

# El Panel de Expertos: regulador de la potestad tarifaria

## The Panel of Experts: regulator of ratemaking power

Aristóteles Cortés Sepúlveda\*

La intervención en los procedimientos de fijación de precios corresponde a la principal tarea que le es atribuida al Panel de Expertos. En este quehacer, este órgano asume una función de colaboración en la determinación de las tarifas de electricidad, ejerciendo un control de la actividad de la autoridad tarifaria velando por la razonabilidad de su actuar y fomentando el diálogo técnico entre los actores del proceso tarifario, contribuyendo de esta forma a la legitimidad del mismo.

The main assignment of the Panel of Experts is to intervene in tariff-setting process. In order to carry out this task, the organism assumes a statutory controlling, inspecting and coordinating role of the actions of the tariff-setting authority, by ensuring that this authority proceeds in a reasonable way and by promoting technical dialogue between all the relevant actors in the tariff process, contributing decisively to the legitimacy of the process.

**Palabras clave:** Servicio público, Regulación, Procedimiento administrativo, Fijación de tarifas, Discrecionalidad técnica.

**Key words:** Public utility, Regulatory Policy, Administrative Procedure, Tariff-setting, Technical Discretion.

RESUMEN / ABSTRACT

### Introducción

Sin duda, la principal de las tareas que le corresponde acometer al Panel de Expertos es la de intervenir en la resolución de las diferencias que se producen entre regulador y regulado en el curso de los diversos procedimientos de determinación de precios establecidos en la LGSE.

Ya en el mensaje que da origen al procedimiento legislativo que culmina en la ley N° 19.940, cuyo artículo 3° crea el Panel de Expertos, se lee que "el Gobierno ha fijado una política regulatoria de mediano y largo plazo, cuyo objetivo es modernizar integralmente la regulación del sector, adaptándola a las necesidades de su desarrollo futuro". En-

\* Abogado de Regulación y Defensa Judicial en Compañía General de Electricidad S.A. Diplomado en Mercados Eléctricos en la Universidad Técnica Federico Santa María. Master en Derecho Público en la Universidad de Aix-Marseille III, Francia. Correo electrónico: acortess@cge.cl

tre los principales temas identificados en dicha política se encuentra la “creación de una instancia independiente de resolución de discrepancias sobre fijaciones de precios regulados”. Una indicación del Ejecutivo introducirá, luego, una propuesta de nuevo “Título VI: Del Panel de Expertos”, que con algunas modificaciones terminará incorporándose al texto definitivo de la ley.

La legislación sectorial eléctrica somete a fijación de precios los ingresos o remuneraciones correspondientes a los distintos bienes y servicios entregados por las empresas de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Así, en generación se regulan los precios de nudo, en transmisión troncal el valor anual de la transmisión por tramo, en subtransmisión el valor anual de los sistemas o peajes de subtransmisión, en distribución se regulan las tarifas del servicio a través de un proceso complejo de valorización y chequeo de rentabilidad integrado por los procedimientos de determinación del Valor Agregado de Distribución (VAD), del Valor Nuevo de Reemplazo (VNR) y de los Costos de Explotación (CE) que permiten realizar el chequeo de rentabilidad. Se someten también a regulación de precios los servicios no consistentes en suministro de energía asociados a la distribución (SSAA). Para el caso de los Sistemas Medianos (SSMM), se les somete a regulación de precios mediante la Determinación del Plan de Expansión de las instalaciones de generación y de transmisión, y el cálculo del costo incremental de desarrollo y el costo total de largo plazo de los segmentos de generación, transmisión y distribución.

Con excepción de los procedimientos de fijación de precios de nudo y de determinación del VAD, todos estos procesos de fijación tarifaria contemplan la participación eventual del Panel de Expertos. Es así, que en sus 10 años de funcionamiento al Panel le ha correspondido intervenir en 3 procesos de tarificación troncal y de peajes de subtransmisión (en ambos casos uno de ellos se encuentra en curso), 1 proceso de tarificación de sistemas medianos, 2 procesos de fijación de tarifas de distribución, y 3 procesos de fijación de servicios no consistentes en suministro de energía (el primero de ellos declarado contrario a Derecho por la Contraloría General de la República<sup>1</sup>). En este quehacer, el Panel ha emitido varias decenas de dictámenes, en su mayoría concernientes a los procesos de tarificación correspondientes a la distribución de energía –VNR, CE y SSAA–, siguiendo luego, en número, los referidos a los procesos relativos a la fijación de peajes de subtransmisión, de determinación del valor anual de la transmisión troncal por tramo y por último, los concernientes a la tarificación de los SSMM.

En este recorrido, el Panel de Expertos ha demostrado ser una pieza clave en el proceso de regulación de precios atendida su especial

<sup>1</sup> Dictámenes CGR N° 57.151 (2005) y 3.449 (2006).

función en el procedimiento tarifario (I), erigiéndose como un órgano de garantía de legitimidad del ejercicio de la potestad tarifaria (II).

## I. El Panel de Expertos, colaborador en el proceso de fijación de precios

Cuando se trata de abordar la actividad del Panel de Expertos, ha sido recurrente que quienes se han ocupado del tema realicen su análisis a partir de la hipótesis de que se trata de un organismo de “resolución de conflictos”<sup>2</sup>. A partir de esta premisa se le ha calificado como un órgano jurisdiccional, atribuyéndole la calidad de tribunal especial<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de que esta hipótesis pueda tener asidero y ser corroborada en lo que se refiere a la atribución contemplada en el inciso final del artículo 208 de la LGSE, referida a dictaminar en los conflictos que se susciten al interior de un CDEC, ella no es extensible al ámbito y función del Panel en su intervención en los procesos de fijación de tarifas, en el cual asume un papel distinto, propiamente de regulación.

Esta función reguladora se expresa tanto en la misión que cumple el Panel conforme al lugar que el legislador le ha conferido en la organización del procedimiento tarifario (función-fin) como en la naturaleza y valor de sus dictámenes emitidos en relación a las discrepancias que le son presentadas en el marco de la instrucción del procedimiento administrativo de fijación de los precios regulados (función-acto).

### 1. El Panel cumple una misión de regulación técnico-económica

La función reguladora del Panel de Expertos ha sido tempranamente señalada por la doctrina tomando como referencia la historia de la Ley N° 19.940<sup>4</sup>. Esta misión reguladora se identifica en la intervención en el curso de un procedimiento administrativo en el cual se ejerce un poder de decisión relevante e incidente en el contenido de la fijación tarifaria.

a) *El Panel es parte del procedimiento de fijación tarifaria.* Aun cuando parezca una obviedad, se debe recordar que los procesos tarifarios establecidos en la LGSE se enmarcan en procedimientos reglados, que en sus distintas etapas, llevan a la dictación de un acto administrativo de término. Se trata de procedimientos especiales que comparten la naturaleza y características del procedimiento administrativo de base, común y general, establecido en la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos (LBPA) y definido como una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administra-

<sup>2</sup> FISHER, PALMA y GUEVARA 2009.

<sup>3</sup> EVANS 2006, 528; VERGARA 2004, 36.

<sup>4</sup> ZÚÑIGA 2005, 60.

ción y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto terminal.

El carácter de especial viene dado tanto por tratarse de procedimientos contenidos en una ley sectorial como por el hecho de que la LGSE no contempla un procedimiento único y común para todos los procesos de fijación tarifaria, no obstante tener como rasgo común evidente su conexión directa o indirecta con los precios finales de los servicios<sup>5</sup>.

El propio Panel reconoce su intervención en los diversos procedimientos tarifarios como integrante de una "fase" intermedia y eventual del procedimiento que es previa a la fijación definitiva de los precios regulados<sup>6</sup>.

*b) El Panel participa en la determinación y selección de criterios relevantes que inciden directamente en la fijación tarifaria.* En el marco del proceso de fijación tarifaria le corresponde al Panel el ejercicio de un poder de opción regulatoria incidente y relevante para la consecución de la finalidad técnico-económica de la fijación tarifaria.

En efecto, en el ámbito de las atribuciones entregadas al Panel de Expertos, la discrepancia que se somete a su análisis se refiere a la distinta apreciación o valoración técnico-económica que pueda realizar una empresa que es parte del proceso administrativo tarifario respecto de la decisión adoptada por la autoridad administrativa.

Llevada al Panel de Expertos, la discrepancia –que por su sentido natural y obvio, es la simple expresión de una diferencia que resulta de la comparación de dos cosas entre sí, o de un disentimiento personal en cuanto a opiniones o conductas<sup>7</sup>– no viene sino a constituir una pretensión regulatoria que se presenta como una opción posible de adoptar en el proceso tarifario al que se refiere.

En este contexto, la decisión del Panel recae sobre las alternativas posibles presentadas y cuya aceptación o rechazo, que es una competencia privativa del Panel, va a estar dada por la adecuación de las mismas a los fines del proceso de regulación de precios.

## 2. El dictamen del Panel

Desde un punto de vista formal, toda función del poder público se expresa mediante actos con significación normativa. En el caso del Panel

<sup>5</sup> SEPÚLVEDA 2010,156.

<sup>6</sup> Así, en Dictamen 7-2005, 78-79, respecto del proceso de Fijación de precios de servicios no consistentes en el suministro de energía; en Dictamen 9-2005, 9, respecto del proceso de determinación del Valor Anual de los Sistemas de Subtransmisión; en Dictamen 1-2007, 8, respecto del proceso de tarificación troncal.

<sup>7</sup> Diccionario de la Real Academia Española, en: [www.rae.es](http://www.rae.es)

de Expertos, su función se manifiesta a través de la emisión de dictámenes, cuya naturaleza y valor conviene tener en cuenta a fin de entender el rol del Panel en el proceso tarifario.

a) *Naturaleza del dictamen del Panel.* La intervención del Panel de Expertos en los procesos de fijación tarifaria se realiza a requerimiento de las partes interesadas en el procedimiento, mediando una audiencia y sin forma de juicio.

Al evaluar las discrepancias que se le presentan como opciones regulatorias dentro del proceso de fijación tarifaria, el Panel realiza un examen razonado de la conveniencia y de la viabilidad técnica y económica de cada una de ellas. Luego de ello, y a partir de las conclusiones a las que llegue, opta por la alternativa que considere más acorde para el cumplimiento de los fines regulatorios. Su conclusión se expresa mediante un dictamen que es vinculante para los participantes del procedimiento respectivo y contra el cual no proceden recursos.

En palabras de la Corte Suprema, el dictamen “constituye una decisión técnica que zanja una discrepancia entre las empresas reguladas y el órgano regulador e impide que ella se convierta en un obstáculo para la continuidad de un proceso administrativo tarifario”<sup>8</sup>.

En cuanto este dictamen tiene lugar en el curso de un procedimiento administrativo, parece pertinente atribuirle el sentido conceptual señalado para tales actos en el artículo 3° de la LBPA, esto es, de declaración de juicio, constancia o conocimiento.

Si bien la naturaleza del órgano impide atribuirle al dictamen el carácter de acto administrativo propiamente tal, nada obsta a su calificación de acto regulatorio, con carácter de orden público y efectos normativos dentro del procedimiento de fijación de precios.

b) *Valor del dictamen del Panel.* En cuanto acto regulatorio, el dictamen del Panel de Expertos es un antecedente formal y material que orienta, guía y condiciona la actuación de la autoridad tarifaria en la determinación de las tarifas definitivas.

Si bien la ley le atribuye expresamente un carácter vinculante, se debe reparar en que esta vinculatoriedad alcanza solo a los participantes del procedimiento tarifario respectivo. En consecuencia, no alcanza a la autoridad política, quien por lo demás tiene la facultad de declararlo inaplicable conforme lo determina el artículo 211 inciso final de la LGSE. Tampoco alcanza a la Contraloría General de la República ni a los tribunales de justicia en lo que al desempeño de sus competencias propias se refiere.

<sup>8</sup> *Chilectra con Panel de Expertos* (2007), cons. 9.

Por otro lado no cuenta con ningún resguardo que garantice su eficacia. Por lo mismo, goza de una normatividad blanda (*soft law*) que deriva más que nada de la autoridad técnica de su contenido, sostenida en la calidad de sus fundamentos y en la experiencia, prestigio y conocimiento de sus integrantes.

## II. El Panel de Expertos, legitimador del ejercicio de la potestad tarifaria

En el desarrollo de su actividad reguladora, al Panel de Expertos le corresponde no solo una participación en el proceso de definición de los criterios más adecuados para la determinación de los valores que servirán de base para la fijación de los precios regulados, sino que también asume un rol de control de la actuación de la autoridad encargada de dirigir el procedimiento tarifario.

El desempeño de este rol de control contribuye a la legitimidad del procedimiento de fijación tarifaria.

En cuanto al fondo, el Panel realiza un control de discrecionalidad de los criterios de concreción regulatoria, propuestos o adoptados por la autoridad administrativa encargada de dirigir el procedimiento tarifario.

En cuanto a la forma, el Panel controla el cumplimiento de la organización procedimental del diálogo técnico-económico que es propio de los procedimientos de determinación de los precios regulados.

### 1. Control de la discrecionalidad

El ejercicio de una potestad discrecional significa el reconocimiento a la autoridad política o administrativa por parte del ordenamiento jurídico de un cierto margen de apreciación y libertad para escoger los medios y adoptar la decisión que considere más adecuada al cumplimiento del fin que la norma jurídica persigue.

En el ámbito de la regulación de precios, y particularmente en los procedimientos de fijación de tarifas eléctricas, este tipo de ámbito discrecional es frecuente, atendido el marcado y recurrente uso de conceptos técnicos y económicos por el Legislador.

El Panel de Expertos ejerce un control de la discrecionalidad técnica de la autoridad administrativa al momento de examinar las discrepancias que le son presentadas durante el procedimiento tarifario. El control opera en dos tiempos: el primero se refiere a la calificación normativa; el segundo al test de razonabilidad de las alternativas propuestas.

a) *Verificación de concurrencia de la hipótesis normativa.* Frente a una discrepancia presentada en el marco de un procedimiento de fija-

ción tarifaria, el Panel verifica que las opciones presentadas como propuestas queden dentro de la hipótesis normativa contenida en la ley.

En algunas ocasiones, esta simple evaluación es suficiente para aceptar o descartar alguna de las propuestas que forman parte de la discrepancia. Es el caso que se presenta cuando la alternativa propuesta no se encuentra reconocida por la normativa. Esta hipótesis se presenta en forma recurrente cuando se trata de definir el contenido de las Bases de los Estudios de Valorización de Tarificación Troncal y de Subtransmisión. Así, por ejemplo, el Panel ha rechazado la inclusión en las Bases de los Estudios de Subtransmisión de la obligación de entrega de informes de avance por no estar contemplada en la ley. Sin perjuicio de ello, nada obsta a que se contemple la entrega anticipada de antecedentes precisos del Estudio<sup>9</sup>.

Este modo de actuar del Panel constituye, sin duda, un control normativo mínimo, pero que no alcanza a ser un control de legalidad, el cual supone un examen integral de la validez sustancial y formal del acto normativo en cuestión. Por otra parte, debe tenerse presente que en los casos que le toca evaluar al Panel el objeto del control tiene siempre un contenido técnico y económico que se asocia a elementos normativos más o menos precisos. De tal suerte, la calificación de la hipótesis normativa, envolverá normalmente, sino siempre, la ponderación y consideración de aspectos económicos y técnicos que guíen la conclusión a que se llegue.

*b) Análisis de razonabilidad.* En gran parte de los casos de discrepancias que se presentan al Panel en el curso de los procedimientos de fijación tarifaria, las alternativas propuestas se enmarcan dentro del ámbito normativo de la LGSE, de modo que todas ellas se presentan como posiblemente aceptables. En estos casos, el Panel adopta un método de análisis que permita definir cuál de ellas se presenta como la más idónea o adecuada.

Un buen ejemplo de esta forma de actuar está dado por la discrepancia sobre los "horizontes de evaluación" en el proceso de valorización de los sistemas subtransmisión 2007-2010. El Panel después de constatar que tanto las alternativas planteadas por la Comisión Nacional de Energía (horizonte de 4 años) como por las empresas (horizonte de 10 años, o bien de dejar entregada su determinación al Consultor en el Estudio, fijando un horizonte entre 4 y 10 años) eran todas aceptables conforme a la hipótesis legal, pasa a realizar un análisis técnico económico en base a los principios de eficiencia y autofinanciamiento, concluyendo que la opción de 4 años propuesta por la CNE, no es conveniente por cuanto basa los cálculos en inversiones subóptimas y no

---

<sup>9</sup> Dictamen 9-2005, 51-52.

garantiza que una empresa que invierte eficientemente recupere sus inversiones, debiendo preferirse la propuesta del horizonte de evaluación de 10 años<sup>10</sup>.

## 2. Control del diálogo técnico-económico

El proceso de fijación tarifaria se encuentra inspirado en el principio de contraposición de criterios técnicos entre la autoridad reguladora y el prestador del servicio sujeto a tarificación. Según este principio, el procedimiento tarifario organiza un diálogo técnico que permite un mejor análisis de los elementos en evaluación mediante la confrontación de las posiciones técnicas y económicas del prestador del servicio sometido a fijación tarifaria y de la autoridad, lo que le permitiría a esta última adoptar una decisión que sea el producto de un estudio razonado y ponderado.

El Panel de Expertos ejerce un control tendiente a fomentar la existencia de una bilateralidad técnica efectiva, seria y fundada.

*a) La preocupación por una confrontación técnica efectiva.* Como parte de su intervención en el estudio de las discrepancias que se le presentan el Panel se asegura de que previamente se hayan dado las condiciones de un intercambio de información, antecedentes y opiniones entre las empresas sujetas a regulación tarifaria y la autoridad encargada de llevar el proceso de fijación de precios.

Así, no admite la formulación de discrepancias directamente ante el Panel sin que antes se hayan presentado las observaciones en la oportunidad prevista por la normativa a la CNE<sup>11</sup>. Lo anterior, por considerar que la expresión de la diferencia por parte de las empresas sujetas a tarificación es un hecho relevante en cuanto da origen a la discrepancia. Pero, no basta con plantear las diferencias en forma oportuna ante la autoridad, sino que este planteamiento debe ser íntegro y coherente con la formulación de las discrepancias ante el Panel. El desacuerdo debe plantearse en términos similares ante la autoridad administrativa y el Panel, entendiéndose que esta similitud se da cuando no se aprecien diferencias esenciales entre las propuestas<sup>12</sup>.

Por otra parte, el Panel corrige los errores y omisiones en que incurre la autoridad cuando tienen por efecto dejar sin considerar información o antecedentes relevantes del respectivo proceso de tarificación. Es el caso de la omisión del cálculo del VNR 2011, por error de carga de la información en el sistema de cuentas, de edificios y terrenos de tres concesionarias de distribución que existían previamente en el

<sup>10</sup> Dictamen 9-2005, 60-65.

<sup>11</sup> Dictamen 7-2005, 71.

<sup>12</sup> Dictamen 8-2005, 15-16.

inventario de la SEC. El Panel junto con corregir la ilógica situación, manifiesta que “a su juicio hay espacio y oportunidades para mejorar el intercambio de información entre la SEC y las concesionarias, lo que podría redundar en una disminución de los errores de información”<sup>13</sup>.

b) *Necesidad de una correcta fundamentación.* La intervención del Panel de Expertos en los procedimientos tarifarios tiene por efecto promover el esfuerzo de justificación de la opción técnico-económica que se propone. La revisión de la justeza de las alternativas presentadas a elección del Panel impone a las partes del proceso tarifario un tratamiento de rigor metodológico en sus propuestas.

Esta necesidad se percibe claramente en los casos en que el Panel adopta sus decisiones en base a métodos de modelación, sensibilización y contraste de resultados, optando por aquella alternativa que considera mejor justificada técnicamente<sup>14</sup>.

## Conclusiones

El Panel de Expertos ocupa una parte principal de su quehacer en la participación en los procesos de fijación tarifaria establecidos en la LGSE.

En su intervención en el curso de estos procesos, el Panel se sitúa como una instancia de colaboración en el procedimiento administrativo de fijación de precios.

Su función es la propia de un órgano de regulación, lo cual se ve afirmado tanto por la misión que cumple en la fijación tarifaria como por la naturaleza del acto dictaminante mediante el cual se expresa.

Sin perjuicio de lo anterior, el Panel se erige en un órgano de control de la discrecionalidad de la potestad tarifaria ejercida por la autoridad administrativa, fomentando el diálogo técnico y contribuyendo a la legitimidad del proceso de fijación tarifaria.

## Bibliografía citada

- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio y SEEGER CAEROLS, María Carolina (2006): *Derecho Eléctrico* (Santiago, LexisNexis), 607 pp.
- FISHER, Ronald; PALMA BEHNKE, Rodrigo; y GUEVARA CEDENO, Jessica (2009). *Conflict Resolution in the Electricity Sector - The Experts Panel of Chile*: Documentos de trabajo, Serie Economía, N° 260. Centro de Economía Aplicada, Ingeniería Industrial, Universidad de Chile. Disponible en: <http://www.cea-uchile.cl/>
- SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, Enrique (2010): *Sistema y Mercado Eléctricos* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing), 193 pp.

<sup>13</sup> Dictamen 14-2011, 13.

<sup>14</sup> Dictamen 7-2005, 81-82.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2004): *Derecho Eléctrico* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 439 pp.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005): "Panel de Expertos: Naturaleza jurídica y ámbito de sus atribuciones", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°14, pp. 53-64.

### Normativa citada

D.F.L. 4/20.018, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, en materia de Energía Eléctrica. *Diario Oficial*, 5 de febrero de 2007.

Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

### Jurisprudencia citada

*Chilectra con Panel de Expertos* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de mayo de 2007, rol N° 585-2007

Dictamen 7-2005: Panel de Expertos, 4 de agosto de 2005.

Dictamen 8-2005: Panel de Expertos, 16 de septiembre de 2005.

Dictamen 9-2005: Panel de Expertos, 23 de noviembre de 2005.

Dictamen 1-2007: Panel de Expertos, 16 de mayo de 2007.

Dictamen 14-2011: Panel de Expertos, 30 de diciembre de 2011.

Dictamen CGR N° 57.151 (2005): Contraloría General de la República, 6 de diciembre de 2005.

Dictamen CGR N° 3.449 (2006): Contraloría General de la República, 20 de enero de 2006.