

PANEL DE EXPERTOS: NATURALEZA JURÍDICA Y ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES

Francisco Zúñiga Urbina (*) (**)

RESUMEN: El autor señala que el Panel de Expertos es un órgano estatal perteneciente a la Administración del Estado, de carácter colegiado, de integración mixta, auxiliar y eminentemente técnico, independiente e imparcial, llamado a ejercer funciones y atribuciones de doble naturaleza: por una parte ejerce funciones y atribuciones en el campo de la regulación económica del sector eléctrico; y, por otra parte, ejerce funciones y atribuciones jurisdiccionales de heterocomposición de conflictos. Por tanto, asegura que el Panel de Expertos se encuentra situado en la Administración pública, y efectúa este juicio atendiendo a su especial naturaleza jurídica, la que se aprecia en una serie de atribuciones y funciones, poseyendo por tanto una naturaleza híbrida en la medida que está revestido de atribuciones administrativas y jurisdiccionales. Además, hace un análisis crítico a la postura que señala que el Panel de Expertos es un tribunal especial, afirmando que dicha tesis no tiene cabida, fundado en aspectos subjetivos y adjetivos.

PROLEGÓMENOS

El tema abordado en estas IV Jornadas de Derecho Eléctrico es el Panel de Expertos, su naturaleza jurídica y atribuciones, que por sus rasgos peculiares escapa a un fácil encuadramiento en las categorías y figuras *iuris* orgánicas de lo público estatal. Por ello, este tema se justifica a sí mismo a la hora de exponer estos comentarios.

Por otra parte, ligado a esta materia está el tema del encuadramiento de los servicios eléctricos como actividad económica regulada y de servicio público material. Ciertamente el sector eléctrico fue sometido bajo el régimen autoritario a un proceso de modernización, desregulación parcial y privatización, que no

resta a la identificación del sector como de actividad económica regulada y de servicio público material, *publicatio* que encuentra eco notorio en el empleo de la técnica concesional; todo lo cual ha sido reforzado por la ley N° 19.613 y ley N° 19.940 (Ley Corta).

En esta ponencia abordaremos específicamente la naturaleza jurídica del Panel de Expertos en conexión a las funciones y atribuciones del órgano y estatuto de su personal. Luego de modo propedéutico podemos entender órgano como “un conjunto de posibilidades de actuación de que es titular una persona o varias personas físicas...”, atribución como “cada una de las posibilidades de actuación de los órganos...” y competencia como el conjunto de atribuciones asignadas a un órgano (Baena del Al-

* Francisco Zúñiga Urbina es profesor de la cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad Central y en la Universidad Diego Portales.

** Ponencia presentada en las IV Jornadas de Derecho Eléctrico, celebradas los días 9 y 10 de agosto de 2004, en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

cázar)¹, y ciertamente tales órganos y organismos son parte de la organización estatal (Parejo), la que es una articulación de funciones y entes públicos, que merced su complejidad admite grados importantes de diferenciación.

En este orden de ideas el planteamiento “judicialista” sostenido por el iusadministrativista Alejandro Vergara Blanco en orden a que el Panel de Expertos es un “tribunal especial” será examinado críticamente para sostener, en definitiva, que estamos en presencia de un órgano del Estado que integra la institucionalidad del sector eléctrico de naturaleza híbrida en su competencia. Tal naturaleza híbrida no es una salida fácil o huida conceptual a la necesidad de encuadrar al Panel de Expertos en el cosmos estatal; simplemente es fruto de lo complejo que resulta su inserción en los cuadros o estructuras orgánicas del Estado en relación a sus funciones y atribuciones y estatuto de personal. La mentada naturaleza híbrida de la competencia del Panel de Expertos, no nos exime de situar el locus del órgano en la Administración del Estado, con las características peculiares de carecer de personificación y de relaciones de jerarquía o tutela es el cosmos administrativo, quedando sometido al principio de juridicidad en su obrar, y a un régimen que asegura la independencia e imparcialidad del órgano y sus integrantes.

I. NOTAS ACERCA DE LA HISTORIA FIDEDIGNA DEL TÍTULO VI DE LA LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS

El proyecto de Ley Corta, a pesar de su título abordó diversas materias de la legislación sectorial, sistemas de transporte de electricidad,

régimen de precios, y demás adecuaciones, quedando ausente la racionalización de discrepancias y conflictos que cristaliza en el *iter legis* en el Panel de Expertos. En cuanto al proceso de modernización del sector: para resolver las dificultades mencionadas, el Gobierno señaló en el Mensaje (N° 102-346 de 6 de mayo de 2002) que “...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”.

Los principales temas identificados en dicha política, son los siguientes:

- Perfeccionamiento de la estructura de organización de los sistemas y los mercados.
- Perfeccionamiento de los sistemas de regulación de precios a nivel de generación.
- Perfeccionamiento de los sistemas y procedimientos de regulación de cargos por uso de los sistemas de transmisión.
- Perfeccionamiento de los sistemas y procedimientos de regulación de cargos por los servicios de distribución.
- Ampliación del segmento no regulado del mercado.
- Modificación del sistema de regulación de precios aplicable en sistemas eléctricos de tamaño mediano verticalmente integrados y con oferta concentrada.
- Establecimiento de sistemas remunerados de prestación de servicios complementarios, distinguiéndolos de los bienes y servicios básicos que se transan, cuales son: la energía y potencia.
- Perfeccionamiento de los sistemas y procedimientos aplicables en situaciones críticas de escasez y restricción de suministro.

1 Consultar a BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano: “Curso de Ciencia de la Administración”, Editorial Tecnos, 2ª edición, 1988, 2 vol., Vol. I pp. 68-81. Ídem BIELSA, Rafael: “Ciencia de la Administración” R. Depalma, 2ª edición Buenos Aires, 1955, pp. 235-266. También consultar a PAREJO ALFONSO, Luciano: “Derecho Administrativo”, Editorial Ariel Barcelona, 2003, pp. 119-135 y a SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: “Principios de Derecho Administrativo”, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2 vol., 2ª edición, Madrid, 1998, vol. I, pp. 354- 362.

– Creación de una instancia independiente de resolución de discrepancias sobre fijaciones precios regulados.

Las finalidades del proyecto son:

– Reactivar las inversiones en transmisión, cuya postergación representa cuellos de botella relevantes para el suministro eléctrico en diversos puntos de los sistemas, afectando la calidad y los costos para los consumidores, y viabilizar la inversión en instalaciones de interconexión entre los sistemas interconectados nacionales existentes, SIC y SING.

– Reducir el riesgo regulatorio relacionado a los procesos de regulación de precios a nivel de generación.

– Introducir un sistema de peajes de distribución, de modo de facilitar a los clientes no regulados establecidos dentro de las áreas de concesión de las empresas distribuidoras.

– Adaptar el sistema de regulación de precios en sistemas medianos y aislados, tales como los existentes en las regiones de Aysén y Magallanes, a las condiciones y estructura de la industria propios de ellos, de modo que el sistema de precios incentive la inversión óptima de largo plazo, y permita así lograr reducciones en los costos para el consumidor final.

– Introducir un sistema de remuneración de servicios complementarios en la operación de los sistemas, que incentive inversiones y modos de operación que favorezcan la confiabilidad y calidad, y reduzcan los costos de operación.

Finalmente el Mensaje del Presidente de la República identifica las ideas matrices del proyecto, a saber:

– Nueva regulación de los sistemas de transporte de electricidad.

– Regulación de un sistema de peajes en distribución.

– Nueva regulación del régimen de precios aplicable a los diferentes segmentos de los sistemas eléctricos medianos, es decir, sistemas con una capacidad instalada superior a 1.500 kw e inferior a 200 mw.

– Perfeccionamiento a la regulación de los ingresos del segmento generación, por concepto de capacidad.

– Formalización de un mercado de servicios complementarios destinados a conferir mayor confiabilidad a los sistemas eléctricos.

Por otra parte, examinados los antecedentes de la historia fidedigna de la ley N° 19.940 en su fuente² podemos establecer dos asertos básicos en relación al Panel de Expertos.

a) El Panel de Expertos incorporado en el Título VI de la LGSE por el artículo 3° de la ley N° 19.940 no figura en el Mensaje del Presidente de la República (Mensaje N° 102-346, de 6 de mayo de 2002) sino que, fue adicionado al proyecto en el debate parlamentario mediante una indicación del Presidente de la República en la Cámara de Diputados (Mensaje N° 218-349), por lo que lejanamente esta racionalización es parte de las ideas matrices del proyecto de ley primitivo.

b) No existe en la historia de la ley un concepto preciso, sino ideas fragmentarias, acerca de la naturaleza del Panel de Expertos. Por la vía ejemplar la ex Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de Energía en una opinión formulada en el debate parlamentario recogida en el Diario de Sesiones (Sesión 11, de 28 de octubre de 2003) sostuvo la necesidad de

2 Historia de la ley. Compilación de Textos oficiales del debate parlamentario" Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago, 2004, 3 Vol.

una comisión pericial para “temas tarifarios”, pero se inclinó más bien por una comisión ad hoc, antes que por un órgano estable o permanente. En la Sesión citada se da cuenta de la incorporación del nuevo artículo 3° al proyecto de ley que incorpora por vía de indicación del Presidente de la República el Panel de Expertos (pág. 276 y ss). Asimismo, el diputado informante del proyecto de ley en la misma Sesión Sr. Leay sostuvo: “Es necesario señalar que el Panel de Expertos no constituye un tribunal, sino una instancia auxiliar de la administración del sistema eléctrico, que intervendrá cuando algún interesado decide recabar su informe en una materia prevista en la ley. La ley eléctrica regula el precio del servicio mediante una fórmula que considera diversas variables del mercado, y se faculta a la autoridad para que, mediante un procedimiento administrativo, lo aplique y fije materialmente el precio. En este contexto, dado que el procedimiento permite la participación de las empresas concesionarias y que puede haber distintas apreciaciones sobre los antecedentes de la fórmula, se hace necesario definir en la ley de qué manera se determina la apreciación correcta. Ello podría radicarse, sin contrapeso, en la autoridad; pero en el proyecto hemos preferido limitar el ejercicio de esta facultad mediante la consulta al Panel, cuya opinión o dictamen no puede ser desoído ni por la autoridad ni por las empresas. En este sentido, la opinión del Panel de Expertos constituirá un antecedente para el respectivo acto administrativo que determina el precio por la aplicación de una fórmula legal. Es decir, forma parte de un procedimiento administrativo que, conforme al N° 18 del artículo 60 de la Constitución Política es materia de ley simple” (pág. 381). Por otra parte, para la historia fidedigna, es menester recoger la opinión consignada en el Diario de Sesiones del Senado (Sesión 19) del señor Ministro de Economía Rodríguez Grossi: “Ex-

plicó que el Gobierno tiene la voluntad de reducir el riesgo regulatorio relacionado a los procesos de regulación de una instancia independiente de resolución de conflictos. Añadió que esta instancia 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” (pág. 626). La misma autoridad en la discusión del articulado agregó que el Panel de Expertos debía integrarse por “ingenieros o licenciados en ciencias económicas más que abogados. Añadió que los problemas del sector eléctrico son sumamente complejos y que requerían para su resolución de la técnica de personas con experiencia en la materia (pág. 679).

También la historia fidedigna nos permite establecer que la integración mixta (escabina y letrada) del Panel de Expertos fue incorporada al proyecto por la vía de la indicación por el senador Sr. Prokurica, quien incorpora al órgano dos abogados; indicación que en su primer trámite fue rechazada al repetirse los empates en la votación. En el mismo orden de ideas el Diario de Sesiones del Senado (Sesión 30 de 13 y 14 de enero de 2004) recoge el debate en torno a la integración del Panel de Expertos, y da cuenta de la indicación de los senadores señores Lavandero y Sabag en orden a incorporar al órgano a dos abogados, lo que fue aceptado por el Ministro del rubro.

También la historia fidedigna nos permite consignar algunas notas recogidas del debate en el Senado acerca de la naturaleza del Panel de Expertos. Por la vía ejemplar el Diario de Sesiones (Sesión 21, de 17 de diciembre de 2003) se consigna la opinión del senador Sr. Lavandero, acerca del proyecto de ley en general y del Panel de Expertos en particular: “el Gobierno tiene la voluntad de reducir el riesgo relacionado con los procesos de re-

gulación de precios, a la vez que transparentarlos al máximo, con miras a este objetivo ha propuesto la creación de una instancia independiente de resolución de conflictos la cual tendrá la responsabilidad de solucionar discrepancias que puedan surgir entre la autoridad y las empresas en los distintos procesos tarifarios, así como de los conflictos que surjan dentro del CDEC” (págs. 773-774). Además, en la misma Sesión el senador señor Prokurica insistió en la necesidad que el Panel de Expertos tenga integración letrada parcial, ya que, “...tendrá que analizar discrepancias sujetas a la normativa del sector, y la inexistencia del criterio jurídico en sus precisiones harían muy vulnerables sus informes, desde el punto de vista legal” (pág. 778).

Por último, en el *iter legis* consta el informe acerca del art. 3° de proyecto de la Corte Suprema (Of. N° 2.565 de 27 de noviembre de 2003) preceptivo en razón de los artículos 73, 74 de la Constitución Política de la República y art. 16 de la ley N° 18.918; que señala “...Panel de Expertos no es un órgano jurisdiccional, en los términos de los artículos 73 y 74... Al ser así estima que no corresponde emitir informe sobre la materia consultada”.

De este modo del debate parlamentario podemos establecer algunas premisas elementales, que coadyuven a una cabal comprensión acerca de la naturaleza jurídica del Panel de Expertos, a saber:

1. El Panel de Expertos no es un órgano que esté recogido en la institucionalidad del sector eléctrico en el Mensaje que contiene el primitivo proyecto de ley que entró a debate parlamentario en la Cámara baja. El Panel es incorporado en el último trámite reglamentario del primer trámite constitucional del proyecto en la Cámara de Diputados.

2. Con todo no es posible sostener una inconstitucionalidad formal de la ley

N° 19.940 (art. 3°), ya que la racionalización de materias y conflictos de competencias del Panel, concierne a materias de dominio legal directamente abordadas por el proyecto de ley primitivo, por lo que no se infringe el artículo 66 de la Constitución Política de la República; todo lo cual es concordante con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materias (STC Rol N° 259 y Rol N° 174).

3. El Panel de Expertos no constituye un tribunal.

4. El Panel de Expertos es una “instancia auxiliar” de la administración del sistema eléctrico o una “instancia independiente” de tipo técnico.

5. El Panel de Expertos en cuanto instancia auxiliar y técnica tiene una integración coherentemente mixta: miembros escabinos como son ingenieros o licenciados en ciencias económicas, y miembros letrados que posean el título de abogados, en ambos casos de amplia trayectoria profesional o académica y experiencia laboral.

6. El Panel de Expertos es un órgano de la institucionalidad del sistema eléctrico que dictamina o resuelve en los procedimientos administrativos tarifarios y que además heterocompone conflictos y discrepancias entre la autoridad y las empresas y al interior del CDEC.

El texto aprobado, por el Congreso Nacional, que incorpora un Título VI nueva la DFL N° 1, de 1982, del Ministerio de Minería (LGSE), contiene los artículos 130 a 134.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PANEL DE EXPERTOS

La Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), Título VI, artículos 130 a 134 nuevos introducen un Panel de Expertos, a cuya decisión (dictamen y resolución) serán some-

tidas todas aquellas discrepancias que enumera la ley (art. 130 N°s. 1 a 10 LGSE), en especial, aquellas relativas a la transmisión (v.gr. el informe técnico basado en los resultados del estudio de transmisión troncal; las bases de los estudios para la determinación del valor anual de los sistemas de transmisión troncal; la fijación de los peajes de distribución y de subtransmisión); a la fijación de precios de los servicios no consistentes en suministros de energía; a la determinación de los costos de explotación para las empresas distribuidoras; a la fijación del valor nuevo de reemplazo; y, a las discrepancias que surjan en la aplicación del régimen de acceso abierto en las líneas de los sistemas adicionales. Cabe agregar, además, todas las controversias que surjan de la aplicación de los arts. 71-29 a 71-34 LGSE, relativas a los peajes de los sistemas de transporte (art. 71-35 LGSE); los conflictos que se susciten en el interior de un CDEC, respecto de aquellas materias que se determinen reglamentariamente (inc. final de art. 130 LGSE); y, en fin, “las demás discrepancias que las empresas eléctricas tengan entre sí con motivo de la aplicación técnica o económica de la normativa del sector eléctrico y que, de común acuerdo, sometan a su dictamen”, atribución que le confiere al órgano un perfil cuasi arbitral (art. 130 N° 11 LGSE).

El mencionado Panel de Expertos debe estar integrado por siete profesionales (cinco economistas y dos abogados); con un quórum mínimo de sesiones válidas de cinco miembros y una adopción de acuerdos por simple mayoría, con voto de calidad del presidente en caso de empate (art. 131 incs. 1° y 4° LGSE). La ley regula el nombramiento y causales de inhabilidad de los miembros del Panel de Expertos (art. 131 LGSE), de las funciones del secretario abogado (art. 132 LGSE), de sus costos y financiación de su funcionamiento (estableciendo que es la CNE la encargada de coordi-

nar dicho funcionamiento), y del desarrollo reglamentario de los procedimientos (art. 134 LGSE).

En relación al procedimiento ante al Panel de Expertos, éste tiene las siguientes: la presentación debe constar por escrito y ser clara; establece la necesidad de una audiencia pública con las partes y los interesados; entiende la ley que la SEC y la CNE son siempre interesados; fija un plazo de 30 días para la emisión del dictamen, el cual deberá ser “fundado”; y que los antecedentes serán públicos sólo desde la notificación del dictamen (art. 133 inc. 1° y 2° LGSE). En cuanto a los efectos del dictamen, dispone la ley que “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” (art. 133 inc. 3° LGSE). Además, establece la ley una prerrogativa exorbitante para la Administración Económica (Ministro Presidente de la CNE, con acuerdo del Consejo Directivo) consistente en la declaración de inaplicabilidad de un dictamen, por resolución exenta fundada, dentro del plazo de 10 días contados, desde la notificación del dictamen, “en caso que se refiera a materias ajenas a las señaladas en el art. 130, con excepción de las materias señaladas en el N° 11) de dicho artículo”.

Frente a este complejo órgano, en nuestro medio en una obra novísima sobre derecho eléctrico el profesor Alejandro Vergara Blanco ha sostenido, con buenos argumentos, que el Panel de Expertos en su naturaleza jurídica es un “tribunal especial”. En este orden de ideas Vergara Blanco sostiene:

“Para descubrir la naturaleza jurídica del panel de expertos, debe tenerse presente las funciones, atribuciones que la ley le encomienda a este especial ente, y su conformación, ya revisadas.”

“En cuanto a su naturaleza jurídica, si bien la ley no dice textual y expresamente que

este panel constituye o es un 'tribunal', no podemos dejar de observar una realidad: que su función es dirimir 'discrepancias' (esto es, desacuerdos, diferencias, divergencias, en fin, 'controversias', como lo señala el art. 71-35 LGSE) y, a partir de los principios que al respecto establece la Constitución, tal tarea le corresponde sólo a los tribunales, ordinarios o 'especiales', por lo que en ningún caso podrá confundirse con las funciones administrativas".

"Objetivamente, no es el panel de expertos un órgano de la Administración del Estado, dado que no está llamado a cumplir funciones públicas con carácter permanente; a partir de lo cual esta entidad no se rige por la ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de Administración del Estado ni demás leyes conexas, como la LBPA. Además, ello sería claramente inadecuado al papel que cumple: dirimir divergencias o conflictos; máxime que en algunos casos una de las partes (y no mero "interesado") es un órgano de la Administración (la SEC) como en la determinación de los costos de explotación y del VNR (art. 130 N°s. 8 y 9 LGSE)".

"El panel de expertos, entonces, a partir del papel que le ha encargado la ley que cumple es más bien un órgano que tiene por única y clara función, de la que derivan atribuciones específicas, la de dirimir discrepancias o conflictos actuales entre partes sobre un punto de derecho. Entonces, su papel esencial es llevar adelante, de manera muy específica, la potestad jurisdiccional: dirimir conflictos. El panel de expertos es propiamente un Tribunal especial, y a esta conclusión podemos llegar a partir del análisis de la función que le ha encargado la ley cumplir: resolver una disconformidad, un desacuerdo, un conflicto entre concesionarios o empresas eléctricas o entre éstos y la autoridad sobre una cuestión de derecho".³

"Y este papel de resolver las controversias le corresponde, según el art. 73 CP, a los tribunales ordinarios o especiales que establezcan las leyes; y este panel de expertos es un tribunal especial, dado que al ser establecido por la LGSE, le entregó la potestad de resolver conflictos actuales entre las partes, sin perjuicio de su limitación: carecer de imperio, o de la potestad de hacer cumplir sus propias decisiones, que la ley denomina 'dictámenes' (quizá por esa misma razón)."

El planteamiento "judicialista" del profesor Vergara Blanco concluye sosteniendo de la naturaleza del "tribunal especial" que el Panel de Expertos posee, trae aparejada dos consecuencias: primero, el órgano queda sometido a la superintendencia correccional de la Corte Suprema, todo a pesar de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 133 LGSE; y segundo, que el órgano queda sometido a la jurisdicción de los tribunales superiores de justicia cuando las partes consideren arbitraria o ilegal su resolución, en especial a la acción de protección.

Agrega, el profesor Vergara Blanco, que el Panel de Expertos queda sometido a dos principios superlativos del accionar de todo tribunal: el principio de juridicidad y el principio de independencia.

Nuestra posición disiente del planteamiento del profesor Vergara Blanco en temas sustantivos y adjetivos. El recurso a la historia fidedigna de la ley es un recurso hermenéutico legítimo, pero que no debemos sobrevalorar. A pesar de ello la historia fidedigna de la ley nos plantea claramente que el Panel de Expertos es un órgano colegiado de la Administración del Estado, de integración mixta, auxiliar y de carácter técnico, independiente e imparcial, llamado a ejercer funciones y atribuciones de doble naturaleza: por una parte ejerce funciones y atribuciones imbricadas en el campo de la regulación económica del sector eléc-

trico como parte del íter administrativo de la regulación económica sectorial ejerciendo una potestad dictaminadora; y por otra parte ejerce funciones y atribuciones jurisdiccionales de heterocomposición de conflictos; y en ese campo incluso funciones cuasi arbitrales, todo a través de una potestad jurisdiccional. La creación del Panel de Expertos tiene por objetivo final disminuir el “riesgo regulatorio” y con ello brindar seguridad a los distintos segmentos y sujetos del sector eléctrico.

Por ello sostenemos que la naturaleza jurídica del Panel de Expertos es de un órgano de la Administración híbrido en su competencia: administrativo y jurisdiccional, que desde el punto de vista de la inserción de este órgano en los cuadros orgánicos del Estado corresponde situarlo dentro de la Administración del Estado. En este punto cabe entender al órgano como una “unidad funcional de una organización administrativa diferenciada, para el ejercicio de una competencia” (Parejo) o “estructura singularizada, unipersonal o colegiada, que tiene poderes propios de decisión o posibilidades independientes de actuación; suele ser la parte actuante del organismo, plasmada en un cargo público, aunque puede asumir otra forma organizacional en actuación propia de carácter funcional, destacando, en todo caso, que toda reflexión en torno a este tema debe conformarse a los parámetros de la teoría de la realidad de las personas jurídicas”⁴. Especialmente tratándose del Panel de Expertos, es un órgano carente de personificación, por lo que si no actúa con un patrimonio de afectación, deberá actuar en el plano de sus relaciones contractuales y patrimoniales con la personificación de la Comisión Nacional de Energía (D.L. Nº 2.224. de 1978 y art. 134, inciso 3º LGSE).

Ciertamente no es posible encontrar referencias comparatistas para determinar la naturaleza jurídica de la competencia del Panel de Expertos y su locus en el Estado, pero lo cierto es que en el campo del Estado regulador en general, y de la regulación económica de servicios públicos concedidos, sean monopolios naturales o no, existen referencias a comisiones u órganos independientes de la Administración Económica.⁵

En este orden de ideas, Santiago Muñoz Machado, primero caracteriza los “poderes arbitrales” de la Administración a través de comisiones independientes, sosteniendo:

“En las regulaciones de las comisiones independientes, es un fenómeno común la atribución de competencias de tipo arbitral.”

“En los estudios tradicionales de Derecho administrativo se ha solido hacer referencia a algunas manifestaciones de la potestad arbitral de la Administración en las relaciones entre particulares. Algunas de ellas son clásicas, como la contemplada, por ejemplo, en el artículo 82.j) del Reglamento de Verificaciones Eléctricas”.

“Las conclusiones de los análisis doctrinales han solido insistir en que la atribución de competencias arbitrales a la Administración Pública para dirimir conflictos entre privados es un caso de ‘abuso de la autotutela’. Consistiría el abuso en el empleo de las prerrogativas administrativas, que se sitúan en una órbita diferente del Derecho ordinario que rige las relaciones entre particulares, para imponer soluciones y resolver controversias cuyo conocimiento y decisión debe pertenecer a los Tribunales. La tutela administrativa no se emplea en estos casos para defender intereses de la Administración, sino para ejercer heterotutela en re-

4 PANTOJA B., Rolando: *La Organización Administrativa del Estado* Editorial Jurídica, Santiago, 1998, pp. 327. PAREJO, L.A. ob. cit., pp. 380. Ídem PAREJO, L., JIMÉNEZ BLANCO A., y ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo* Editorial Ariel, Barcelona, 1990, pp. 119- 135.

5 Consultar MUÑOZ MACHADO, S. “*Servicio Público y Mercado*”, Editorial Civitas, Madrid, 1998, Vol. I. pp. 225-324.

lación con conflictos en los que la Administración no es parte”.

“Esta crítica a los poderes arbitrales de la Administración está ahora ya del todo vencida por la evolución del papel las Administraciones Públicas en la ordenación y supervisión del funcionamiento de los sectores económicos. Unas de las competencias que en todos los ordenamientos se considera indispensable es la que permite la resolución inmediata de los conflictos que se generan entre los operadores que actúan en los mercados. Estas controversias requieren una solución casi instantánea, que es imposible que pueda esperar al debate judicial, que siempre se produce de un modo irremediablemente más lento. Las comisiones reguladoras independientes han sido, por ello, llamadas a ejercer una función de arbitraje que resulta imprescindible para el correcto funcionamiento del mercado. Es esta función un componente esencial de las competencias de regulación que se atribuyen a las indicadas comisiones”.

En el mismo contexto Muñoz Machado matiza el alcance de estos “poderes arbitrales”, al señalar:

“Una modulación importante presente el ejercicio de estas competencias arbitrales en relación con algunas manifestaciones existentes en el Derecho Administrativo histórico: se excluye la aplicación por la Administración del bloque básico de prerrogativas que le permiten dictar decisiones ejecutorias, sometiendo el ejercicio de la función arbitral de modo íntegro al Derecho privado. De esta manera las comisiones independientes actúan como árbitros ordinarios, sometidas al Derecho privado, siendo sus decisiones revisables en los mismos términos en que los serían los laudos arbitrales de cualquier colegio integrado por árbitros privados”.

Respecto a la justiciabilidad de las decisiones de los órganos con “poderes arbitrales”, Muñoz Machado, añade:

“La fórmula implica que decisiones administrativas, aun de contenido arbitral, adoptadas siguiendo un procedimiento que, al menos parcialmente, es administrativo, habrán de ser conocidas por la jurisdicción ordinaria. También se da la circunstancia de que estas decisiones forman parte de un nuevo tráfico jurídico que se está convirtiendo en absolutamente habitual, reiterativo y caracterizador de la actividad normal de las decisiones reguladoras independientes. De modo que se puede decir que una actividad administrativa nueva, pero que será tan típica como alguna de las obligaciones administrativas tradicionales, escapará del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.”

“Es ésta una manifestación muy notable de la ruptura de algunas referencias tradicionales que han servido para delimitar la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa: los criterios orgánicos, por ejemplo, o también la idea del giro o tráfico administrativo como relativa a las actuaciones administrativas que se repiten de modo típico y en masa.”

Nos debemos omitir la crítica, que no compartimos en su integridad, formulada la doctrina hispánica a los “poderes arbitrales” y de autotutela de la Administración y sus comisiones independientes para componer conflictos entre privados, como un caso “abuso de la autotutela”⁶. En efecto, el tema de la autotutela de la Administración, interna y externa corporis, y sus límites, es un gran tema del Derecho Administrativo que excede las fronteras de esta ponencia. Pero con todo es dudoso que el Panel de Expertos como órgano de Administración ejerza poderes de autotutela, más bien por

6 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón: “Curso de Derecho Administrativo” (2 vol.) Edit. Civitas, 4ª ed., reimp. revisada Madrid, 1987, Vol. I, pp. 486 y ss.

la naturaleza del órgano estamos en presencia de heterotutela.

Con todo, no podemos cerrar este capítulo sin recoger observaciones críticas acerca del planteamiento del profesor Vergara Blanco:

1) El Panel de Expertos es un órgano del Estado estable, permanente que cumple funciones públicas, administrativas y jurisdiccionales, y que por tanto, aunque nada dice el art. 3º de la ley Nº 19.940 (nuevo Título VI de LGSE) en esta materia, queda sometido al Título I de la ley Nº 18.575.

2) La Administración del Estado puede ser definida funcional y orgánicamente. En el plano orgánico la Administración del Estado admite en sus cuadros orgánicos la presencia de entes u órganos dotados de potestad jurisdiccional.

3) Más aún, la Constitución Política de la República, al consagrar la garantía del debido proceso legal en el artículo 19 Nº 3, precisamente la extiende a toda sentencia de un “órgano que ejerza jurisdicción...”; es decir, excediendo las coordenadas de los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial. Más aún la historia fidedigna de esa disposición garantista confirma la amplitud de esta garantía, concerniente específicamente a órganos de la Administración que ejerzan potestad jurisdiccional. Incluso más, el socorrido argumento a la superintendencia correccional de la Corte Suprema, y el recurso de protección, son artificiosos, y en modo alguno aseguran una efectiva tutela judicial.

4) La inserción del Panel de Expertos en los cuadros orgánicos de la Administración del Estado no conlleva inmunidad de jurisdicción, a pesar de lo dispuesto el inciso tercero del artículo 133 en orden a que “no procederá ninguna clase de recursos jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o extraordinaria”.

5) Asimismo, los principios de jurisdicción, juridicidad e independencia no resul-

tan exclusivos de los tribunales ordinarios y especiales que integran el Poder Judicial, aunque la Constitución consagre específicamente estos principios como bases constitucionales de tal poder público. En efecto, en un contexto de pluralidad de jurisdicciones (Poder Judicial, Tribunal Constitucional, y Justicia Electoral) tales principios son predicables de todos y cada una de los órdenes jurisdiccionales del Estado.

6) Más aún, los principios de juridicidad y de instrumentalidad neutral y objetiva de la Administración, como poder vicarial al servicio de los intereses generales de la Nación, son principios torales a un Estado de Derecho.

7) Por lo demás, la Administración del Estado da cuenta en la actualidad, de innumerables órganos que gozan de independencia, tanto en la Administración activa, consultiva y fiscalizadora.

Existe finalmente una crítica, que es una *reductio ad absurdum*: si el Panel de Expertos fuere un “tribunal especial”, el artículo 3º de la ley Nº 19.940 que incorpora el Título VI a la LGSE, es de quórum especial orgánico constitucional, y por ende, sometido al trámite preceptivo del inciso 2º del artículo 74 de la Constitución Política de la República y a control preceptivo y preventivo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional (art. 82 Nº 1 C. P. R.). En efecto, la Constitución vigente ordena legislador orgánico-constitucional determinar la organización, atribuciones, calidades de jueces y antigüedad en el ejercicio de la profesión, de todos los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia. En la medida que las cámaras en definitiva no le asignaron al art. 3º de la ley Nº 19.940 el carácter de ley orgánica constitucional, recogiendo el informe de la Corte Suprema antes referido, salvo en lo que interesa inciso séptimo del art. 134; y de ser correcto el planteamiento que le asigna al Panel de Expertos la naturaleza de tribunal especial, estaría-

mos en presencia de una inconstitucionalidad formal de todo el Título VI de la LGSE, por infringir la regla de reparto de competencia legislativa de la Constitución (art. 60 N° 2, art. 63 inciso 2° y art. 74 C. P. R.). Todo ello resulta simplemente insostenible.

III. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, aun a riesgo de reiterar algunas ideas, me parece necesario en relación a la naturaleza jurídica y atribuciones del Panel de Expertos, recoger las notas siguientes:

1. El Panel de Expertos no es un órgano que esté recogido en la institucionalidad del sector eléctrico en el Mensaje del Presidente de la República que contiene el primitivo proyecto de ley que entró a debate parlamentario en la Cámara baja. El Panel es incorporado en el último trámite reglamentario del primer trámite constitucional del proyecto en la Cámara de Diputados.

2. No es posible, a partir de la no inclusión del Panel de Expertos en el primitivo proyecto de ley, sostener una inconstitucionalidad formal de la ley N° 19.940 (art. 3°), ya que la racionalización de materias y conflictos asignados a la competencia del Panel; conciernen a materias de dominio legal directamente abordadas por el proyecto de ley primitivo por lo que no se infringe el artículo 66 de la Constitución Política de la República; todo lo cual es concordante con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la especie (SSTC Rol N° 259 y Rol N° 174).

3. La historia fidedigna de la ley N° 19.940 nos permite allegar, utilizando el recurso hermenéutico que pretende fijar la “voluntas legislatoris”, a las conclusiones específicas siguientes:

3.1. El Panel de Expertos no constituye un tribunal.

3.2. El Panel de Expertos es una “instancia auxiliar” de la administración del sistema eléctrico o una “instancia independiente” de tipo técnico.

3.3. El Panel de Expertos en cuanto instancia auxiliar técnica tiene una integración coherentemente mixta: miembros escabinos como son ingenieros o licenciados en ciencias económicas, y miembros letrados que posean el título de abogados, en ambos casos de amplia trayectoria profesional o académica y experiencia laboral.

3.4. El Panel de Expertos es un órgano de la institucionalidad del sistema eléctrico que dictamina o resuelve en los procedimientos administrativos “tarifarios” y que, además, heterocompone conflictos y discrepancias entre la autoridad y las empresas y al interior del CDEC.

4. El Panel de Expertos es un órgano de la Administración híbrido en su competencia, ya que está llamado a ejercer funciones y atribuciones administrativas y jurisdiccionales. En cuanto a las funciones y atribuciones administrativas el Panel ejerce una potestad dictaminadora obligatoria que integra el íter administrativo de la regulación económica del sector eléctrico. Las funciones y atribuciones jurisdiccionales del Panel dicen relación con la heterocomposición de discrepancias y conflictos en relación a procesos tarifarios y conflictos al interior del CDEC, pudiendo adoptar incluso, en su órbita de competencia un rol “cuasi arbitral”.

5. El Panel de Expertos es un órgano del Estado colegiado, mixto (escabino y letrado), auxiliar y de carácter técnico (de integración profesional cualificada) autónomo, independiente e imparcial de la Administración Económica sectorial, de las empresas, usuarios y partes. El Panel de Expertos es un órgano del Estado, que situamos en la Administración del Estado y que carece de personificación, aunque pudiese obrar con patrimonio de afectación, y que no posee relaciones jurídicas de jerarquía o

tutela con la Administración. También resultan aplicables al Panel las normas del Título I de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. El Panel no obstante ser designado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mediante procedimiento concursal, y materializarse el nombramiento mediante resolución del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, carece de relaciones de tutela o jerarquía con dicho tribunal especial y con el ministerio del rubro.

6. El Panel de Expertos en un plano orgánico integra la Administración del Estado, pero queda sometido a un estatuto especial contenido en la Ley General de Servicios Eléctricos, que es completado fragmentariamente por las remisiones que este cuerpo legal contiene. En este contexto, la ley N° 19.880, sobre bases de los procedimientos administrativos, resulta aplicable como ley general y supletoria, a la actuación administrativa del Panel de Expertos. En este mismo orden de ideas, los integrantes del Panel, el secretario abogado y el personal auxiliar “no tendrán carácter de personal de la Administración del Estado” y por ende no son funcionarios públicos sometidos a derecho estatutario común (ley N° 18.834). No obstante, en la medida que sirven funciones públicas se les aplican las normas sobre responsabilidad administra-

tiva y probidad contenidas en la ley N° 18.575 y las normas del Título V del Código Penal sobre delitos funcionarios, quedando expresamente comprendidos en el artículo 260 del mismo Código. Luego los integrantes del Panel, secretario abogado y personal auxiliar quedan sometidos a un derecho estatutario especial y, por ende, a disposiciones fragmentarias de derecho laboral común.

7. Los actos o decisiones del Panel de Expertos, sean dictámenes o resoluciones, son decisiones irrecurribles, pero no gozan de inmunidad de jurisdicción. Esto significa que la irrecurribilidad a que hace referencia el inciso tercero del artículo 133, de dicho cuerpo legal corresponde a recursos jurisdiccionales o administrativos, de naturaleza ordinaria o extraordinaria (es decir, los remedios procesales de la ley de enjuiciamiento civil y de la ley de procedimientos administrativos), pero no a acciones que instauren procesos declarativos o cautelares conducentes a la tutela judicial efectiva. Esta irrecurribilidad de las decisiones del Panel de Expertos guarda armonía con el objetivo de establecer esta racionalización administrativo-jurisdiccional; reducir el riesgo regulatorio, con un órgano colegiado mixto, auxiliar y de carácter técnico, autónomo, independiente e imparcial, que adopta decisiones muy relevantes para los segmentos y sujetos del sector eléctrico.