

ANALISIS DEL SISTEMA TARIFARIO
DE LA DISTRIBUCION DE ENERGIA ELECTRICA.
LA FIJACION DEL "VALOR NUEVO DE REEMPLAZO" (VNR)

Enrique Evans de la Cuadra

Profesor de Derecho Constitucional.
Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Este trabajo dice relación con algunas interrogantes que plantea la eventual aplicación del artículo 118 de la Ley General de Servicios Eléctricos, D.F.L. N° 1 del Ministerio de Minería, de 13 de septiembre de 1982, en el proceso de fijación de nuevas tarifas a las empresas distribuidoras de energía eléctrica, las que deben regir desde 1992.

INTRODUCCION

– El texto de ese precepto es el siguiente:

“ARTICULO 118°. El VNR se recalculará cada cuatro años, en el año anterior al cual corresponda efectuar una fijación de fórmulas tarifarias. Para tal efecto el concesionario comunicará a la *Superintendencia* antes del 30 de junio de dicho año, el VNR correspondiente a las instalaciones de distribución de su concesión, acompañado de un informe auditado. La Superintendencia fijará el VNR, para lo cual podrá aceptar o modificar el valor comunicado por la empresa, en el plazo de tres meses. De no existir acuerdo entre el concesionario y la Superintendencia, el VNR será determinado por una comisión pericial. Esta comisión estará integrada por tres peritos ingenieros: uno nombrado por el Presidente de la República, otro designado por el concesionario y el tercero será el decano más antiguo en ejercicio del cargo, de una Facultad de Ingeniería, con asiento en la capital, de una Universidad Estatal. La comisión pericial deberá pronunciarse sobre el VNR antes del 31 de diciembre del año en cuestión. A falta de comunicación del VNR y del informe auditado, este valor será fijado por la Superintendencia antes del 31 de diciembre de ese año, y no podrá ser apelado por el concesionario.

En el plazo que medie entre dos fijaciones de VNR, éste será aumentado o rebajado en la misma proporción en que varíe el Índice General de Precios al Consumidor”.

– Las principales materias específicas que abarcará este Informe se refieren a las siguientes cuestiones:

1. Naturaleza de los plazos que contempla el artículo transcrito.
2. ¿Quién debe o puede provocar la constitución de la Comisión Pericial? ¿Debe hacerlo la Superintendencia de Electricidad y Combustibles?
3. Si esa acción corresponde a cualquier Concesionario, ¿cuándo o dentro de qué plazo debe ejercerla?

4. Procedimiento y formalidades para constituir la Comisión Pericial.
5. ¿Es procedente que la misma Comisión Pericial resuelva los desacuerdos entre varios concesionarios y la Superintendencia? ¿O bien la controversia de cada concesionario debe ser resuelta por una Comisión Pericial específica y distinta?
6. ¿Puede el perito designado por un concesionario ser dependiente de éste?
7. ¿Qué sentido preciso tiene aquí la expresión "Facultad de Ingeniería"?
8. ¿Qué ocurre si el decano más antiguo rehúsa ejercer el cargo?
9. ¿Una vez establecido el procedimiento de designación de los peritos y nombrados éstos, pueden ser recusados u objetados?
10. ¿Qué sucede si la Comisión Pericial no se constituye o no resuelve antes del 31 de diciembre de 1991? ¿Puede emitir su dictamen después de esta fecha?
11. ¿Pueden los interesados restringir la competencia de la Comisión Pericial a algunos rubros del V.N.R. (Valor Nuevo de Reemplazo) o ella debe pronunciarse sobre la totalidad de ellos?
12. ¿Naturaleza jurídica de la Comisión Pericial, es Tribunal? En caso afirmativo, ¿puede recurrirse de su resolución? ¿Ante quién? Si no es Tribunal, ¿puede recurrirse, y ante quién, de su determinación?
13. Forma de funcionamiento de la Comisión. Procedimiento. Sus acuerdos. Casos de desacuerdo o dispersión de votos u opiniones.
14. La Comisión Pericial debe pronunciarse "antes del 31 de diciembre". ¿Qué ocurre si así no sucede? ¿Podría invocarse el inciso final del Art. 118 arguyéndose que —en tal evento— no hubo fijación del VNR? ¿Qué pasa si la Comisión dilata indefinidamente su pronunciamiento?
15. En caso de dilación indefinida del proceso de fijación del VNR, definir la aplicación del Art. 115 del DFL N° 1/82 y de su contexto. En tal evento, ¿qué tarifas registrarán a partir de octubre de 1992?
16. ¿Cómo se reemplaza a un integrante de la Comisión que se inhabilita durante el proceso?
17. Atribuciones de la Comisión Pericial para requerir la información que estime indispensable. Eventuales procedimientos y sanciones en caso de que las partes no entreguen o retrasen la información.
18. ¿Puede la Comisión Pericial rebajar los valores fijados por la Superintendencia más allá que los entregados por el concesionario?
19. Sin acuerdo especial de las partes en el acto del nombramiento, ¿puede la Comisión Pericial prescindir de los valores y procedimientos utilizados por el concesionario y por la Superintendencia y fijar unos distintos?
20. Costas de la Comisión Pericial. ¿Quiénes y cómo las deben sufragar? ¿Es gasto fiscal?

— La nómina de interrogantes que antecede muestra que el precepto legal que me ocupa es, a la vez, complejo y muy incompleto. La resolución de las múltiples cuestiones que supone su aplicación práctica lleva, necesariamente, a

buscar en la estructura institucional chilena los bienes jurídicos que habiliten para encontrar las respuestas adecuadas. Deben tenerse presentes, como antecedentes fundamentales, los siguientes elementos de análisis:

- 1) que en Chile existe Estado de Derecho;
- 2) que, por consiguiente, su Gobierno y la Administración se someten al imperio de normas jurídicas;
- 3) que la Administración del Estado y sus órganos, agentes y funcionarios sólo pueden proceder dentro del ámbito que les señala el ordenamiento institucional, y
- 4) que esa estructura administrativa no existe para *ejercer*, en su beneficio o provecho jurídico u organizacional, un conjunto de potestades y atribuciones, sino para colocar éstas *al servicio* del bien común y del ejercicio de los *derechos* de las personas.

Sobre estos aspectos generales no entraré en este trabajo, temas estos para los cuales remito a otros trabajos míos o a manuales de Derecho Público.

I. LA SUPERINTENDENCIA DE ELECTRICIDAD Y COMBUSTIBLES
Y EL ARTICULO 118 DEL D.F.L. 1 DE 1982.
DERECHOS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADOS

En la aplicación de ese precepto legal están involucrados derechos constitucionales de las empresas concesionarias de distribución eléctrica. Cabe destacar que ese artículo 118 forma parte del Capítulo II del Título IV del D.F.L. 1, Ley General de Servicios Eléctricos, Títulos que abarcan desde el art. 90 al art. 120 y que contiene todo un complejo sistema administrativo en que intervienen, básicamente, el Ministerio de Economía y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, servicio público regido por la Ley 18.409 de 22 de mayo de 1985. Ese sistema tiene, entre otros, el objeto de regular el proceso de regulación tarifaria para las empresas concesionarias de servicios de distribución eléctrica. Dentro de ese sistema, que analizaré en detalle más adelante, el artículo 118 tiene fundamentalmente trascendencia para esos concesionarios puesto que cada cuatro años, *en el año anterior* al cual corresponda efectuar una fijación de fórmulas tarifarias (ese *año anterior* es 1991), ellos tienen el derecho adquirido de que se recalculen, para esos fines tarifarios, el *Valor Nuevo de Reemplazo* de las instalaciones de distribución eléctrica, VNR, cuyo concepto está contenido en los incisos sexto, séptimo y octavo del artículo 116 del D.F.L. 1. La redacción de ese precepto revela su importancia para las empresas concesionarias:

“Se entiende por Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de distribución de una empresa concesionaria, el costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos destinados a dar el servicio de distribución, en las respectivas concesiones, incluyendo los intereses intercalarios, los derechos, los gastos y las indemnizaciones pagadas para el establecimiento de las servidumbres utilizadas, los bienes intangibles y el capital de explotación. Entre los derechos no se podrán incluir los que haya concedido el Estado a título gratuito ni los pagos realizados en el caso de concesiones obtenidas mediante licitación.

Los bienes intangibles corresponderán a los gastos de organización de la empresa y no podrán ser superiores al dos por ciento del valor de los bienes físicos.

El capital de explotación será considerado igual a un doceavo de las entradas de explotación”.

En la fijación *justa y oportuna* del VNR, sea por la Superintendencia, o en desacuerdo entre ella y el concesionario, por la Comisión Pericial establecida en el art. 118, están involucradas garantías que la Constitución Política asegura a las empresas concesionarias:

- 1) El derecho de desarrollar su actividad económica (art. 19 N° 21), derecho que se vería amenazado, o conculcado, si las nuevas fórmulas tarifarias no contemplan, *justa y oportunamente*, el recálculo del VNR, ya que las empresas afectadas deben continuar prestando su servicio público sin la retribución que legal y legítimamente les corresponde;
- 2) El derecho a no ser discriminadas en materia económica por los organismos estatales (art. 19 N° 22), ya que falta de determinación, *justa y oportuna* del VNR, coloca a las afectadas en un plano de desigualdad jurídica y de desmedro económico y patrimonial que por provenir de un proceso administrativo arbitrario, vulnera la garantía de la igualdad ante la ley (art. 19 N° 2), y
- 3) El derecho de propiedad, puesto que las empresas afectadas por una falta de determinación *justa y oportuna* del VNR han incorporado a su patrimonio, junto con las obligaciones que les impone el D.F.L. 1, los derechos que este les otorga y que no sólo se expresan en el cumplimiento adecuado del precepto en estudio, el art. 118, sino que en un conjunto de garantías adicionales para ellas que contempla el Capítulo II del Título IV del D.F.L. 1, como las previstas en los artículos 93, 110, 115, entre otros. Toda esta sistemática legal cautela el derecho de los concesionarios a una equitativa retribución. Si ésta se ve amenazada o afectada por la falta de determinación del VNR, elemento fundamental para la fijación de nuevas tarifas, o por su determinación injusta o inoportuna, se produce un atentado al derecho de dominio de los concesionarios sobre los atributos y cautelas que la ley incorporó a sus patrimonios.

– Resulta, por consiguiente, incuestionable, que debiendo estar fijado el VNR antes del 31 de diciembre de 1991 conforme al citado art. 118, el órgano administrativo legalmente encargado del proceso, la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, se encuentra en la obligación jurídica administrativa de:

- 1) proporcionar los antecedentes e informaciones que puedan haberle solicitado los concesionarios luego de conocer el VNR calculado por el organismo, y
- 2) constatado el desacuerdo con algún concesionario, producir el nombramiento inmediato de la Comisión Pericial prevista en el art. 118, requiriendo las designaciones correspondientes de quienes corresponda.

Debe advertirse que, con el mérito de lo dicho en este trabajo acerca de la significación del Estado de Derecho y de las características que en él debe tener

la actividad administradora, la Superintendencia debe ponderar, porque nuestro ordenamiento institucional así se lo impone:

- A. La significación patrimonial que para los concesionarios tiene la fijación *justa y oportuna* del VNR y,
- B. En consecuencia, la necesidad ineludible de provocar, solicitar o gestionar la constitución inmediata de la Comisión Pericial. Porque la Superintendencia, organismo al que la Ley 18.409, ya citada, le entrega en su artículo 3º, treinta y tantas atribuciones y que, por tanto, dispone de todos los antecedentes técnicos del caso, se encuentra en el ineludible imperativo jurídico de saber, en el silencio de la ley acerca de los procedimientos de constitución y funcionamiento de la Comisión Pericial, que la formación de ésta y el obtener su pronunciamiento *antes del 31 de diciembre de 1991*, plazo fijado por el art. 118, es una tarea administrativa de envergadura que ya debería estar afrontando. Ello compromete la responsabilidad del Estado y la de los funcionarios respectivos, en variados ámbitos y su cumplimiento inadecuado o inoportuno entrega a los afectados la facultad de ejercer las acciones y recursos judiciales que cautelen sus derechos conculcados.

De lo expuesto aparece que *la inactividad, la demora o la inoportunidad* de la tarea administrativa de la Superintendencia en la materia que nos ocupa, constituyen omisiones graves y faltas que vulneran los *deberes de eficiencia, de iniciativa, de agilidad y expedición* que le impone la Ley 18.575, recordada en el Capítulo anterior. Todo ello implica que la omisión, además de arbitraria, porque carece de justificación racional, es ilegal y amenaza y perturba las garantías constitucionales que los números 2, 21, 22 y 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental aseguran, como se ha visto, a los concesionarios. Como se ratificará en la respuesta final a las interrogantes concretas que absolverá este trabajo, todo ello haría procedente un urgente Recurso de Protección, sin perjuicio, por cierto, de otros derechos y acciones.

II. ANALISIS DEL SISTEMA TARIFARIO DE LA DISTRIBUCION DE ENERGIA ELECTRICA. LA FIJACION DEL "VALOR NUEVO DE REEMPLAZO"

– Generalidades

Este trabajo tiene por objeto, sustancialmente, determinar el verdadero contenido y alcance del artículo 118 del DFL N° 1, por lo que, además de haber señalado ya el significado general del ordenamiento constitucional y administrativo chileno, conviene puntualizar, siquiera brevemente, el contexto de esta misma ley, pues, conforme al artículo 22 del Código Civil, "servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

De ahí que parece conveniente verificar cuál es el sistema general, en relación a la energía eléctrica, instrumentado en este cuerpo legal.

La producción, el transporte, la distribución, el régimen de concesiones y tarifas de la energía eléctrica y las funciones del Estado relacionadas con estas materias, se rigen por el DFL N° 1 de 1982, de acuerdo a su propio artículo 1°. Se reitera tal planteamiento en su artículo 2° y N°s 5 y 7, al comprender entre las disposiciones de tal ley lo relacionado con el régimen de precios a que están sometidas las ventas de energía eléctrica, y las relaciones de las empresas eléctricas con el Estado, las Municipalidades, otras entidades de servicio eléctrico y los particulares.

A) El sistema tarifario de la distribución de energía eléctrica

Si bien las respuestas que se entregarán a través de este informe dicen relación con consultas específicas que surgen directamente del artículo 118 del DFL N° 1, de 1982, de Minería, es necesario, previamente, efectuar algunos alcances someros, e ir desde ya, rescatando algunos elementos que servirán para la exégesis de aquella disposición legal.

El Capítulo I del Título IV del DFL N° 1, de 1982, de Minería, está dedicado a regular el sistema tarifario de la distribución de energía eléctrica, y, especialmente en cuanto a la materia que aquí interesa, en los artículos 96 a 120 de tal cuerpo legal. Por tanto, en cualquier interpretación de contexto, principalmente deben ser tenidos en cuenta estos últimos artículos.

Es básico tener en cuenta que los precios del suministro de energía eléctrica están sujetos a fijación (art. 90), para lo cual se establecen dos niveles de precios:

- a) precios a nivel de generación-transporte, los que se denominan “precios de nudo”; y
- b) “precios a nivel de distribución”, los que se determinan sobre la base de la suma del “precio de nudo”, más un “valor agregado por concepto de costos de distribución”.

En primer lugar, en cuanto a los “precios de nudo”, que aquí no interesan tanto como los siguientes (letra b), reflejan un promedio en el tiempo de los costos marginales de suministro a nivel de generación-transporte para usuarios permanentes de muy bajo riesgo, los que están sujetos a fluctuaciones (art. 97), y se calculan semestralmente.

En segundo lugar, en cuanto a los “precios a nivel de distribución”, que aquí interesan, pues la consulta planteada dice relación con uno de sus elementos, tienen la siguiente estructura básica.

Estos “precios a nivel de distribución” están estructurados como se dijo arriba por:

- los “precios de nudo” establecidos en el punto de conexión con las instalaciones de distribución; y
- el “valor agregado por concepto de costo de distribución”.

Ambos se adicionan a través de fórmulas que representen una combinación de dichos valores, de tal modo que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 105 del DFL N° 1, “el precio resultante de suministro correspondía al costo de la

utilización por parte del usuario de los recursos a nivel producción-transporte y distribución empleados”; aspecto, este último, a mi juicio, básico en la materia, y que debe ser tenido en cuenta, como aspecto de fondo.

El “valor agregado por concepto de costos de distribución” a que se ha aludido recién, a su vez, para su fijación, debe basarse en lo siguiente:

- 1) Costos fijos por concepto de gastos de administración, facturación y atención independientes de su consumo;
- 2) Pérdidas medias de distribución en potencia y energía; y
- 3) Costos estándares de inversión, mantención y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada.

Estos últimos “costos anuales de inversión” (de interés central para este informe) se calculan considerando el “Valor Nuevo de Reemplazo”, de instalaciones adaptadas a la demanda, su vida útil, y una tasa de actualización que determina el artículo 106 parte final del cuerpo legal citado.

Respecto de este VNR, se ahondará más adelante, pues sobre su fijación incide el núcleo de este informe.

Ahora, sobre la base de estos componentes, y de acuerdo a una tramitación señalada en los artículos 107 y siguientes del DFL N° 1, se efectúa la fijación de las “fórmulas tarifarias”, lo que debe hacerse por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, a través de un proceso en que participan los concesionarios (art. 111), sobre la base de un informe técnico de la Comisión Nacional de Energía (art. 112) y mediante una publicación en el Diario Oficial antes del término del período de vigencia de las fórmulas tarifarias anteriores.

Para esta fijación ministerial siempre hay, o debiera haber, un plazo de quince días, a partir del informe de la Comisión Nacional de Energía (art. 111), término a plazo que debe ser retenido como indicativo para otros plazos no establecidos (como por ejemplo en el artículo 118, según se dirá más adelante). Mas, si transcurrido este plazo, y venciese el período de vigencia de las fórmulas tarifarias, “éstas continuarán vigentes”, de acuerdo al artículo 115 del cuerpo legal citado, hasta mientras el Ministerio no cese en su omisión de publicar en el Diario Oficial las nuevas fórmulas tarifarias.

B) El VNR, su fijación y recálculo

¿Qué es el VNR? Como ya se anticipó en el Capítulo anterior, según el artículo 116 inciso 5°, “se entiende por Valor Nuevo de Reemplazo de las instalaciones de distribución de una empresa concesionaria, el costo de renovar todas las obras, instalaciones y bienes físicos destinados a dar el servicio de distribución, en las respectivas concesiones, incluyendo los intereses intercalarios, los derechos, los gastos y las indemnizaciones pagadas para el establecimiento de las servidumbres utilizadas, los bienes intangibles y el capital de explotación”.

Define luego la ley los alcances de dichos derechos, bienes intangibles, capital de explotación, e inversiones en bienes físicos, lo que debe ser siempre tenido en cuenta, cualquiera sea la entidad que fije este VNR, incluida la Comisión Pericial a que se refiere el art. 118.

No debe perderse de vista tampoco que este valor está orientado exclusivamente al estudio de las tarifas de suministro a nivel de distribución (art. 119), y esa es su finalidad: tarifaria.

Históricamente, existió una primera fijación del VNR, de las instalaciones de distribución de cada empresa distribuidora, para lo cual, el concesionario, de acuerdo a lo que dispuso el artículo 117, hubo de presentar, al término de la construcción de las obras, lo siguiente:

- Un *inventario* completo de todas las instalaciones:
- Una *memoria* descriptiva de los trabajos; y,
- El *detalle de los gastos* de primer establecimiento, incluyendo adquisiciones de terrenos, pago de servidumbres, ejecución de obras, adquisición o instalación de maquinarias, materiales, talleres, oficinas y sus dotaciones, honorarios y cargos de ingeniería y supervigilancia, gastos de organización, legales, gravámenes, impuestos e intereses durante la construcción y todo otro ítem que no sea propio cargar a gastos de explotación.

Me he detenido en este largo listado, pues, como dice la ley, sobre la base de *estos* antecedentes, la Superintendencia efectuó la primera fijación del VNR de las instalaciones de distribución de empresa, lo que, entonces, deberá ser también aplicable al caso del art. 118, cuando la fijación, en su caso, la realice una comisión pericial.

Ahora bien, de acuerdo a la ley, este VNR se “recalculará”, cada cuatro años, y este recálculo según el artículo 118, puede realizarse de dos formas:

PRIMER CASO: El concesionario comunica a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, antes del 30 de junio del año anterior al cual corresponda efectuar una fijación de fórmulas tarifarias, el VNR correspondientes a las instalaciones de distribución de su concesión, acompañando un informe auditado.

En este caso, según la ley, la Superintendencia fijará el VNR, para lo cual podrá aceptar o modificar el valor propuesto por el concesionario.

Si no existe acuerdo entre la Superintendencia y el concesionario, el VNR será determinado por la comisión pericial a que se refiere el artículo 118.

SEGUNDO CASO: El concesionario no comunica a la Superintendencia el VNR, ni acompaña un informe auditado.

En tal caso, este valor lo fija la Superintendencia antes del 31 de diciembre de ese año.

Este trabajo se referirá en detalle al 1^{er} caso, recién descrito, y en especial a la situación que se plantea cuando no hay acuerdo sobre el VNR entre el concesionario y la Superintendencia y debe nombrarse la “comisión pericial” que se indica en tal artículo 118.

- Con estos antecedentes y los contenidos en los tres capítulos anteriores, doy respuesta a las interrogantes planteadas al inicio de este Informe.

1. Naturaleza de los plazos que contempla el artículo 118. Veamos los plazos que se contemplan:

- en primer lugar, el plazo de “tres meses” que tiene la Superintendencia para aceptar o modificar el VNR propuesto por el concesionario;
- en segundo lugar, un plazo, no establecido, para el nombramiento de los “peritos ingenieros” que componen la comisión pericial; y
- en tercer lugar, el plazo (hasta “antes del 31 de diciembre del año en cuestión”) dentro del cual la comisión pericial deberá fijar el VNR.

Cada uno de estos plazos tiene, o debiera tener, un tratamiento especial en cuanto a su cómputo, y los plazos sucesivos pueden verse afectados por el incumplimiento de los anteriores, pues, a su respecto, se da una verdadera “cadena” de trámites y plazos.

Así, mientras la Superintendencia no comunique su “desacuerdo”, no comienza a correr el plazo (no determinado, pero determinable), para el nombramiento o designación de los peritos ingenieros que componen la comisión, o, aun, para la puesta en funcionamiento de tal comisión especial. Digo que no está determinado, pero es perfectamente determinable su límite máximo, y éste está dado *por una distancia razonable* con el 31 de diciembre, pues si esta comisión entra en funcionamiento a pocos días de tal día 31, o después, se rompe esta “cadena” y se origina la necesidad de considerar un nuevo plazo el pronunciamiento de esta comisión, amén que a esas alturas *ha tenido que cobrar aplicación el art. 115.*

En esta situación, la Superintendencia debería fijar un nuevo plazo a la Comisión Pericial aún más allá del 31 de diciembre, ya que esa Comisión debe funcionar en todo evento, producido por cierto el desacuerdo.

2-3. Constitución de la Comisión Pericial. ¿Quién la provoca? Atendida la finalidad de la Comisión Pericial, a su nombramiento deben instar tanto al concesionario como la Superintendencia, sobre todo esta última, pues, de acuerdo a la ley (véase artículos 2º y 3º N.ºs. 30 y 33 de la Ley N.º 18.410, ya citada, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles), debe supervigilar el cumplimiento de estas normas, y asesorar técnicamente en materia tarifaria al Ministerio (que es el que, en definitiva, tendrá que fijar las fórmulas tarifarias, según el art. 113 del DFL N.º 1).

Por tanto, en cuanto a esta comisión pericial, el concesionario (cada concesionario), cumple su obligación procurando la conformación de la comisión pericial, e instando ante la Superintendencia su funcionamiento. ¿Cómo debe instar, diligentemente, el concesionario, para la formación de la comisión? A mi juicio, ello debe hacerse una vez conocido el “desacuerdo” de la Superintendencia respecto del VNR propuesto, y no permitiendo que se acerque, en ningún caso, el plazo del 31 de diciembre. Entonces, lo antes posible, y mediante una *comunicación oficial, ingresada por oficina de partes de la Superintendencia*, cada concesionario debe solicitar a la Superintendencia la integración de la comisión pericial, lo antes posible, y en esa misma comunicación designar al *perito ingeniero que le corresponde al concesionario de acuerdo al artículo 118.* Además, a mi juicio, deberá acompañar nuevamente, para la formación del expediente de antecedentes técnicos con que obrará la comisión, copia de su comunicación primitiva a la Superintendencia en que se propuso un VNR de sus instalaciones, del informe auditado que hubo de acompañar, y, en fin, cerciorarse que en tales documentos consten, con precisión, el inventario completo, la

memoria explicativa y el detalle de los gastos a que se refiere el artículo 117 de tal cuerpo legal.

Con esto se quiere decir que la concesionaria, más que nada, debe mostrarse extremadamente diligente, pues al no haber plazos claramente establecidos para la conformación de esta comisión pericial, y *si la Superintendencia no ins- ta por su conformación*, debe buscarse la forma de configurar una *omisión ilegal*, figura jurídica que posibilitaría eventualmente la interposición por el concesionario de un Recurso de Protección, conforme ya se anticipó en el Capítulo anterior.

Por tanto, en Derecho Administrativo, y en relación directa con este caso, más que de plazos, fatales o no fatales, distinción aquí improcedente, hay que preocuparse de la adecuación de la actuación administrativa a la ley, y a las finalidades que ésta establece, y si esa adecuación no se produce, por un no-actuar ilegítimo, se configurará una “omisión ilegal”.

Y si, dado los supuestos anteriores, la autoridad (la Superintendencia) no cumple con su obligación de efectuar todas las tramitaciones necesarias para la fijación tarifaria (artículos 1, 9, 90, 92, 96 y siguientes, 113 y 118 del DFL N° 1 de 1982, de Minería, y 2 y 3 N°s. 30 y 33 de la Ley N° 18.410, de 1985), no estaría sometiendo su acción a la Constitución y a las leyes (artículos 6 y 7 de la Constitución y 2 de la Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), y, de paso, afectando con ello el ejercicio del derecho del concesionario, establecido en la Constitución, a desarrollar libremente su actividad económica y el derecho de propiedad (art. 19 N°s. 21 y 24 de la Constitución), todo lo cual abriría la posibilidad de acceder a otros Recursos de Protección, que puede ser el mismo referido anteriormente.

Así, si no hay acuerdo con la Superintendencia, y esta se muestra remisa a la conformación de esta comisión pericial, a partir de la respectiva petición, y si no hay pronunciamiento en un plazo de quince días, dentro de ese mismo plazo deberá recurrirse de protección por haberse configurado una omisión ilegal. El plazo, en el artículo 118, para los efectos jurisdiccionales corre desde la configuración de una “omisión ilegal”, como sería el silencio de la Superintendencia dentro de los 15 días siguientes a la fecha de la presentación en su oficina de partes de la solicitud señalada.

4. Formalidades y Procedimientos de la Comisión

En cuanto a las formalidades y procedimientos para constituir la comisión pericial, ello quedó prácticamente respondido.

A mi juicio, la constitución de la comisión pericial corresponde, como se dijo, a la Superintendencia, lo cual se puede provocar a través de la comunicación oficial señalada antes, en la que, esencialmente, como he dicho, se debe consignar:

- 1° La “designación” del perito que se propone por el concesionario.
- 2° Adjuntar copia de la comunicación que se envió antes del 30 de junio a la Superintendencia, y el informe auditado que se debió acompañar, y,
- 3° Para el expediente técnico que deberá tener a la vista la comisión, una vez nombrada, cerciorarse que en los antecedentes consten todos aquellos “inventarios”, “memorias” y “detalles de gastos” a que se refiere el artículo 117 del DFL tantas veces citado.

5. En cuanto a si una misma comisión informe respecto de varias empresas, debe tenerse en cuenta (véanse arts. 106, 107 y 108, por ejemplo), que si bien hay componentes de la tarifa que se calculan según "áreas de distribución típicas" o "empresas modelo", la tarifa definitiva se fija para cada empresa. Además de que el propio VNR es un valor atingente a las "instalaciones de distribución" de una empresa concesionaria determinada. Por otro lado, no se olvide que la "comunicación" inicial a que se refiere el artículo 118 se hizo por cada concesionario, y uno de los miembros de la comisión, dice la ley, será designado por "el" concesionario.

Entonces, por la propia lógica del sistema de fijación del VNR, instrumentando, debe haber una comisión por cada concesionario, pues éste debe designar a uno de los miembros de tal comisión.

6. Pienso que el perito que designe cada concesionario puede ser dependiente de éste, como puede no serlo, pues la ley le ha entregado, en el artículo 118, sin ninguna limitación la posibilidad de "designar" un perito ingeniero. La limitación legal estribaría, eso sí, en que tal designado sea efectivamente "ingeniero", debiendo demostrarse esta calidad junto con los antecedentes que se acompañen a la presentación oficial señalada.

7. En cuanto a la Facultad de Ingeniería, la ley señala que debe tener asiento en la capital, y tratarse de una Universidad Estatal.

Si bien el señalamiento legal es amplio, debe entenderse en toda esa amplitud, respecto de cualquier Facultad de Ingeniería Civil (pues la ambigüedad sólo se podría dar de frente a una Facultad de Ingeniería Comercial, ya que normalmente es denominada "de Economía"). Entonces, a mi juicio, se trata de cualquier Facultad de Ingeniería Civil.

8. En cuanto al "decano más antiguo", la verdad es que aquí se puede producir alguna dificultad para conocer este antecedente. En todo caso, si no se logra salvar este inconveniente, podría bastar un acuerdo entre el concesionario y la Superintendencia para nombrar otro decano, sin considerar la antigüedad, cumpliéndose los requisitos del asiento en la capital y de tratarse de una Universidad Estatal. En todo caso, la Superintendencia tiene la responsabilidad administrativa de esta designación.

Si rehúsa el cargo el más antiguo, se debe seguir un orden decreciente de antigüedad, y así sucesivamente, todo lo cual debe ser aceptado por el concesionario y Superintendencia.

9. En cuanto a impedimentos, al no establecerlos la ley, éstos no podrían ser planteados.

Una vez cumplidos los requisitos que establece la ley, no habría forma de aplicar ningún otro impedimento, pues la misma conformación tripartita de la comisión tiende, precisamente, a buscar diferentes opiniones.

La pregunta 10 está contestada, y, en todo caso, se volverá sobre ello en la respuesta 15.

11. En cuanto al ámbito del peritaje. Lo básico, obviamente, es determinar, fijar, establecer el "Valor Nuevo de Reemplazo". Para ello, es obvio, deberá

considerar la comisión el concepto de VNR establecido en el art. 116 inciso 5°, según se ha dicho más arriba, y los antecedentes sobre la base de los cuales, según el art. 117, se deberá efectuar esta fijación, proporcionados por el concesionario.

Además, parece evidente que hay un ámbito competencial limitado para la Comisión Pericial y la fijación del VNR que establezca debe enmarcarse dentro del ámbito del desacuerdo, y no ir más allá de lo que la propia Superintendencia o el concesionario quisieron, pues, en tal caso, se configuraría una arbitrariedad de parte de la Comisión, que habilitaría otro Recurso de Protección.

12. En cuanto a la naturaleza jurídica de la comisión pericial debe tenerse presente que, objetivamente, no es un órgano de la Administración del Estado, ya que no está llamada a cumplir funciones públicas con carácter permanente. Más bien es un órgano llamado a dirimir un conflicto actual del orden temporal entre partes (entre el concesionario y la Superintendencia), sobre una materia específica (sobre el cálculo del VNR). Pero, no es, en ningún caso, un tribunal ordinario que puede conocer, resolver y hacer ejecutar causas, como tampoco es, simplemente, una comisión especial (art. 19 N° 3 inciso 4°, Constitución). Por tanto, puede ser considerado un tribunal especial administrativo *establecido por la ley* (art. 118 del DFL N° 1), y que queda sujeto, en todo caso, a la Superintendencia correccional de la Corte Suprema, y a la jurisdicción de cualquier Tribunal, como por ejemplo, por la vía del recurso de protección (art. 20, Constitución).

Por tanto, ante cada resolución de esta comisión pueden intentarse dos caminos: los correccionales, *si se considera un tribunal establecido en la ley*; o bien la protección constitucional, en ambos casos, esto es si se le considera tribunal o si se la considera comisión de peritos. Por consiguiente, frente a una actuación ilegal o arbitraria de la Comisión, procede un Recurso de Protección, sin necesidad de debatir su naturaleza jurídica.

13. En cuanto al procedimiento, la Comisión debe fijarlo, estableciendo uno ágil y expedito, pues debe tener presente su objetivo final y la vigencia de un plazo para su cometido. Sólo debe ocuparse de allegar todos los antecedentes.

En cuanto a las decisiones y disparidades de criterios, parece evidente que decide la mayoría, pues la ley ha buscado esa conformación tripartita, precisamente con el fin de que el asunto sea decidido por alguna mayoría. De otro modo, la propia ley habría exigido la unanimidad. Si se produjera discordia, tres votos diferentes, habría que provocar la constitución de una nueva Comisión con tres integrantes distintos de los anteriores.

14. En primer lugar, si la comisión ha sido designada oportunamente, y no se pronuncia antes del 31 de diciembre, como he dicho más arriba, cobran aplicación los arts. 113 y 115 del DFL N° 1, y seguirán rigiendo las tarifas vigentes a esa fecha. La fijación directa del VNR por la Superintendencia que contempla el art. 118 inciso 1° parte final, se refiere a un caso completamente diferente a aquel en que se ha provocado la constitución de la comisión pericial, pues aquí ni siquiera ha habido "comunicación" del concesionario.

La segunda pregunta dice relación con la falta de pronunciamiento de la comisión pericial, en forma indefinida. Creo que, en este caso, se debe distin-

guir si la comisión está constituida antes del 31 de diciembre. Antes de quince días de tal fecha podrá pedírsele el cumplimiento del plazo respectivo, aplicando, por analogía, el art. 112 del DFL N° 1. Otro criterio, sobre todo cuando la constitución de la comisión se produzca luego del 31 de diciembre, es otorgar el mismo plazo de tres meses que se le concede a la Superintendencia en los arts. 117 inc. 3° y 118 inc. 1° del DFL N° 1, de 1982, de Minería.

En todo caso, sea cual sea el plazo, o luego de algún requerimiento oficial, sería posible configurar una "omisión ilegal", recurrible, por ejemplo, por la vía de la protección constitucional.

15. En caso que no se haya logrado fijar fórmulas tarifarias al 31 de diciembre, o, en forma más amplia, si una vez vencido el período de vigencia de las fórmulas tarifarias anteriores, no se han fijado otras nuevas (ni sus componentes, como el VNR), se aplica el art. 115, rigiendo, así también, la necesidad de aplicar sobre las tarifas sus cláusulas de indexación (art. 115) y el aumento del VNR, conforme al IPC (art. 118 inc. 2°).

La razón es simple y emana de la ley. La fijación del VNR es una parte del proceso más general de fijación de las fórmulas tarifarias. Y si se atrasa la fijación del VNR, consecuentemente, no se podrá efectuar el paso subsiguiente de la fijación general de la tarifa, por lo que cobrará aplicación la norma del art. 115, hasta que no se produzca la publicación señalada en el art. 113 del DFL N° 1.

Así, de acuerdo a lo anterior, si existe una dilación indefinida de la fijación del VNR, esta demora traspasará a la fijación de las fórmulas tarifarias. Si el proceso no ha terminado antes de octubre de 1992, como se consulta, cobran aplicación los arts. 115 y 118 inc. 2° del DFL N° 1, de 1982, de Minería, y seguirán rigiendo a partir de tal fecha, y hasta que no aparezca la publicación indicada en el art. 113, las fórmulas tarifarias vigentes incluidas sus cláusulas de indexación (art. 115), y aumentándose el VNR existente conforme al I.P.C. (art. 118 inciso 2°).

16. Si un perito ingeniero sufre un impedimento permanente, cabe reemplazarle a quien le designó o nombró, o por el que le sigue en antigüedad, en el caso del Decano más antiguo.

17. En cuanto a la información de que dispondrá de comisión, ha quedado dicho que es absolutamente necesario que ella cuente con todos los antecedentes e informes que señalan los arts. 117 y 118 del DFL N° 1, de 1982, de Minería. Aún más, si necesita algún otro antecedente, para completar la información acerca de los elementos que señala el art. 116 inc. 5°, parece posible solicitarla a través de la Superintendencia, si el que debe allegar la información es el concesionario (véase art. 3° N° 21 de la Ley N° 18.410, citada, que otorga tal facultad a la Superintendencia). Si es la Superintendencia la renuente, las únicas vías pueden ser la jerárquica (véase art. 9 de la ley N° 18.575, de 1986) o la jurisdiccional, ejercida por el propio concesionario como parte en la controversia sometida a la Comisión.

18. La posibilidad de que la Comisión Pericial rebaje (o suba) el VNR fijado por la Superintendencia (o propuesto por el concesionario), como se ha dicho más arriba, no se puede dar, ya que esta comisión está destinada a dirimir

un “desacuerdo” que existe entre el concesionario y la Superintendencia, y este desacuerdo está limitado por las pretensiones de cada cual, límites que no puede traspasar la comisión pericial, pues ello escapa a su ámbito legítimo de competencia. Es ese su ámbito legítimo de acción y decisión, y si la traspasa puede ocurrir en arbitrariedad, lo cual es, entonces, revisable jurisdiccionalmente, por la vía del recurso de protección.

19. En cuanto a valores y procedimientos para la fijación del VNR, como se ha insistido en este informe, deben tenerse en cuenta los aspectos de fondo relativos a la materia a decidir por la comisión pericial, y algunos de estos elementos y antecedentes encuentran regulación y sustancia jurídica en el propio DFL N° 1.

El objeto de la comisión pericial es la fijación, la determinación, el establecimiento, la precisión, la asignación de unos valores (el VNR), cuyo concepto básico, nuclear, esencial, establece la misma ley en el art. 116 inc. 5°, y cuyos elementos o antecedentes de base para su fijación también se señalan determinadamente en la ley, en el art. 117 inc. 1°.

Entonces, el recálculo que la comisión pericial debe realizar del VNR de las instalaciones de distribución de una empresa concesionaria no es libre, y tiene una doble limitación.

- 1° Debe ceñirse a los límites de las pretensiones de las partes (Superintendencia y concesionario), como quedó dicho, y
- 2° Cualquiera que sea la metodología que utilice la comisión, no puede alterar la definición legal que señala el art. 116 inc. 5°, ni dejar de considerar los elementos básicos que establece su art. 117 inc. 1° (de aquí, también, la importancia de que el concesionario sea diligente en aportar estos elementos básicos, como se ha insistido en este trabajo).

En cuanto a los recursos que proceden en contra de la comisión pericial, ya se ha señalado en el punto 12, la posibilidad de un recurso de queja (art. 79 Constitución), si es un tribunal que establece la ley y, en todo caso, sin perjuicio de lo anterior, la vía siempre presente del recurso de protección, en virtud de lo señalado en el art. 20 de la Constitución.

20. En cuanto a las costas de la comisión pericial.

Nada dice la ley en cuanto a honorarios, pero lo adecuado, ya que se trata de una controversia entre partes, parece ser que cada parte pague sus costas. El concesionario pagará al ingeniero o perito que propone. La Superintendencia (o el Presidente) solucionará tal cuestión en el decreto de nombramiento (*lo que podría ser conveniente recordársele a la Superintendencia en caso de solicitarse la constitución de la comisión*). Y en cuanto al Decano más antiguo, le está señalado tal deber en la ley, y por tratarse de un funcionario de una universidad estatal, no podría excusarse ni cobrar honorarios adicionales, pues esta parece ser una función de su cargo a que le obliga la ley.

Por último, en cuanto a los otros gastos de funcionamiento, estimo que la Superintendencia debiera hacerse cargo de ellos, pues la fijación tarifaria (como función pública) es parte de su intervención administrativa en la actividad empresarial eléctrica, de indudable interés público.

Además, así como le corresponde a la Superintendencia, según lo dicho, las diligencias necesarias para constituir la Comisión Pericial, le corresponde también instar para que ésta cumpla la función de efectuar la fijación del componente tarifario denominado VNR, dando facilidades materiales para su funcionamiento y sufragando, en su caso, los gastos que ello demande.

Santiago, 20 de noviembre de 1991