

# NATURALEZA JURÍDICA DE LA COMISIÓN DE PERITOS QUE FIJA EL VALOR NUEVO DE REEMPLAZO EN MATERIA DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA

JAIME ARANCIBIA MATTAR  
*Profesor de Derecho Administrativo*  
*Universidad de los Andes*

## INTRODUCCIÓN

El artículo 118 del DFL N° 1 de 1982, establece que: "De no existir acuerdo entre el concesionario y la Superintendencia (de Electricidad y Combustibles), el VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) será determinado por una comisión pericial".

Nos ha parecido interesante precisar la naturaleza jurídica de esta entidad, que fija un componente esencial para el cálculo de la tarifa eléctrica.

Como se sabe, la pericia y los peritos no son instituciones jurídicas. Simplemente se trata de una cualidad personal: poseer conocimientos científicos, artísticos o prácticos. Por lo tanto, cuando nos preguntamos acerca de la naturaleza jurídica de un perito, nos referimos a la *función* que desarrolla (administrativa, jurisdiccional, asesora), y al *ámbito de su ejercicio* (público, privado).

## NATURALEZA JURÍDICO-FUNCIONAL

Comenzamos con una afirmación a estas alturas indiscutida: el VNR se determina a través de un procedimiento administrativo a cargo de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (art. 116 y ss. del DFL N° 1/1982).

Como en todo procedimiento de esta naturaleza, se contempla una fase de instrucción en la que se debe consultar el parecer del interesado por la medida (concesionario). Al respecto, señala Santa María Pastor que "se trata de escritos mediante los cuales estos aportan al expediente datos de hecho (adverados o no por los correspondientes documentos) y valoraciones de orden jurídico o técnico sobre las cuestiones que en él se debaten"<sup>1</sup>. De lo anterior se desprende que la presentación del concesionario solo constituye un antecedente que debe ser considerado por la Administración a la hora de ejercer su potestad administrativa.

En este punto puede darse la hipótesis de que el particular aporte un criterio opuesto al de la autoridad. Al respecto, la ley señala que "de no existir acuerdo entre el concesionario y la Superintendencia (de Electricidad y Combustibles), el VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) será determinado por una comisión pericial".

¿Qué función cumple esta Comisión?

## NO EJERCE JURISDICCIÓN

Para los profesores Evans<sup>2</sup> y Vergara<sup>3</sup>, la Comisión de Peritos ejerce una función jurisdiccional porque resuelve una controversia jurídica entre partes (concesionario eléctrico-Superintendencia).

A nuestro juicio, la Comisión de Peritos no ejerce jurisdicción.

En primer lugar, la jurisdicción implica el conocimiento de una discrepancia o contravención jurídica. La comisión pericial del artículo 118 *no analiza ninguna divergencia*. Su *dictamen no aborda posiciones discordantes, y por eso no es una sentencia*. La ley señala claramente que la comisión solo debe proponer un valor ("el VNR será determinado por una comisión pericial") que depende de una fórmula legal. En consecuencia, se remite dicho cálculo técnico a *un tercero que solo considera la ley, como si no existiera controversia*.

Entonces, ¿qué papel juega el desacuerdo en todo esto? La divergencia solo constituye un antecedente que provoca el trabajo del perito, la condición necesaria para que emita su opinión, pero nunca el objeto de su decisión.

2 Evans de la Cuadra, Enrique, *Análisis del sistema tarifario de la distribución de energía eléctrica. La fijación del "Valor Nuevo de Reemplazo" (VNR)*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 21 N° 3, 1994, p. 447.

3 Vergara Blanco, Alejandro, *Naturaleza jurídica y atribuciones de la comisión pericial que determina el monto del VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) de las instalaciones de distribución eléctrica*, Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol II N° 2, 2000, p. 305.

1 Santa María Pastor, Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1999, p. 84.

En segundo término, si la función de los peritos fuera jurisdiccional, habría que aceptar una serie de consecuencias que resultan francamente forzadas. Por ejemplo:

- a. ¿Frente a que daño se protege si aun no existe acto? Se trataría de una amenaza.
- b. ¿Qué pasaría si la Administración actuara frente a un desacuerdo sin recurrir previamente a un tribunal? La amenaza se transformaría en daño. Sería un claro ejemplo de autotutela prohibido por la Constitución (art. 73 de la Constitución).
- c. Pero entonces, ¿qué debería hacer la Administración si existe desacuerdo con el particular y la ley no prevé un tribunal ad hoc? Siempre que exista un desacuerdo, y para evitar la autotutela, la Administración tendría que recurrir a los tribunales ordinarios antes de dictar su acto.
- d. Luego, ¿la Administración solo puede actuar directamente cuando el particular está de acuerdo completamente con la medida? Sí, solo en esos casos.
- e. Por otra parte, si se sostiene que la referida comisión es un tribunal significa que se ha sustraído de la competencia de los Tribunales Ordinarios el conocimiento de los conflictos a que diera lugar la fijación del VNR. Sin embargo, dicha modificación es una materia propia de una ley orgánica constitucional<sup>4</sup>, y por lo tanto no puede ser objeto de una delegación legislativa (art. 61 inciso 2° de la Constitución). En consecuencia, el DFL N° 1 de 1982 sería inconstitucional en este aspecto.

Finalmente, pensamos que es un error reducir la decisión de asuntos controvertidos a la mera solución de litigios o tutela de derechos. El juicio que se emite respecto de una divergencia jurídica puede tener fines distintos a la protección de los derechos.

En el ámbito contractual, por ejemplo, las partes pueden remitir la fijación de uno de los elementos del contrato a un perito. En este caso, el tercero, si bien se pronuncia sobre un desacuerdo, no ejerce jurisdicción sino que simple-

mente colabora en la construcción de un negocio<sup>5</sup>.

Asimismo, los órganos administrativos y legislativos normalmente deciden asuntos en que los interesados han manifestado su disconformidad. Sin embargo, los juicios que emiten respecto de tales desacuerdos en ningún caso pretenden la tutela de una posición jurídica. Tan solo se trata de tomar una decisión ponderando todos los antecedentes (positivos y negativos) disponibles. Por lo mismo, si esta evaluación es remitida por ley a un experto no quiere decir que este actúe como juez. Simplemente está asesorando a la autoridad en un tema técnico, a fin de legitimar la decisión pública.

## FUNCIÓN ASESORA

En particular, pensamos que el trabajo de la comisión del artículo 118 obedece a la función clásica de los peritos: emitir una opinión frente a una consulta específica.

En materia judicial, por ejemplo, es frecuente que un tribunal recurra a la asesoría de peritos para la valoración de hechos con relevancia procesal. En tal sentido, el perito es considerado un colaborador del tribunal que *aporta un antecedente al proceso judicial*.

Un fenómeno similar se observa en el procedimiento administrativo. La autoridad pública puede o debe recurrir al dictamen de peritos para fundamentar su decisión, sobre todo en asuntos técnicos o de alta sensibilidad social. Por ejemplo, el artículo 30 letra i) de la Ley N° 18.168 (sobre fijación de tarifas en telecomunicaciones) establece que "si se produjeran controversias la Subsecretaría o el concesionario podrán solicitar la *opinión* de una comisión de peritos formada por tres expertos de reconocido prestigio nominados uno por el concesionario, uno por la Subsecretaría y el tercero de común acuerdo. Una vez emitida la opinión por dicha comisión de peritos, la Subsecretaría de Telecomunicaciones resolverá en definitiva respecto de las bases a adoptar en el estudio".

Al respecto, señala Santa María Pastor que "al igual que cualquier otra organización, la Administración Pública, enfrentada a la necesidad de tomar una decisión sobre el problema que cada procedimiento plantea, debe obtener informaciones sobre datos de hecho o carácter técnico, y someterlos a un análisis desde el punto de vista de su adecuación a Derecho y a la mejor consecución del interés público".

4 El Tribunal Constitucional, al conocer el Proyecto de Ley que establecía nuevas normas sobre organizaciones sindicales, que se concretó en la Ley N° 19.069 (30.7.1991), tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad del árbitro allí contemplado, estableciendo que dicha norma tenía el carácter de orgánica constitucional al tenor del artículo 74 de la Carta. Vid. Sentencia Rol N° 127. *Fallos del Tribunal Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1ª. Ed., 1993, pp. 399. En este mismo sentido, cfr. Sentencia Rol N° 119, sobre el Tribunal Arbitral en la Ley de Propiedad Intelectual.

5 Cfr. artículos 848, 1943, y 2002 del Código Civil, y artículo 208 del Código de Comercio. Bastante ilustrativo resulta el trabajo de Díez-Picazo y Ponce de León, Luis, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Editorial Bosch, 1957.

En pura teoría –continúa este autor–, una y otra tarea puede ser desarrollada por los órganos administrativos por sí mismos y sin colaboración alguna. Pero el marco normativo en que la Administración se mueve impide tal forma de actuar:

- de una parte, la relevancia de los intereses que maneja habitualmente hace altamente aconsejable intentar completar su versión de los hechos con las informaciones que puedan aportar otras personas, públicas o privadas.
- de otra, el juego del principio constitucional de objetividad le obliga a tener en cuenta, en la ponderación de intereses que debe preceder a toda decisión, el parecer que sobre el objeto del procedimiento pueden tener otros centros administrativos e incluso otros sujetos privados formados desde ópticas y puntos de interés diversos;
- por fin, la incidencia del también principio constitucional de imparcialidad exige que las valoraciones previas de orden técnico o jurídico que vaya formando durante la instrucción sobre el objeto del procedimiento sean contrastadas con opiniones diversas, que pueden aportar personas u organizaciones no implicadas en la gestión diaria del concreto sector administrativo y que, por lo mismo, han de considerarse, por este solo hecho, como más objetivas y desapasionadas.

A cubrir todas estas necesidades responde la técnica de los informes. En igual sentido, García de Enterría sostiene que “en un procedimiento sustancialmente escrito como el administrativo es lógico que los informes y dictámenes de los órganos consultivos (o de órganos activos colocados en esa concreta posición) adquieran una especial relevancia, en cuanto a declaraciones de juicio emitidas por órganos especialmente cualificados en materias determinadas llamadas a ilustrar al órgano decisor y a proporcionarle los elementos de juicio necesarios para dictar su resolución con garantías de acierto”<sup>6</sup>.

Sin embargo, en ocasiones la ley establece que la opinión del perito obliga a la autoridad administrativa:

- a. *Procedimiento de expropiación*. Del artículo 4 del D.L. Nº 2.186 se desprende que todo acto expropiatorio debe contener un monto provisional de la indemnización fijado por una comisión de peritos.
- b. *Procedimiento de fijación de tarifas en materia sanitaria*. El artículo 10 del D.F.L. Nº 70/

1988 de Obras Públicas establece que “en caso de que las discrepancias no hayan sido solucionadas, la Superintendencia deberá constituir una comisión formada por tres expertos... El dictamen de la comisión será informado en acto público, tendrá el carácter de definitivo y será obligatorio para ambas partes”.

- c. *Procedimiento de fijación del VNR en materia eléctrica*. Artículo 118 citado: “De no existir acuerdo entre el concesionario y la Superintendencia (de Electricidad y Combustibles), el VNR (Valor Nuevo de Reemplazo) será determinado por una comisión pericial”.

En este punto surge una interrogante fundamental: ¿cambia la función asesora del perito cuando su opinión se hace obligatoria?

Pensamos que no, simplemente se trata de un parecer vinculante para la autoridad administrativa, figura clásica en el Derecho Administrativo. El trabajo del perito sigue siendo el mismo (asesor), solo cambia el valor de su dictamen. La función administrativa continúa radicada en el órgano administrativo, solo que debe ejercerla conforme al antecedente aportado por un particular. “Desde el punto de vista de su fuerza o eficacia –señala García de Enterría– los informes pueden ser vinculantes o no vinculantes. En el primer caso, la autoridad llamada a decidir está obligada a resolver en el sentido propuesto por el órgano consultivo, de cuyo informe no puede apartarse válidamente”<sup>7</sup>. En la misma línea, Santa María Pastor sostiene que “los informes vinculantes son aquellos cuyo contenido obliga al órgano que lo solicita a resolver de acuerdo con el parecer expresado en el mismo”<sup>8</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, la decisión del perito no produce efecto de cosa juzgada. La obligatoriedad del dictamen se refiere, simplemente, a la imperatividad propia de la función administrativa<sup>9</sup>.

#### NATURALEZA JURÍDICA-ORGÁNICA: PARTICULAR

La doctrina sostiene que la comisión pericial que fija el VNR no es un órgano administrativo porque no ejerce funciones públicas con carácter permanente<sup>10</sup>. Estamos de acuerdo con el enunciado pero no con su fundamento. La per-

7 Ibid. p. 483.

8 Santa María Pastor, ob. cit. p.89.

9 Que la decisión sea obligatoria significa que la autoridad no podrá tomar otra decisión. Esta situación, como se verá, inhibe al particular de impugnar el acto del órgano (que reconoce el dictamen pericial) a través de un recurso administrativo. En consecuencia, el dictamen pericial es definitivo para todos los actores del procedimiento.

10 Vid. nota 1. Evans, p. 458; Vergara, p. 432.

6 García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen II, Cuarta Edición, Civitas, p. 482.

manencia en el ejercicio de la función pública es un deber y no un atributo. Además, de acuerdo a la Ley N° 18.695 (Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), solo se aplica a la Administración del Estado en su conjunto<sup>11</sup> y a los servicios públicos<sup>12</sup>. Dicho elemento en ningún caso determina la esencia de un órgano administrativo. De lo contrario, dejarían de pertenecer a la Administración Pública todos los entes colegiados de los organismos públicos (por ejemplo, Consejo de Defensa del Estado, Concejos Municipales, Consejo Directivo de CONAMA, etc.), puesto que solo sesionan cada cierto tiempo.

La esencia de un órgano estatal está en el ejercicio de poderes públicos conferidos por ley, atendido el principio de exclusividad potestativa de la Ley N° 18.575<sup>13</sup>. ¿Tiene poderes públicos la comisión de peritos?

Por regla general, el perito es un *particular* que asesora a una autoridad pública<sup>14</sup>, solo que en algunos casos su opinión tiene un carácter vinculante.

Aquí surge una nueva pregunta: ¿cambia la naturaleza particular del perito cuando su opinión se hace obligatoria?, ¿se transforma en un órgano público?

A nuestro juicio, claramente no. El *peritaje vinculante* es uno de los supuestos en que los privados dan contenido a un acto administrativo.

Lo mismo ocurre en la designación de miembros de órganos colegiados. El artículo 41 de la Ley N° 19.253 establece que algunos miembros del Consejo Nacional de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena "serán designados, a propuesta de las Comunidades y Asociaciones Indígenas, por el Presidente de la

República". Necesariamente, el acto de nombramiento está condicionado por la propuesta de dichas entidades, ¿significa entonces que son órganos administrativos?

Asimismo, la Ley N° 18.695 establece que: "Los resultados del plebiscito (comunal) serán vinculantes para la autoridad municipal, siempre que vote en él más del 50% de los ciudadanos inscritos en los registros electorales de la comuna". La decisión del alcalde está vinculada por el parecer de los vecinos, pero no podemos hablar de un gran órgano colegiado comunal.

En definitiva, cuando la decisión de un particular, en este caso una comisión de peritos, se hace obligatoria para la Administración, su naturaleza privada no cambia. Continúa siendo un colaborador privado en asuntos públicos, solo que la ley otorga una mayor ponderación a su parecer en razón de sus especiales conocimientos.

## CONTROL DEL DICTAMEN DE LA COMISIÓN PERICIAL QUE FIJA EL VNR

### EN SEDE ADMINISTRATIVA

Todo recurso administrativo tiene por objeto la reconsideración de una medida por parte del órgano que la dictó o de su superior jerárquico. Atendido que la comisión pericial no forma parte de la Administración Pública, no resulta procedente controlar su decisión por esta vía.

Sin embargo, ¿podría reclamarse en sede administrativa el acto de la Superintendencia que reconoce el dictamen pericial? Pensamos que no, dado que en este caso la autoridad administrativa está obligada expresamente por ley a adoptar el valor propuesto. No podría reconsiderar una decisión que le viene impuesta en forma directa por el legislador.

Al respecto, Contraloría General de la República ha señalado que "dentro del procedimiento administrativo, no cabe revisar, en lo sustancial, el dictamen de la comisión de expertos, cuya determinación posee el carácter de obligatoria y definitiva conforme a la ley" (Dictamen N° 4580/00, sobre fijación de tarifas en servicios de distribución de agua potable).

### EN SEDE JURISDICCIONAL

Sin embargo, nada impide que el concesionario pueda impugnar el dictamen de la comisión de peritos ante un tribunal ordinario para tutelar su derecho. Con todo, cabe precisar que si dicha acción se ejerce pendiente la decisión final de la Superintendencia solo podría estar fundamentada en una *amenaza* al ejercicio legítimo de ciertos derechos.

11 Art. 3: "La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal".

12 Art. 25: "Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua".

13 Solo los órganos pueden ejercer potestades públicas administrativas. Cfr. Art. 6 de la ley 18.575 "El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración solo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser de quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas".

14 Sin embargo, existen casos de peritajes al interior de la Administración. Al respecto, la ley del Consejo de Defensa del Estado autoriza a dicho órgano para solicitar informes periciales a los funcionarios de la Administración Pública (Art. 57, D.F.L. N° 1 de Hacienda de 1993).