N° 14 del 2012 de Energía. 5 de agosto 2013.

Informe Valorización de Transferencias definitivo correspondiente al mes de abril de 2009. CDEC-SING.

Manual de Procedimientos del CDEC-SIC: "*Estadística de Desconexiones y Cálculo de Disponibilidad en el SIC*", modificación al artículo 14.

Jurisprudencia citada

Sentencia TC Rol N° 1.209 (2008); Tribunal Constitucional, 21 octubre 2008.

DICTAMEN N° 1 - 2004: Panel de Expertos, Santiago de Chile, 2 septiembre 2004.

Normas citadas

Constitución Política de la República (1980).

Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional. *Diario Oficial*, 5 febrero 1990.

Ley N° 19.940 del 2004, que incorporó el actual Título VI: Del Panel de Expertos, según se contiene actualmente DFL N° 4. *Diario Oficial*, 13 marzo 2004.

Decreto Supremo N° 115 de 2013. Modifica Decreto N° 291, de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el reglamento que establece la Estructura, Funcionamiento y Financiamiento de los Centros de Despacho Económico de Carga. *Diario Oficial*, 5 agosto 2013.

Decreto Supremo N° 62 de 2006. Aprueba Reglamento de transferencia de potencia entre empresas generadoras establecido en la Ley General de Servicios Eléctricos. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. *Diario Oficial*, 16 junio 2006.

Decreto Supremo N° 130 de 2012. Aprueba reglamento que establece las disposiciones aplicables a los servicios complementarios con que deberá contar cada sistema eléctrico para la coordinación de la operación del sistema en los términos a que se refiere el artículo 137° de la Ley General de Servicios Eléctricos. *Diario Oficial*, 31 diciembre 2012.

Decreto Supremo N° 181 de 2004. Aprueba Reglamento del panel de expertos establecido en el Título VI de la Ley General de Servicios Eléctricos. *Diario Oficial*, 7 julio 2004.

Decreto Supremo N° 291 (2007), Aprueba reglamento que establece estructura, funcionamiento y financiamiento de los centros de despacho económico de carga. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. *Diario Oficial*, 3 octubre 2007.

Decreto Supremo N° 327 (1998), del Ministerio de Minería que fija Reglamento de la Ley General de Servicios Eléctricos. *Diario Oficial*, 10 septiembre 1998.