

CONTESTACIÓN

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

LUIS EDUARDO TORO BOSSAY, JOSÉ LUIS CORVALÁN PÉREZ, FRANCISCO BÓRQUEZ ELECTORAT y CRISTIAN DORADOR CHEPILLO, en representación del **Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (“Coordinador” o “Coordinador Eléctrico Nacional”)**, en autos contenciosos caratulados “*Demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA contra el Coordinador Eléctrico Nacional*”, Rol N° C-476-2022, cuaderno principal, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, “**H. Tribunal**” o “**H. TDLC**”) respetuosamente decimos:

Por este acto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 20 y 29 del Decreto Ley N°211, de 1973, que fija normas para la Defensa de la Libre Competencia (“**DL 211**”), venimos en contestar la demanda interpuesta por Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA (“**Ferrovial**”) en contra del Coordinador Eléctrico Nacional, solicitando desde ya al H. Tribunal se sirva acoger la excepción de incompetencia absoluta opuesta a la demanda o, en subsidio, rechazarla en todas sus partes, con expresa y ejemplar condena en costas, en virtud de los antecedentes que pasamos a exponer.

En este sentido, la demanda de Ferrovial debe ser rechazada, ya que:

- (i) El H. TDLC carece de competencia para conocer de la presente demanda, por no tratarse de un real conflicto de libre competencia, excediendo el ámbito de la competencia específica y acotada que le fue conferida por el legislador.
- (ii) No da cuenta de un real problema de Libre Competencia, sino de una simple y aparente disconformidad con la aplicación de las Bases Administrativas Generales (“**Bases**”) de la Licitación Pública Internacional de Obras Nuevas fijadas por Decreto Exento N°229/2021 y de las Obras de Ampliación Condicionadas fijadas por Decreto Exento N°185/2021, ambos del Ministerio de Energía (“**Licitación**”).

En efecto, el libelo se funda en una serie de hechos que pretende presentar como supuestas e inexistentes infracciones a la Libre Competencia, en circunstancias que no indica de qué forma dichos actos la afectarían.

De esta forma, Ferrovial no ha sido capaz de explicar cómo lo imputado podría resultar relevante para esta sede, haciendo evidente que esta demanda tiene un fin instrumental y oportunista.

(iii) Por su parte, el Coordinador, actuando dentro del marco competencial definido por la regulación legal y reglamentaria que lo rige, se limitó a aplicar el ordenamiento jurídico y las Bases de la Licitación, de conformidad al principio de estricta sujeción a las mismas, circunstancia que impide la configuración de cualquier ilegalidad o arbitrariedad.

En efecto, en un procedimiento licitatorio, las Bases de la Licitación constituyen el instrumento del bloque de legalidad que delimita el marco jurídico por el que debe regirse el órgano licitante, en este caso, el Coordinador, quien en tal sentido se limita a ejercer potestades que se encuentran regladas, limitando los espacios de discrecionalidad respecto de los cuales podría imputarse un actuar ilícito.

De este modo, resulta imposible la concurrencia de un ilícito de cualquier naturaleza, y menos de uno de carácter anticompetitivo, pues el Coordinador ha actuado en todo momento con estricta sujeción a las Bases de la Licitación como marco normativo al adoptar la decisión de descalificar a Ferrovial.

(iv) Lo cierto es que Ferrovial, actuando en forma abusiva y pretendiendo obtener una ventaja ilegítima, incumplió expresa y gravemente el Decreto con Fuerza de Ley N°4 de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que contiene la “Ley General de Servicios Eléctricos” (“**LGSE**”), el Decreto N°37 de 2019 del Ministerio de Energía que aprueba el “Reglamento de los Sistemas de Transmisión y Planificación de la Transmisión” (“**Reglamento**”) y lo dispuesto en las Bases de la Licitación.

Lo anterior, al presentar una oferta económica para el Grupo de Obras N°OC_G1 (“**Grupo de Obras G1**”) que indicaba para las dos Obras de Ampliación un Valor de Inversión (“**VI**”), según se definirá más adelante, ascendente a la suma de USD\$ 1, lo que infringe flagrantemente la obligación contenida en las Bases de que la oferta internalice los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de las referidas obras.

En mérito de lo indicado, debe acogerse la excepción de incompetencia absoluta opuesta por esta parte o, en subsidio, la demanda de autos deberá ser rechazada en todas sus partes por falta de fundamentos y, en especial, por ausencia de relevancia para la Libre Competencia. No obstante, a continuación, expondremos con mayor detalle las razones fácticas, económicas y jurídicas que deberán llevar el rechazo de la demanda en todas sus partes.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

(i) El Coordinador Eléctrico Nacional

1. Con fecha 20 de julio de 2016 se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.936, que modificó la LGSE, estableciendo un nuevo sistema de transmisión eléctrica y creando un organismo coordinador independiente del Sistema Eléctrico Nacional (“SEN”).
2. Esta ley implicó un importante cambio en la institucionalidad energética nacional, al unificar los Centros de Despacho Económico de Carga (“CDEC”) en un único organismo encargado de la coordinación de la operación del mercado y del SEN, denominado Coordinador Eléctrico Nacional.
3. Como lo indica el artículo 212-1 de la LGSE, el Coordinador es un organismo técnico e independiente encargado de la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del SEN que operen interconectadas entre sí, y normativamente corresponde a una corporación autónoma de derecho público, sin fines de lucro, con patrimonio propio y de duración indefinida.
4. Por su parte, la ley prescribe que el Coordinador no forma parte de la Administración del Estado, *“no siéndole aplicable las disposiciones generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público, salvo mención expresa. Su organización, composición, funciones y atribuciones se regirán por la presente ley y su reglamento”*.
5. En efecto, como se explicitó en la reforma legal que creó al Coordinador a partir de los ex CDEC, existía consenso en torno a la necesidad de dotar a esta nueva institución de mayores grados de independencia en relación con los incumbentes de los distintos segmentos de la industria (generación, transmisión, distribución y clientes libres), *“independencia que no significa autonomía, toda vez que debe sujetarse al mandato legal y del regulador”*¹.
6. En relación a esto último, la exclusión orgánica del Coordinador de la Administración del Estado no se traduce en que no esté sujeto al principio de juricidad, en virtud del cual debe adaptar su actuación a lo que digan las fuentes de derecho. –
7. Lo anterior, dado que dicho principio se encuentra dispuesto en términos amplios en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República. De este modo, el Coordinador debe sujetar su actuar a lo establecido en el marco normativo que le resulta aplicable, sin poder

¹ Historia de la Ley N°20.936, de 2016, p. 8.

actuar de un modo distinto cuando es dicho marco el que regula cada una de las posibilidades de actuación en el ejercicio de sus facultades legales.

8. Dentro de las funciones legales que le son propias al Coordinador, se encuentra la de efectuar la Licitación Pública Internacional de los proyectos de expansión de la transmisión, contenidos en los decretos de expansión señalados en el artículo 92 de la LGSE. Lo anterior, de conformidad con lo dispuesto en el Título IV, denominado “Licitación de Obras de Expansión”, del Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Transmisión, del Ministerio de Energía, de 6 de mayo de 2019 (“**Reglamento**”).
9. En específico, el artículo 125 del Reglamento dispone que corresponderá al Coordinador efectuar una Licitación Pública Internacional de los proyectos de expansión contenidos en los decretos señalados en el artículo 92 de la LGSE, a través de los cuales el Ministerio de Energía fija las obras nuevas y de ampliación de los sistemas de transmisión que deban iniciar su proceso de licitación en los doce meses siguientes.
10. Para tal efecto, el Coordinador deberá elaborar las correspondientes bases que regirán el proceso de Licitación Pública Internacional para las obras nuevas y de ampliación, las que deberán contener las especificaciones establecidas en el Título IV del Reglamento.

(i) El proceso de Licitación Pública Internacional, su adjudicación y actos posteriores

11. El 31 de agosto de 2021, el Ministerio de Energía dictó el Decreto Exento N°185/2021, que fijó las Obras de Ampliación de los Sistemas de Transmisión Nacional y Zonal, correspondientes al Plan de Expansión del año 2020, dentro de las cuales se contemplaban dos Obras de Ampliación, que luego conformarían el Grupo de Obras G1 de la Licitación. Tales Obras de Ampliación corresponden al **(i)** “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá – Lagunas, Tramo Nueva Lagunas – Laguna” y a la **(ii)** “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”.
12. El artículo segundo del Decreto Exento N°185/2021 dispuso que las Obras de Ampliación debían licitarse por el Coordinador, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 95 de la LGSE y de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Título IV del Reglamento.
13. Posteriormente, con fecha 4 de noviembre de 2021, el Ministerio de Energía dictó el Decreto Exento N°229/2021, que fijó las Obras Nuevas de los Sistemas de Transmisión Nacional y Zonal, correspondientes al Plan de Expansión del año 2020. Dentro de las Obras Nuevas se

contempló la Obra Nueva que luego formaría parte del Grupo de Obras G1 de la Licitación, correspondiente a “Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nuevas Lagunas – Kimal”.

14. El artículo 4 del Decreto Exento N°229/2021 dispuso que las Obras Nuevas debían licitarse por el Coordinador, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 95 de la LGSE y de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Título IV del Reglamento.
15. A comienzos del 2022, el Coordinador llamó a Licitación Pública Internacional para la adjudicación de los derechos a la explotación de Obras Nuevas fijadas por Decreto Exento N°229/2021 y los derechos de construcción de las Obras de Ampliación fijadas por Decreto Exento N°185/2021, ambos del Ministerio de Energía, elaborando las Bases para la Licitación.
16. En el proceso de Licitación participaron los siguientes oferentes, según da cuenta el Acta de Cierre de Recepción de Propuestas:

N° Proponente	Nombre Sociedad / Consorcio	N° Ofertas Administrativas	N° Ofertas Técnicas	N° Ofertas Económicas
1	TRANSELEC S.A.	1	8	4
2	CONCESIONES CHILE HOLDINGS II SPA (CONSORCIO ACCIONA COBRA)	1	3	1
3	FERROVIAL POWER INFRASTRUCTURE CHILE SPA	1	11	4
4	ENGIE ENERGIA CHILE SA	1	2	1
5	INTERCONEXIÓN ELÉCTRICA S.A. E.S.P - ISA	1	3	1
6	CELEO REDES CHILE LIMITADA	1	12	5
7	BESALCO S.A.	1	5	3
8	SOCIEDAD DE TRANSMISIÓN AUSTRAL S.A.	1	10	4
9	EMPRESA DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA TRANSEMEL S.A.	1	5	3
Total		9	59	26

17. Luego, a través del Acta de Evaluación de las Ofertas Económicas, publicada con fecha 14 de septiembre de 2022, el Coordinador Eléctrico Nacional decidió descalificar la oferta económica presentada por Ferrovial para el Grupo de Obras G1².
18. Lo anterior, según se expondrá luego en esta presentación, porque Ferrovial incumplió expresa y gravemente la LGSE, el Reglamento y lo dispuesto en las Bases de la Licitación, al presentar una oferta económica para el Grupo de Obras G1 que indicaba para las dos Obras de Ampliación recién mencionadas un VI ascendente a la suma de USD\$ 1, lo que infringe flagrantemente la obligación contenida en las Bases de que la oferta internalice los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de las referidas obras.

² Además, el Coordinador decidió descalificar las otras tres ofertas económicas presentadas por la demandante en el Proceso de Licitación 2022 para los denominados Grupos de Obras OC_G2, OC_G3 y OC_G4.

19. Aquello fue informado a Ferrovial, indicándole que su actuar infringía lo dispuesto en el romanillo i. del Numeral 10.5.1 de las Bases, en virtud de que: *“La Propuesta está condicionada o no cumple con las Bases de Licitación”*.
20. Con fecha 14 de septiembre de 2022, el Coordinador emitió el Acta de Adjudicación, presentando a los proponentes que correspondía adjudicar los derechos de ejecución y explotación de Obras Nuevas y los derechos de construcción y ejecución de las Obras de Ampliación licitadas. En el caso del Grupo de Obras G1 el adjudicatario fue el siguiente:

ID	Obra Nueva	AVI [USD]	COMA [USD]	VATT [USD]	Adjudicatario
21_229-185_OC_G01	Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal	13.458.000,00	1.200.000,00	14.658.000,00	Interconexión Eléctrica S.A. ESP - ISA
	Obras de Ampliación	VI OA [USD]			
	Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna	3.980.000,00			
	Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)	2.621.000,00			

21. Con fecha 27 de octubre de 2022, el Coordinador mediante carta DE 05138-22 informó a la Comisión Nacional de Energía (**“CNE”**) el resultado de la Licitación.
22. Luego, mediante la Resolución Exenta N°815, de fecha 7 de noviembre de 2022, la CNE aprobó el Informe Técnico *“Resultado del llamado a licitación para la adjudicación de los derechos de las obras de ampliación condicionadas contempladas en el Decreto Exento N° 185, de 2021, y obras nuevas del Decreto Exento N°229 de 2021, ambos del Ministerio de Energía”* y lo remitió al Ministerio de Energía para la dictación del Decreto que establece los derechos de explotación y ejecución de las Obras de Expansión del SEN.
23. Mediante Oficio Ordinario N°690, de 7 de noviembre de 2022, la CNE remitió al Ministerio de Energía la referida Resolución Exenta N°815, para que dicho Ministerio, si lo tuviera a bien, dictara el respectivo decreto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 96° de la LGSE.
24. En conformidad a lo anterior, el Ministerio de Energía dictó el Decreto Supremo N°15 T, de fecha 6 de diciembre de 2022, que fijó los derechos y condiciones de ejecución y explotación, así como las empresas adjudicatarias de la construcción y ejecución, de las obras contempladas en los Decretos Exentos N°185 y N°229, ambos también del referido Ministerio.
25. Con fecha 30 de diciembre de 2022, el Ministerio de Energía remitió el referido Decreto Supremo N°15 T a la Contraloría General de la República para la toma de razón, quien con

fecha 1 de enero de 2023 comunicó a dicho Ministerio que procedería con el ingreso del referido Decreto para tal efecto³.

26. Como el H. Tribunal podrá advertir, los efectos del acto sobre el cual se dirige la demanda, al menos en lo que dice relación con el Coordinador, se encuentran agotados, existiendo una serie de actos administrativos dictados con posterioridad y por distintas autoridades –terceros ajenos a este litigio– que no fueron impugnados por la demandante.
27. Lo anterior implica que, incluso en el improbable evento que este H. TDLC acogiera la demanda, no resultaría posible acceder a lo solicitado en el petitorio de su demanda en orden a “*retrotraer el Proceso de Licitación 2022 exclusivamente respecto del Grupo de Obras N°OC_G1 a la etapa previa a la dictación de la Decisión Descalificatoria*”, en vista de la referida existencia de una serie de actos administrativos posteriores dictados por otras autoridades –terceros ajenos a este litigio– que no fueron impugnados por la demandante.

II. EL MERCADO RELEVANTE

28. A juicio de Ferrovial, el mercado relevante del producto en que incidiría su demanda correspondería “*al servicio público de transmisión de electricidad, prestado a través de las instalaciones del STN, en el presente caso, prestado a través de la Obra Nueva y las dos Obras de Ampliación que conforman el Grupo de Obras G1*”⁴. Por su parte, desde el punto de vista de la dimensión geográfica, el mercado relevante correspondería “*a todo el SEN, considerando que la naturaleza de todas las obras de expansión, que conforman el Grupo de Obras G1, corresponden a obras del STN, cuya función es conformar un mercado eléctrico común, interconectando los demás segmentos de la transmisión (artículo 74° de la LGSE)*”⁵.
29. Esta definición no parece adecuada al caso de autos, considerando que, particularmente en el caso de las Obras de Ampliación, lo adjudicado es simplemente la construcción de la ampliación de una obra de transmisión ya existente, propiedad de un tercero.
30. Esta distinción es relevante, por cuanto, tal y como ha sido establecido por la E. Corte Suprema, una licitación o concurso para la construcción de una obra de infraestructura no puede constituir un mercado relevante en sí mismo:

³ A esta fecha se encuentra pendiente la toma de razón por parte de la Contraloría General de la República.

⁴ Demanda de Ferrovial, p. 34.

⁵ Idem.

“la tantas veces mencionada licitación recae en la ejecución de una obra sanitaria determinada y particular, esto es, en la construcción de una edificación singular, que, con total independencia de la importancia y trascendencia que pueda representar para los habitantes de San José de la Mariquina, corresponde al levantamiento de una infraestructura sanitaria única, que, dado su carácter irrepetible, impide que se configure en la especie la noción de mercado relevante, tal como ha sido descrita más arriba. Así, en el caso en estudio no se advierte la concurrencia de diversos productos que, ofrecidos por distintas empresas o agentes económicos, compitan entre sí para satisfacer las necesidades de los consumidores en un área geográfica determinada; por la inversa, sólo se observa el llamado de un ente público a las empresas del rubro para la construcción de una obra de infraestructura sanitaria, con el fin de que, aquellas que estuvieren interesadas, concurrieran al concurso convocado con ese objeto”⁶.

31. Como es público y notorio, existen muchos otros actores, distintos del Coordinador, tanto públicos como privados, que demandan la construcción de diversas clases de obras de infraestructura a lo largo del país, ya sea a través de licitaciones u otros mecanismos de contratación.
32. En razón de lo anterior, tal y como ha sido resuelto por el H. TDLC, no parece adecuado circunscribir el mercado de autos a las obras objeto de la licitación *sub-lite*:

“Vigésimo octavo: Que este Tribunal considera que el mercado relevante en el caso de autos es el de prestación de servicios para la creación, diseño y desarrollo de campañas comunicacionales y otros servicios de asesoría creativa en general, en todo el territorio nacional. La inclusión de dichos servicios en un convenio marco, que es el objetivo de la Licitación, es una de las variadas formas con que los demandantes de tales servicios –sean estos el Estado o los particulares- establecen las reglas para su contratación;

Vigésimo noveno: Que, en efecto, no existen antecedentes que permitan identificar particularidades o características propias de los requerimientos comunicacionales de las entidades públicas que sugieran diferenciar la demanda de éstos de la de otros clientes – públicos o privados- de las agencias publicitarias, ni tampoco inversiones específicas de las agencias publicitarias correlativas a esos eventuales requerimientos particulares que tengan características de costos hundidos y que permitan distinguir los servicios licitados como un mercado diferente;

Trigésimo: Que este Tribunal en algunos casos en el pasado ha limitado el mercado relevante al de la licitación. Ello es apropiado en casos de colusión entre participantes de la misma que, afectando la libre competencia, altera el resultado del proceso de adjudicación, o cuando la licitación asigna recursos con los que el asignatario podría

⁶ E. Corte Suprema, sentencia de fecha 5 de octubre de 2020, recaída en autos Rol 8843-2019.

alcanzar, mantener o incrementar su poder de mercado, dado que el objeto asignado no tiene sustitutos relevantes, a diferencia de lo que ocurre en este caso”⁷.

III. EL DERECHO

33. Sin perjuicio que, con el mérito de la correcta exposición de los hechos, bastará para rechazar la presente demanda de Ferrovial, a continuación, procedemos a desarrollar las excepciones y defensas de derecho, por las cuales se deberá rechazar con costas la pretensión de la actora.

a) Incompetencia absoluta del H. Tribunal para conocer de la demanda

34. A diferencia de lo entendido por Ferrovial, el H. TDLC no es un tribunal de competencia residual, sino que, en su calidad de tribunal económico especial y especializado, su competencia se encuentra acotada a las materias específicas y expresas que la ley ha establecido a su respecto, es decir, a conocer y juzgar los conflictos derivados de atentados en contra de la Libre Competencia.

35. Dado que el conflicto planteado por Ferrovial no corresponde en rigor a uno de libre competencia, son los tribunales ordinarios de justicia los competentes para conocer de la pretensión formulada por Ferrovial, pues a ellos se les ha entregado la jurisdicción y competencia residual para conocer de aquellos asuntos cuyo conocimiento no ha sido entregado a un tribunal diverso o especial.

36. Al respecto, la doctrina ha sostenido que: “(...) *frente a un litigio nos es preciso constatar si, en razón de la materia, corresponde o no su conocimiento a un tribunal especial. En caso afirmativo, éste será el competente. De lo contrario, conocerá la justicia ordinaria, en cuyo caso se verá si esa materia tiene asignada alguna regla especial de competencia. (...) Hoy, la justicia común está repartida entre tribunales civiles y penales, para lo cual, como ya se dijo, se usó el factor materia*”⁸.

37. La incompetencia del H. TDLC salta a la vista del propio libelo de Ferrovial, que construye su demanda en base a conceptos propios del derecho civil y administrativo, tales como el de la teoría de los actos propios y el de la confianza legítima, respectivamente.

⁷ Sentencia N°114/2011 del H. TDLC, de fecha 17 de noviembre de 2011.

⁸ COLOMBO CAMPBELL, Juan. La Competencia. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición. p. 181.

38. Lo anterior y según se desarrollará posteriormente, considerando además que el H. TDLC ha intervenido excepcionalmente en materias de licitaciones públicas, en casos de: **(i)** colusión en licitaciones o *bid rigging*, **(ii)** diseño y redacción de las Bases Administrativas o Técnicas, para evitar los “trajes a la medida” u otras deficiencias en las bases que pudieren afectar la libre concurrencia de los oferentes; y, **(iii)** el comportamiento del adjudicado.
39. De este modo, la Libre Competencia se preocupa especialmente de las conductas de los postulantes y sólo excepcionalmente de la conducta del proponente de la licitación y, por ello, la jurisprudencia en esta materia se circunscribe a la elaboración de las bases de una licitación y, muy excepcionalmente a la aplicación de las mismas, cuando el licitante se aparta de éstas, afectando la Libre Competencia.
40. En efecto, el H. Tribunal ha tenido una jurisprudencia pacífica relativa a que carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecuta con posterioridad a la aprobación de las respectivas bases de licitación y que dicen relación con el cumplimiento de dichas bases:

“Que este Tribunal carece de competencia para conocer del asunto, por lo que se declara inadmisibile la demanda.

Que, atendido lo dispuesto en la norma legal citada, este Tribunal ha sostenido que, salvo casos excepcionales, carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecutó con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases y, por consiguiente, con la observancia del principio de legalidad al que están sujetos todos los órganos del Estado, por expreso mandato constitucional, tal como se dispuso en la Sentencia N° 138/2014 y en las resoluciones de 18 de febrero de 2019 en la causa rol C N° 369-19; de 3 de abril de 2019, en la causa rol C N° 372-19; y de 25 de marzo de 2020, en la causa rol C N° 392-20.

Que en este mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, indicando que este Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias acaecidas con motivo o a propósito del proceso de selección de la empresa proveedora, posterior a la aprobación de las bases administrativas y técnicas, cuestión que sería de competencia del H. Tribunal de Contratación Pública, el que debe conocer de la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886 (V.gr. Sentencia Rol N° 8843-2019, de 5 de octubre de 2020, considerandos décimo

cuarto a décimo séptimo, y Sentencia Rol N° 13972-2013, de 6 de agosto de 2014, considerandos noveno y décimo quinto)”⁹.

“Tercero. Que, por consiguiente, la cuestión sometida a conocimiento en estos autos dice relación con conductas que la Municipalidad habría realizado durante la etapa de selección y adjudicación de la Licitación. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que, salvo casos excepcionales, carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecutó con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases y, por consiguiente, con la observancia del principio de legalidad al que están sujetos todos los órganos del Estado, por expreso mandato constitucional (Sentencia N° 138/2014, considerando duodécimo);

Cuarto. Que, por ejemplo, en este mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, indicando que este Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias acaecidas con motivo o a propósito del proceso de selección de la empresa proveedora, posterior a la aprobación de las bases administrativas y técnicas de una licitación pública (sentencia Rol N° 13.972-2013, considerando noveno), cuestión que en ese caso correspondía a la competencia del H. Tribunal de Contratación Pública, el que debe conocer de la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886 (id., considerando décimo quinto);”¹⁰.

“Cuarto. Que, por consiguiente, la cuestión sometida a conocimiento en estos autos dice relación con conductas que se habrían realizado durante la etapa de selección y adjudicación de la Licitación. Al respecto, este Tribunal ha sostenido que, salvo casos excepcionales, carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecutó con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación y que dice relación con el cumplimiento de dichas bases y, por consiguiente, con la observancia del principio de legalidad al que están sujetos todos los órganos del Estado, por expreso mandato constitucional, tal como se dispuso en la Sentencia N° 138/2014;

Quinto. Que en este mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, indicando que este Tribunal carece de competencia para pronunciarse respecto de conductas exclusorias o discriminatorias acaecidas con motivo o a propósito del proceso de selección de la empresa proveedora, posterior a la aprobación de las bases administrativas y técnicas (sentencia Rol N° 13972-2013, considerando noveno), cuestión que sería de competencia del H. Tribunal de Contratación Pública, el que debe

⁹ Resolución de fecha 6 de octubre de 2020. Rol 405-2020.

¹⁰ Resolución de 18 de febrero de 2019. Rol C-369-2019.

conocer de la impugnación de actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, que se hayan verificado con ocasión de los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la Ley N° 19.886 (id., considerando décimo quinto),”¹¹.

41. En la especie, Ferrovial funda su demanda en la decisión adoptada por el Coordinador a través del Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, lo que constituye un acto dictado con posterioridad a la aprobación de las Bases de la Licitación, relativo a la aplicación de lo establecido justamente en ellas.
42. A mayor abundamiento, en el caso de marras no se da una situación excepcional que justifique la intervención del H. TDLC, ya que el Coordinador ha dado aplicación irrestricta a las Bases de la Licitación, tal como se ha explicado precedentemente, Bases que, como también hemos indicado, no fueron objeto de cuestionamiento por parte de Ferrovial.
43. Así las cosas, tratándose de actos de autoridad emitidos con posterioridad a la aprobación de las Bases de la Licitación respectiva, habiéndose dado por el Coordinador irrestricto cumplimiento a las mismas, de modo que no existe un real conflicto de libre competencia, solicitamos al H. TDLC declarar su incompetencia absoluta para conocer del presente asunto, siguiendo su jurisprudencia sobre estas materias.

b) Irrelevancia para la libre competencia de las conductas imputadas por Ferrovial

44. Basta leer la demanda para advertir que Ferrovial no da cuenta de un problema de Libre Competencia, sino que, por el contrario, trata de una extemporánea disconformidad con la **aplicación** de las Bases de la Licitación que ha hecho el Coordinador.
45. Hemos señalado que es extemporánea la alegación de Ferrovial, no sólo porque el proceso de Licitación ya salió del ámbito del Coordinador y se agotó su competencia, sino que, además, porque la actora jamás cuestionó la norma de las Bases de la Licitación que la obligaba a ofertar por cada obra un precio que internalizara sus costos de ejecución. Desde ya digamos que, cualquiera que ellos hayan sido, no es posible que sea US\$1.
46. Por lo demás, es también llamativo que de los 6 postulantes en el proceso por el grupo de obras sub-lite, sólo Ferrovial haya tenido la “interpretación” que las Bases de la Licitación permitían ofertar un precio “global” que internalizara los costos en forma agregada y no por obras. Ya volveremos sobre esto.

¹¹ Rol 368-2019. Resolución de 29 de enero de 2019.

47. Por otro lado, el libelo se funda en una serie de hechos que se presentan como supuestas e inexistentes infracciones a la Libre Competencia, en circunstancias que no indica de qué forma dichos actos la podrían haber afectado.
48. Para constatar lo anterior y verificar que Ferrovial ha buscado utilizar de forma instrumental y oportunista esta sede, resulta revelador lo expuesto en su demanda a propósito de los supuestos efectos anticompetitivos de la decisión descalificadora del Coordinador respecto de su oferta económica presentada para el Grupo de Obras G1.
49. Escuetamente la demandante indicó al respecto que:

“En primer lugar, se materializarán significativos daños a la reputación y credibilidad del Adjudicador al dictar reglas en las Bases de Licitación que, posteriormente, no son cumplidas en su sentido estricto y genuino, con lo cual se introduce incertidumbre para entrantes que evalúan participar de estos procesos de licitación pública de carácter internacional.

En segundo lugar, será un hecho cierto que el proponente que quedó en segundo lugar con su oferta económica (Interchile), y que contempla un precio un 16% más caro que la oferta económica de Ferrovial, se hará titular de los derechos de explotación y ejecución del Grupo de Obras G1. La consecuencia de ello será que los clientes finales del SEN tendrán que soportar USD 59.000.000 de sobrecostos, sin que exista justificación para ello, ni económica, ni técnica, ni jurídica”¹².

50. Como el H. Tribunal podrá advertir, una demanda presentada en sede de Libre Competencia debe ser capaz de explicar, como mínimo, qué efectos anticompetitivos produciría el acto que se imputa, cuestión que en la especie no ha ocurrido.
51. En efecto, Ferrovial alega como efecto anticompetitivo el supuesto daño a la reputación y credibilidad del ente adjudicador, es decir, del Coordinador, pero no indica cuál es el perjuicio –de llegar a ser cierto– que aquello traería para la Libre Competencia, específicamente en el contexto propio de la Licitación. Lo anterior, considerando que lo alegado no sólo constituye una apreciación evidentemente subjetiva, sino que se refiere globalmente a procesos de licitación que potencialmente instruirá el Coordinador, apartando el análisis de lo que efectivamente habría ocurrido en la Licitación *sub-lite*.
52. No está de más recordar que el Coordinador no es un agente de mercado y, por lo mismo, no participa en el mercado relevante ni como oferente, ni como demandante de los bienes y

¹² Página 63 de la demanda.

servicios pertinentes. De este modo, una hipotética e inexistente afectación a su “reputación” no podría afectar al mercado, ya que, como se dijo, el Coordinador no participa del mismo.

53. Luego, Ferrovial aduce un supuesto daño que la decisión descalificadora traería para los clientes finales del SEN, en circunstancias que aquello –que de igual modo negamos– tampoco importa un problema que se haya suscitado a propósito de un supuesto acto anticompetitivo de nuestra representada.
54. Como el H. Tribunal podrá advertir, ninguno de los dos supuestos efectos anticompetitivos, escuetamente explicados, se concilia con lo que un acto imputado como anticompetitivo en el contexto de una licitación pública podría generar en ella.
55. Los temas relevantes tradicionalmente para la Libre Competencia en materia de licitaciones públicas dicen relación con: **(i)** colusión en licitaciones o *bid rigging*¹³; **(ii)** diseño y redacción de las Bases Administrativas o Técnicas¹⁴; y, **(iii)** el comportamiento del adjudicado¹⁵.
56. En lo que respecta específicamente a la conducta del ente licitante, tal como se desprende de la jurisprudencia del H. Tribunal, los potenciales riesgos para la Libre Competencia usualmente se derivan de: **(i)** exigencias de las boletas de garantía que se traducen en montos muy elevados, impidiendo el acceso al mercado de licitación a uno o más oferentes, **(ii)** exigencias o requisitos de las bases administrativas o técnicas que redundan en la existencia de pocos oferentes, **(iii)** cláusulas administrativas o técnicas que impidan una competencia efectiva en la licitación que se trate; o **(iv)** cláusulas administrativas o técnicas en la que se ofrezcan distintos servicios como un “lote”, obstandose a que éstos sean licitados por separado¹⁶, etc.
57. No obstante, Ferrovial ha señalado expresamente que lo que imputa no dice relación con el diseño y elaboración de las Bases de la Licitación, sino que específicamente con el Acto de

¹³ Vid **Sentencia 112/2011**, Rol C-194-09, caratulada “Requerimiento de la FNE contra Radio Valparaíso Ltda. y otros”.

¹⁴ Vid **Sentencia 81/2009**, Rol C-148-2007, caratulada “Requerimiento de la FNE contra la Junta de Aeronáutica Civil”.

Informe N°4/2009, recaído en los autos Rol NC 303-08 “Solicitud de Informe de Empresa Portuaria de Coquimbo sobre Licitación del Frente de Atraque Sitios 1 y 2 del Puerto de Coquimbo”.

Sentencia 77/2008, recaída en los autos Rol 137-2007 “Requerimiento de la FNE contra la Ilustre Municipalidad de Curicó”.

Sentencia 44/2006, recaída en los autos Rol C 70-05 “Demanda de Sky Service S.A. en contra del MTT y otros”.

Sentencia 37/2006, recaída en los autos Rol 45-04 “Demanda de Demarco S.A. en contra de Coinca S.A. y la I. Municipalidad de San Bernardo”.

¹⁵ Vid **Sentencia 96/2010**, recaída en los autos C 136-07 “Demanda de Terquim S.A. contra San Antonio Terminal Internacional S.A. y otros”.

¹⁶ Vid **Instrucciones 1/2006**, recaídas en los autos Rol NC 98/05 “Solicitud de la Fiscalía Nacional Económica sobre dictación de instrucciones generales (mercado residuos sólidos domiciliarios)”.

Evaluación emitido por el Coordinador, en virtud del cual tomó la decisión de descalificar a la demandante por un incumplimiento claro y grave de dichas Bases.

58. Bajo ese contexto, allí donde Ferrovial advierte la existencia de supuestas arbitrariedades anticompetitivas, sólo existen actuaciones del Coordinador plenamente ajustadas al ordenamiento jurídico aplicable y a las Bases de la Licitación, limitándose a ejercer potestades que se encuentran regladas y que no pueden dar origen a actuaciones arbitrarias.
59. Como el H. Tribunal advertirá, sólo en el diseño y elaboración de las bases de un proceso de licitación pública –aspecto que no fue cuestionado por Ferrovial en su demanda– se reconocen espacios de discrecionalidad para el ente licitante que podrían eventualmente llegar a dar lugar a un acto anticompetitivo, afectando la competencia dentro de la licitación respectiva. Lo anterior, pues en tal supuesto el organismo no estaría sometido al cumplimiento irrestricto del mandato legal específico sobre la forma de llevar a cabo un determinado actuar, ya sea en cuanto a la oportunidad o en cuanto a su forma de obrar¹⁷.
60. Sin embargo, luego, en la aplicación de las bases de una licitación, el ente licitante se encuentra constreñido a regir su actuar con estricta sujeción a lo estipulado en la legislación aplicable y en las referidas bases, ejerciendo en tal sentido una potestad que se encuentra reglada. En ese contexto, como se desarrollará en el siguiente apartado, mientras el Coordinador actúe dentro del marco normativo definido por la legislación y por las Bases de la Licitación, su actuar no puede ser ilegal y arbitrario y no puede constituir un ilícito anticompetitivo.
61. Al respecto, el H. Tribunal ha indicado en la sentencia N°91 de 2009 que:

“Vigésimo segundo. Que, en consecuencia, este Tribunal estima que la actividad fiscalizadora de la Municipalidad y las clausuras decretadas con fecha 22 de febrero y 7 de mayo de 2008, se encontraban dentro del ámbito de sus atribuciones municipales, las que en este caso -y por lo que se ha venido señalando- no corresponderían a un ejercicio arbitrario de sus potestades públicas con fines exclusorios y, por ende, no merecen reproche desde el punto de vista de la libre competencia, sin perjuicio de lo que pueda establecerse al respecto en otras sedes o instancias”.

62. En igual sentido, la Fiscalía Nacional Económica en su Guía titulada “Sector Público y Libre Competencia”, indica que cuando un organismo público actúa amparado en el principio de legalidad y en ejercicio de potestades regladas, no pueden configurarse ilícitos anticompetitivos. En efecto, en la referida guía la Fiscalía Nacional Económica concluye que:

¹⁷ Guía Sector Público y Libre Competencia de la Fiscalía Nacional Económica. p. 9.

“Las actuaciones de los organismos públicos que están expresamente normadas por ley, no constituyen un ilícito anticompetitivo, en la medida que están completa e íntegramente amparadas por el principio de legalidad”¹⁸.

63. En definitiva, Ferrovial no plantea un conflicto que sea relevante en sede de Libre Competencia. Por el contrario, se refiere a actos que ha realizado el Coordinador en ejercicio de potestades regladas y con estricta sujeción a la legislación aplicable y a las Bases de la Licitación, que no dejaban espacio alguno para discrecionalidades que pudiesen ser susceptibles de ser sancionadas por esta vía, tal como se profundizará a continuación.

c) La actuación del Coordinador se sujetó estrictamente a las Bases de la Licitación

64. En el marco de un proceso concursal, las bases de licitación son el instrumento del bloque de legalidad que delimita el marco jurídico por el que debe regirse el órgano que actúa como licitante, para efectos de determinar si sus conductas son eventualmente atentatorias o contrarias a la Libre Competencia, en virtud de lo preceptuado en el artículo 3º del DL 211.

65. Ahora bien, si no se constata infracción alguna a la legislación que resguarda la Libre Competencia por parte de las bases de licitación, en relación con su diseño y elaboración, lo que corresponde examinar es si el ente licitante ha actuado respetando el principio de estricta sujeción a las bases, el que, según veremos, resulta plenamente aplicable en la especie.

66. Así, en tanto no puedan reprochársele conductas contrarias o alejadas de lo que las mismas bases le permiten u ordenan hacer al órgano, resulta imposible aceptar la supuesta concurrencia de ilícitos anticompetitivos, en circunstancias que el organismo ha actuado con sujeción a las bases de licitación como marco normativo¹⁹.

67. En este sentido, las normas de obligada observancia que debe respetar el Coordinador es adjudicar conforme a las normas del concurso previstas en las Bases de la Licitación; observar el principio de apego irrestricto de las Bases de la Licitación y de trato igualitario a los oferentes.

68. Al respecto, es necesario tener presente lo establecido en el Reglamento, que indica lo siguiente:

¹⁸ Fiscalía Nacional Económica. Guía “Sector Público y Libre Competencia”.

¹⁹ Zúñiga Urbina, Francisco. Contratación Pública y Libre Competencia. En: Revista de Derecho Público. p. 199.

“Artículo 127.- Las bases de licitación deberán ajustarse a lo establecido en la Ley, en el presente reglamento, en las normas técnicas, en los Decretos de Expansión, en el decreto exento que fija la franja preliminar y en la demás normativa vigente.

Las bases y el proceso de licitación deberán sujetarse al principio de no discriminación arbitraria entre los oferentes y potenciales interesados. El proceso de licitación deberá sujetarse al principio de estricta sujeción a las bases”.

“Artículo 137.- Los llamados de licitación, actos de apertura de las ofertas y todo el proceso de evaluación de las ofertas administrativas, técnicas y económicas y su posterior adjudicación, deberán efectuarse de manera abierta y transparente, de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación”.

69. Dada la regulación anterior, la actuación del Coordinador tiene cobertura normativa en la Ley, en el Reglamento y en las Bases de la Licitación, por lo que el enjuiciamiento que se realiza se refiere a potestades regladas. Lo anterior, considerando que la demandante no está enjuiciando el diseño y elaboración de las Bases de la Licitación, cuestión que sí correspondería al ejercicio de facultades discrecionales.
70. En definitiva, el Coordinador debe actuar conforme y en apego al ordenamiento jurídico, sirviendo con objetividad los intereses del servicio, todo lo cual implica la ausencia de toda consideración personal en la decisión que se adopte y en la ponderación de todos los intereses que se encuentran en juego, no haciendo sentido económico que el Coordinador haya incurrido en alguna infracción a la Libre Competencia.
71. En este sentido, debe enfatizarse la ausencia de todo incentivo que pudiera tener el Coordinador para afectar la libre competencia, desde el momento que no es un agente económico y, por lo mismo, no compite en el mercado relevante en que operan los oferentes que participan en sus licitaciones, no construye obras de transmisión, no opera obras de transmisión, ni es el propietario de las obras que licita.
72. Por lo expuesto, la demanda deducida debe rechazarse, desde que imputa al Coordinador una conducta supuestamente ilegal que no es sino la simple ejecución de un acto emitido en estricto apego a lo establecido en la legislación aplicable y en las Bases de la Licitación, ejerciendo potestades que en tal sentido se encuentran regladas y, por lo mismo, son perfectamente legales.

d) Ferrovial incumplió las Bases de la Licitación

73. Según se indicó, el Coordinador se limitó a aplicar lo establecido en las Bases de la Licitación, descalificando la oferta económica presentada por la demandante respecto del Grupo de Obras G1.
74. En efecto, la demandante incurrió en un incumplimiento grave y flagrante de lo dispuesto tanto en la legislación sectorial eléctrica como en las Bases de la Licitación.
75. Como se explicó, Ferrovial ofertó para cada una de las dos Obras de Ampliación incluidas en el Grupos de Obras G1 un VI ascendente a la suma de USD\$ 1.
76. En virtud de lo anterior, el Coordinador resolvió fundadamente descalificar dicha oferta. Lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el romanillo i. del numeral 10.5.1 de las Bases de la Licitación, es decir, **porque la propuesta no cumplía con lo exigido en ellas.**
77. Debemos destacar desde ya que la resolución adoptada por el Coordinador se motivó a partir de lo prescrito en el marco normativo aplicable a la Licitación, actuando en todo momento dentro del marco competencial dispuesto tanto en la LGSE como en el Reglamento.
78. Lo anterior, sin perjuicio de haberse considerado también los riesgos y daños que la eventual adjudicación de la Licitación a Ferrovial hubiese generado tanto para el conjunto de instalaciones y usuarios del SEN (generadores, transmisores, distribuidores y clientes), como para el propietario de la respectiva Obra de Ampliación, sobre lo cual nos referiremos posteriormente.
79. Ferrovial, al presentar un VI de USD\$ 1 para las Obras de Ampliación, ofertó un precio que **no** internalizaba los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de tales obras, lo que se tradujo en un claro y grave incumplimiento a lo prescrito tanto en las Bases como en la regulación legal aplicable a la Licitación, particularmente en lo que dice relación con los ítems o factores que debe cubrir el precio contenido en una oferta económica presentada en el marco de un proceso licitatorio instruido por el Coordinador.
80. Lo anterior, teniendo presente la evidente inconsistencia entre el precio ofertado por Ferrovial por las Obras de Ampliación y los antecedentes técnicos que aportó en su oferta técnica, donde señaló la descripción técnica, el programa maestro, el listado de equipos, sistemas y principales materiales, entre otros antecedentes, cuyo valor evidentemente supera con creces el monto finalmente ofertado (USD \$1).

81. Respecto del incumplimiento de las Bases de la Licitación, cabe consignar, en primer lugar, que en el romanillo XLVII de la sección 3 de las mismas, titulada “Definiciones y abreviaturas”, se define al **Precio del Contrato** del siguiente modo:

xlvii. Precio del Contrato: Es el valor de la oferta económica del Adjudicatario de Obras de Ampliación y constituye el pago total que este recibirá del Propietario, por la construcción y ejecución de las obras, la prestación de todos los trabajos y servicios del Contrato. Dicho precio cubre todos los costos directos, gastos generales, utilidad del Contratista, imprevistos, responsabilidades, riesgos y otros costos de cualquier clase o naturaleza involucrados en la ejecución de las Obras, incluyendo si fuera el caso la constitución de servidumbres, la adquisición de terrenos y gestión territorial, permisos, estudios y tramitación medioambiental, etc.

82. Como puede desprenderse de la citada definición, el Precio del Contrato **debe** comprender todos los ítems o factores que allí se expresan, los cuales claramente no se ven cubiertos por un VI de USD\$ 1.

83. Luego, el romanillo LXVIII de la sección 3 de las Bases de la Licitación, relativo a la definición que se entrega del VI, indica que éste se entenderá como el Valor de Inversión que se encuentra definido en el artículo 103 de la LGSE. La referida disposición prescribe que:

“El V.I. de una instalación de transmisión es la suma de los costos eficientes de adquisición e instalación de sus componentes, de acuerdo con los valores de mercado, determinado conforme a los incisos siguientes.

En el caso de las instalaciones existentes, el V.I. se determinará en función de sus características físicas y técnicas, valoradas a los precios de mercado vigentes de acuerdo a un principio de adquisición eficiente”.

84. Conforme lo dispuesto en el artículo 103 de la LGSE, un VI de USD\$ 1 notoriamente no considera las características físicas y técnicas de las instalaciones existentes y, menos aún, que las mismas hayan sido valoradas a los precios de mercado vigentes de acuerdo con un principio de adquisición eficiente. Por lo mismo, un VI de USD \$1 infringe flagrantemente tanto lo dispuesto en las Bases de la Licitación como lo prescrito expresamente por el artículo 103 de la LGSE y los artículos 127 y 128 del Reglamento, todos anteriormente citados.

85. En esta misma línea, la oferta económica de Ferrovial incumplió lo dispuesto en el numeral 8.5 de las Bases de la Licitación, sección titulada “De la Oferta Económica”, disposición que exige que la oferta económica debe internalizar todos los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada en operación, incluyendo expresamente aquellos costos derivados del cumplimiento de la normativa de carácter ambiental aplicable y el costo de la Inspección Técnica de Obras (“**ITO**”) del proyecto.

86. En efecto, el numeral 8.5 de las Bases indica en lo pertinente que:

El Proponente deberá considerar en su oferta económica todos los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su Entrada en Operación, cumpliendo con lo establecido en el Decreto de Obras Nuevas o Decreto de Obras de Ampliación, según corresponda, las Bases de Licitación, su oferta técnica y el Decreto de Adjudicación respectivo, incluyendo aquellos costos necesarios para el cumplimiento de las Bases de Ejecución de Obras Nuevas y las Bases de Ejecución de Obras de Ampliación. Asimismo, todos los costos derivados del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable a la o las Obras serán de cargo del Adjudicatario, y deberán internalizarse en sus ofertas económicas.

En el caso de las Obras de Ampliación, también se deberá considerar el costo de la ITO. El precio de la oferta económica del Proponente no se modificará cualquiera sea la propuesta de ITO que designe el Coordinador.

87. De este modo, un VI de USD\$ 1 no internaliza los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada en operación, lo que se hace aún más evidente respecto de aquellos costos derivados del cumplimiento de la normativa ambiental y de la ITO.
88. A partir de lo expuesto precedentemente se constata que la oferta económica presentada por Ferrovial para el Grupo de Obras G1, al identificar el VI de cada Obra de Ampliación con un USD\$ 1, no cumplía con lo dispuesto en las Bases de la Licitación, en la LGSE y el Reglamento, pues no considera ni internaliza todos los costos necesarios, reales y razonables para ejecutar la respectiva Obra de Ampliación y permitir su entrada en operación.
89. Lo expuesto es consistente con la forma requerida en las Bases de la Licitación para entregar la oferta económica del Grupo de Obras Condicionadas, donde los proponentes debían indicar un precio por cada obra, y no un precio global, como intenta hacer ver erróneamente Ferrovial.
90. Conforme el requisito establecido en el numeral 8.5.1 “Documento E-1 Oferta Económica”, Ferrovial debía indicar para el Grupo de Obras G1 una oferta económica para la Obra Nueva y una oferta económica para cada Obra de Ampliación:

8.5.1 Documento E-1: "Oferta Económica"

Los Proponentes podrán presentar Propuestas por las Obras y/o Grupos definidos en el numeral 4.2 de las Bases de Licitación.

Los Proponentes que presenten Propuestas para un Grupo de Obras Condicionadas indicado en la Tabla 4, deberán indicar una oferta económica para la Obra Nueva y una por cada Obra de Ampliación, de acuerdo con el formato definido en el Anexo 2 para la oferta económica de Obras Condicionadas.

Los Proponentes deberán considerar las reglas que se indican a continuación:

- a) Para el caso de ofertas económicas por Obras Nuevas, el Proponente deberá ofrecer un VATT, para cada Obra, en Dólares a la fecha de cierre de recepción de Propuestas establecidas en el numeral 5 de estas Bases. Asimismo, el Proponente deberá indicar AVI y COMA que componen el VATT ofertado de cada obra, definidos en el artículo 103° de la LGSE.
- b) En el caso de las ofertas económicas por Obras de Ampliación Condicionadas, el Proponente deberá ofrecer un VATT para la Obra Nueva, y deberá ofrecer un VI para cada una de las Obras de Ampliación del Grupo, ambos en Dólares a la fecha de cierre de recepción de Propuestas establecidas en el numeral 5 de las Bases. El Proponente deberá indicar, en el caso de la Obra Nueva, AVI y COMA que componen el VATT ofertado, definidos en el artículo 103° de la LGSE.

91. A mayor abundamiento, en el Formulario dispuesto para la presentación de las Ofertas Económicas de Grupos de Obras Condicionadas, se incluyeron cuadros diferenciados para la presentación de las ofertas económicas de la Obra Nueva y para las Obras de Ampliación:

Oferta Económica para las Obras Condicionadas

21_229-185_OC_G01

Señor
Rodrigo Bloomfield Sandoval
Coordinador Eléctrico Nacional

De nuestra consideración,

(Nombre del Representante del Proponente), representante del proponente (nombre de la empresa o consorcio) presenta a continuación los valores correspondientes a la oferta económica.

El Valor Anual de Transmisión por Tramo (VATT) para la correspondiente obra nueva es el siguiente:

Nombre de la Obra	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal			

Los Valores de Inversión (VI) para las correspondientes obras de ampliación es los siguientes:

Nombre de la Obra	VI (USD)
Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna	
Ampliación en S/E Kimal 500 kV (1M)	

Se deja constancia que los valores señalados anteriormente están en dólares de los Estados Unidos de América y que no se incluye el Impuesto al Valor Agregado, y que corresponde a la remuneración correspondiente a lo señalado en el artículo 99° de la Ley General de Servicios Eléctricos, modificado por la Ley N°20.936.

92. En definitiva, a diferencia de lo indicado erróneamente por Ferrovial, las Bases de la Licitación, por un lado, resultan claras en establecer que las ofertas económicas presentadas por los oferentes debían considerar los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de las Obras de Ampliación involucradas y, por otro lado, las mismas reconocen expresamente como causal de descalificación el hecho que una oferta no cumpla justamente con lo dispuesto en ellas.

93. Tal es la claridad de las Bases de la Licitación a este respecto H. TDLC, que como se anticipó, todas las otras empresas que ofertaron por el grupo de obras en cuestión entendieron que debían ofertar un VI que internalizará los costos de la ejecución de cada una de las Obras de Ampliación involucradas, tal y como se observa de los siguientes extractos del Acta de Apertura de las Ofertas Económicas:

Tabla 4: Oferta de Proponente Interconexión Eléctrica S.A. ESP – ISA

Oferta	Proponente			
	Interconexión Eléctrica S.A. ESP - ISA			
Grupo N° 1	Obra Nueva	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
	Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal	13.458.000,00	1.200.000,00	14.658.000,00
	Obras de Ampliación	VI (USD)		
	Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna	3.980.000,00		
	Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)	2.621.000,00		

Tabla 6: Oferta de Proponente Consorcio Acciona Cobra

Oferta	Proponente			
	Consorcio Acciona Cobra			
Grupo N° 1	Obra Nueva	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
	Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal	13.431.085,20	3.111.398,00	16.542.483,20
	Obras de Ampliación	VI (USD)		
	Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna	1.386.900,00		
	Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)	4.480.288,00		

Tabla 9: Ofertas de Proponente Sociedad de Transmisión Austral S.A.

Oferta	Proponente			
	Sociedad de Transmisión Austral S.A.			
Grupo N° 1	Obra Nueva	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
	Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal	27.191.000,00	2.135.000,00	29.326.000,00
	Obras de Ampliación	VI (USD)		
	Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna	6.619.735,00		
	Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)	7.002.222,00		

Tabla 11: Ofertas de Proponente Transelec S.A.

Oferta	Proponente			
	Transelec S.A.			
Grupo N° 1	Obra Nueva	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
	Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal	12.080.000,00	4.696.000,00	16.776.000,00
	Obras de Ampliación	VI (USD)		
	Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna	4.032.979,00		
	Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)	2.656.374,00		

Tabla 12: Ofertas de Proponente Celeo Redes Chile S.A.

Oferta	Proponente			
	Celeo Redes Chile S.A.			
Grupo N° 1	Obra Nueva	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
	Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal	15.363.801,61	1.067.537,64	16.431.339,25
	Obras de Ampliación	VI (USD)		
	Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna	3.349.920,88		
	Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)	1.765.783,17		

94. Nótese que los VI ofertados fluctúan entre US\$1.386.900 y el US\$6.619.735 para la Obra de Ampliación “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá – Lagunas, Tramo Nueva Lagunas – Laguna”; y entre US\$1.765.783 y US\$7.002.222 para la Obra de Ampliación “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”, cifras que exceden con creces los US\$1 ofertados por Ferrovial para cada una de estas obras.
95. Por lo mismo es que el Coordinador ha actuado en todo momento de conformidad a lo dispuesto en el marco normativo que le resulta aplicable y que regula a la Licitación.
96. En definitiva, como queda demostrado, Ferrovial no consideró el costo real de todas las obras licitadas, sino que tomó la decisión de asignar valor únicamente a la Obra Nueva que, a diferencia de las Obras de Ampliación –que son de propiedad de terceros– se incorpora al patrimonio del adjudicado, permitiéndole (mediante dicho subsidio cruzado) extraer una rentabilidad en el tiempo, lo que se traduce en un comportamiento abusivo y anticompetitivo que no sólo incumple las Bases de la Licitación y los objetivos perseguidos por el sistema de asignación combinada promovido por éstas, sino que, además, conlleva una serie de consecuencias negativas para los propietarios de las Obras de Ampliación y para el interés general y el sistema, que pasaremos a exponer en el siguiente apartado.
97. Finalmente, cabe destacar que el incumplimiento incurrido por Ferrovial buscaba traducirse en la ejecución de una estrategia comercial que únicamente tenía por objeto la obtención de un beneficio ilegítimo, en desmedro del interés común, del desarrollo y operación del STN y, de paso, generando daños a los propietarios de las obras.

e) Ferrovial confunde la no exigencia de un precio mínimo con la necesidad de ofertar un precio que internalice todos los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada en operación

98. En línea con lo señalado precedentemente, cabe observar que la argumentación de Ferrovial a lo largo de su demanda enfatiza la no exigencia de un precio mínimo en las Bases de la Licitación como fundamento del actuar supuestamente arbitrario y anticompetitivo del Coordinador.

99. Señala Ferrovial al efecto que *“no figura en las Bases Administrativas causal alguna referida a no respetar un “precio mínimo” para la respectiva oferta económica. Una exigencia de esa naturaleza no está contemplada ni cómo requisito de la oferta económica, ni como causal de eliminación en las Bases Administrativas”*²⁰.

100. Esta parte concuerda con lo señalado con Ferrovial, por cuanto efectivamente las Bases de la Licitación no contemplan una exigencia de precio mínimo.

101. Sin embargo, como resulta de perogrullo, la ausencia de una exigencia de precio mínimo no implica que el oferente se encuentre habilitado para ofertar una suma – US\$1 – que a todas luces y en forma evidente no cumple con la exigencia de las Bases de la Licitación en orden a ofertar un precio que internalice todos los costos necesarios para ejecutar cada una las obras licitadas y permitir su entrada en operación.

102. En este sentido, el precio ofertado, como todo precio en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser real y serio, y tal como ha enseñado la doctrina desde antiguo:

*“Esto quiere decir que entre el precio y el valor de la cosa haya cierta proporción; de lo contrario, no existe en realidad. Cuando la desproporción es muy considerable, cuando la equivalencia del precio y de la cosa vendida no existe ni en la intención de las partes, siquiera, el precio es irrisorio. En pocas palabras, no hay precio, como ocurriría si vendiera mi casa en un peso”*²¹.

103. En la especie ni siquiera fue necesario hacer un análisis de proporcionalidad o equivalencia, toda vez que resulta lisa y llanamente imposible que un precio de US\$1 internalice siquiera los costos más básicos de ejecución de la obra.

²⁰ Demanda de Ferrovial, p. 23.

²¹ Alessandri Rodríguez, Arturo, De la Compraventa y de la Promesa de Venta, Tomo I, Volumen I, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 259.

f) La actuación de Ferrovial da cuenta que ésta estaba totalmente consciente que tenía que ofertar un precio por cada obra que internalizara los costos respectivos de ejecución

104. Es ilustrativa la propia incongruencia entre la actuación de Ferrovial y su pretensión en este litigio. En efecto, hoy sostiene que las Bases de la Licitación no establecían la obligación de ofertar un precio por cada obra que internalizara los costos respectivos de ejecución.
105. No obstante, en su oferta indica un VI –irrisorio, pero finalmente un valor– cada una de las Obras de Ampliación. ¿Por qué hizo aquello si estimaba que bastaba presentar un valor agregado de la Obra Nueva y de las de Ampliación?
106. La respuesta es sólo una, porque estaba consciente que las Bases de la Licitación le exigían internalizar los costos de la ejecución de cada una de las Obras de Ampliación involucradas, al punto que, si no lo hacía, quedarían sin completar ciertas celdas de los cuadros diferenciados para la presentación de las ofertas económicas de la Obra Nueva y para las Obras de Ampliación.
107. Es precisamente por lo anterior que llenó tales celdas con el valor US\$1 y no las dejó en blanco, lo que es demostrativo de que incumplió las Bases de la Licitación con plena consciencia.

g) Efectos del incumplimiento de las Bases de Licitación

108. En primer lugar, es necesario advertir que el propietario de una obra de transmisión recibe una remuneración que está compuesta por dos elementos: una retribución por la inversión (que se paga como anualidad y se denomina “**AVI**”) y una remuneración por el costo de operación y mantenimiento (“**COMA**”).
109. Respecto del AVI, de haberse adjudicado la Licitación a la demandante, dicho concepto hubiese debido actualizarse de conformidad al VI ofertado por ella, esto es, un dólar. Por su parte, la remuneración por el COMA, al menos aquella percibida durante el ejercicio del primer periodo tarifario (cuatro años), se habría calculado también en función de USD\$ 1²².

²² Al respecto, el Decreto N°10, que aprueba el Reglamento de Calificación, Valorización, Tarifación y Remuneración de las instalaciones de transmisión, dispone en su artículo 10 que: “*Artículo 49.- El C.O.M.A. de las instalaciones de transmisión señaladas en los incisos segundo y tercero del Artículo 46.- del presente reglamento, se*

110. En la especie, para la remuneración a Transelec S.A., propietaria de las Obras de Ampliación, quien legalmente debe realizar la operación y mantenimiento de éstas, el COMA tendría que haber sido calculado aplicando la relación del COMA referencial sobre el respectivo VI referencial en el VI adjudicado. En consecuencia, la remuneración a recibir por COMA hasta el siguiente proceso de valorización hubiese sido de 1,6% de US\$1, es decir, **US\$0,016, por cada Obra de Ampliación**. Por consiguiente, con ese valor se llega al absurdo de esperar que el propietario mantenga y opere adecuadamente dichas obras con un ingreso de menos de 2 dólares al año.
111. Lo anterior, H. Tribunal, no resulta razonable, pues se pone en riesgo la adecuada operación y mantención de obras de infraestructura estratégicas y críticas para el país y de paso se genera un evidente perjuicio económico a Transelec S.A., por no recibir una remuneración justa y acorde al mercado.
112. En segundo lugar, los efectos del incumplimiento de las Bases de la Licitación por parte de Ferrovial se traducen en que si se le hubiese adjudicado el Grupo de Obras G1, éste hubiese tenido un fuerte incentivo para destinar sus recursos a la construcción y ejecución de la Obra Nueva –pues en ella se centraba casi en su totalidad su remuneración– y no en las Obras de Ampliación, lo que se hubiese traducido en un riesgo para el SEN y para los usuarios de éste, puesto que las Obras de Ampliación podrían no ejecutarse o ejecutadas con serias deficiencias o retrasos, debido a que el incumplimiento de las Bases, entre otras consecuencias, importaba una falta de garantías asociadas al desarrollo de las Obras de Ampliación.
113. Adicionalmente, en caso de adjudicarse a Ferrovial, las garantías y multas dispuestas en el respectivo contrato de construcción de la Obra de Ampliación que debe suscribirse con el propietario de la obra ampliada, no aseguraría adecuadamente la construcción y ejecución de las Obras de Ampliación, dado que al calcularse éstas en proporción al precio irrisorio ofertado, no habrían constituido un resguardo para que la empresa adjudicataria hubiese dado efectivo y oportuno cumplimiento al contrato de ampliación.
114. Lo anterior, porque la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato y Correcta Ejecución de las Obras corresponde al 10% del precio del respectivo contrato. Es decir, en este caso habría sido USD\$ 0,1; las multas por incumplimiento de la fecha de término de las obras corresponden al 1,5% del precio del contrato por semana con un tope máximo de 10% del precio del contrato, es decir, USD\$ 0,015 por cada semana con un tope máximo de USD\$ 0,1;

determinará conforme a lo siguiente: c. El C.O.M.A. que corresponda aplicar a las Obras de Ampliación durante el periodo que medie entre su fecha de entrada en operación y el siguiente proceso de valorización de la transmisión, se fijará según lo dispuesto en el artículo 96° de la Ley. Al respecto, para la determinación del C.O.M.A. vigente durante el periodo antes referido, la Comisión utilizará la relación del C.O.M.A. referencial sobre el respectivo V.I. referencial utilizado en el proceso de licitación;”.

o bien, la multa por incumplimiento de Hitos Intermedios Mutables corresponde al 0,5% del precio del contrato por cada semana de atraso con un máximo de 5% del precio del contrato.

115. En tercer lugar, el incumplimiento de las Bases de la Licitación por parte de Ferrovial no es un asunto meramente formal, sino que afecta los objetivos y resguardos que tenía el Coordinador al fijar las Bases de este modo, ello en cumplimiento de sus funciones legales de velar por la seguridad y continuidad del servicio público de transmisión.

116. En efecto, aparte del perjuicio que se causaría al dueño de las obras en materia tarifaria, por la apropiación ilegítima de su ganancia al concentrarla en la Obra Nueva, que sólo renta Ferrovial, se añade la inseguridad que conlleva para la ejecución oportuna de las Obras de Ampliación el que su precio comprometido sea de USD\$ 1, en la forma ya explicada. A modo de ejercicio, si Ferrovial no ejecuta las Obras de Ampliación a tiempo, tendría los siguientes efectos:

- (a) Reducciones de energía renovable;
- (b) Menor ingreso de nuevos proyectos renovables, por la falta de puntos de conexión, con el efecto que ello supone para la provisión adecuada del servicio y la competencia en el mercado;
- (c) Mayor dependencia del suministro eléctrico del país de los mercados extranjeros (precio y disponibilidad), porque lo que no se suministra con energías renovables se realiza con energía hidráulica, que disminuye año a año su participación por la profunda sequía que nos afecta, a lo que luego sigue las generadoras a carbón, el gas y el diésel, insumos todos los cuales son importados;
- (d) Mayores costos de la provisión del servicio, por la menor competencia y la utilización de combustibles en lugar de energía renovable;
- (e) Ralentización del proceso de descarbonización de la matriz, por lo indicado en (a) y (b);
- (f) Riesgo de sobre precio si no se ejecutan las Obras de Ampliación y deben licitarse nuevamente;
- (g) Riesgo de aumento de precio de las Obras Nuevas en futuras licitaciones, en la medida que incorporen un mayor riesgo en la ejecución de Obras de Ampliación.

117. En resumen, el permitir que Ferrovial realice un ejercicio de “arbitraje” para concentrar en sí mismo la remuneración de Obras de Ampliación, que son de propiedad de terceros, pone en riesgo la prestación oportuna de un servicio público²³, con efectos en políticas públicas y consecuencias económicas, para empresas específicas y el país en general, de carácter serio, que es precisamente lo que se ha intentado evitar al licitar estas Obras de Ampliación, conforme dan cuenta los antecedentes del proceso de Planificación de la Transmisión mediante el cual se identificó su necesidad y dispuso su licitación.

118. De este modo, a diferencia de lo sostenido por Ferrovial, más relevante resulta el efecto a la población y empresas eléctricas, ya descrito, que es tanto la razón para que se haya dispuesto la licitación de las Obras Nuevas y de Ampliación referidas, como para que el Coordinador haya considerado en las Bases de la Licitación la exigencia de que el precio ofertado internalice todos los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada en operación, lo que fue incumplido por Ferrovial.

h) No es efectivo que exista un comportamiento contradictorio por parte del Coordinador respecto de procesos licitatorios anteriores

119. Sin perjuicio que lo sostenido por Ferrovial a propósito de la supuesta contradicción que tendría el Coordinador respecto de sus actuaciones en procesos de licitación anteriores resulta baladí para la presente demanda, pues, en rigor, lo ocurrido en dichos procesos en nada aporta a la discusión que se suscita en autos, es necesario advertir al H. Tribunal que tales procesos fueron sustancialmente distintos a la Licitación.

120. En efecto, a partir de los procesos de licitación 2020²⁴, 2017²⁵ y 2015²⁶, Ferrovial alega una supuesta infracción por parte del Coordinador a la doctrina de los actos propios.

121. Al respecto, es importante tener en consideración que dicha doctrina sólo aplica respecto del comportamiento jurídicamente relevante ejecutado por un agente frente a exactamente una

²³ Aparte de la obviedad de que lo sea, es definido de esa forma por el artículo 7 de la LGSE.

²⁴ Conforme a las Bases relacionadas a la "Licitación Pública Internacional para la Adjudicación de los Derechos de Obras de Expansión de la Transmisión Decreto Exento N°231-2019 y Decreto Exento N°198-2019, ambos del Ministerio de Energía", llevada a cabo durante el año 2020 ("Bases de Licitación 2020").

²⁵ Conforme a las Bases de Licitación aprobadas en la Resolución Exenta N°518 del Ministerio de Energía, que aprueba las Bases de Licitación de las Obras Nuevas contempladas en el Decreto Exento N°422, de 2017, del Ministerio de Energía ("Bases de Licitación 2017").

²⁶ Conforme a las Bases de Licitación aprobadas en la Resolución Exenta N°364 del Ministerio de Energía, que aprueba las Bases de Licitación de las Obras Nuevas contempladas en el Decreto Exento N°158, de 2015, del Ministerio de Energía ("Bases de Licitación 2015").

misma situación, lo cual, de lo señalado en la demanda interpuesta por Ferrovial, no se desprende de manera clara o simplemente omite.

122. No es dable exigir al Coordinador la mantención de determinados criterios objetivos si el marco de actuación y sus circunstancias varían, particularmente respecto a las bases administrativas asociadas a cada proceso de licitación referido, así como en relación con las situaciones de hecho asociadas a las mismas. Con todo, se hace necesario destacar desde ya que el Coordinador jamás ha adjudicado una licitación a un oferente que haya presentado una oferta económica ascendente a la suma de USD\$ 1.
123. En primer lugar, con respecto al proceso de licitación 2020, es relevante destacar que la oferta del proponente Consorcio Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA –Ferrovial Transco Chile IV SpA– fue consignada en cuarto lugar, de acuerdo con el “Acta Final Del Proceso De Licitación”, publicada el 27 de noviembre de 2020. A continuación, se presenta el extracto de la referida acta con el ordenamiento de ofertas.

Tabla 35: Resultado Final Grupo 19_198-231_OC_G02

Resultado Final	Valor Global [USD]	Puesto
Colbún Transmisión S.A.	2.536.163	1
Celeo Redes Chile Ltda	2.825.723	2
Transelect S.A.	3.257.116	3
Consorcio Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA - Ferrovial Transco Chile IV SpA	3.415.879	4
Engie Energía Chile S.A.	3.428.048	5
Transquinta S.A.	3.929.512	6
Besalco S.A.	4.005.375	7

124. En base a esto el Coordinador efectuó su evaluación económica en la oferta adjudicable que ocupó la primera posición, correspondiente al proponente Colbún Transmisión S.A., quien finalmente dio cumplimiento a los requisitos evaluados para efectos de la adjudicación. En esta línea, dado que el proceso, en esta etapa, logró adjudicar una oferta válida, es que todas las demás ofertas quedaron en una condición de descalificación económica. Ello de forma alguna permite concluir que dichas otras ofertas, necesariamente cumplían todas y cada una de las exigencias de las bases de la licitación respectiva, ya que, habiéndose validado la mejor oferta, se hizo innecesario evaluar las demás.
125. En segundo lugar, la decisión del CDEC en 2015 (que para los efectos de licitaciones de obras de transmisión no se considera como el antecesor legal del Coordinador conforme a lo establecido en los artículos transitorios de la Ley 20.936, que establece un “Nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea al Coordinador”) y del Coordinador en 2017 –en orden a admitir y adjudicar las licitaciones a ofertas económicas por 0 USD– no puede exigirse en el actual proceso, considerando las diferencias sustanciales que presentan los proyectos y bases

administrativas. Con todo, cabe destacar que las bases de la licitación 2015 fueron desarrolladas por la CNE, y no por el Coordinador.

126. En ese sentido, los procesos de los años 2015 y 2017 se refieren exclusivamente a obras nuevas que podían ser divididos en etapas hasta que el proyecto se encontrara en condiciones de operar en el sistema eléctrico respectivo²⁷.
127. Además, los procesos de licitación de los años 2015 y 2017 contemplaban garantías de ejecución y operación del proyecto, de modo que, independientemente del precio que ofertara el adjudicatario, este debía entregar boletas de garantías para caucionar el correcto e íntegro cumplimiento de hitos relevantes de cada etapa del proyecto. Lo anterior, implica que, si bien en dichos procesos de los años 2015 y 2017 se presentaron ofertas económicas de AVI y COMA por un valor de 0 USD respecto de determinadas obras nuevas, esto se realizó sólo respecto de una de las etapas del proyecto que se debía cumplir en su totalidad, sin que existiera mayor riesgo de incumplimiento puesto que además el adjudicatario se hacía dueño de las instalaciones correspondientes.
128. En definitiva, los procesos regulados por las bases de licitación 2015, 2017 y 2020 distan sustancialmente respecto del proceso de la Licitación discutida en autos, por lo que tampoco se cumple el requisito de la uniformidad de circunstancias a la hora de evaluar una improbable variación de comportamiento.

i) Ausencia de discriminación arbitraria

129. Ferrovial indica en su demanda que la forma de proceder del Coordinador habría constituido una discriminación arbitraria contraria a la Libre Competencia, pues habría implicado que se haya dado a Ferrovial un trato diferenciado, no basado en justificaciones económicas, y que presentó efectos negativos para la competencia²⁸.

²⁷ Así, por ejemplo, con respecto de las Bases de Licitación 2015 se señaló expresamente que: “*El Proyecto consiste en la construcción de la subestación seccionadora Nueva Diego de Almagro y el seccionamiento de las líneas 1x220 kV Diego de Almagro – Carrera Pinto y 2x220 kV Cardones – Diego de Almagro, circuitos 1 y 2 en la nueva subestación. (...) Adicionalmente incluye el suministro, montaje y puesta en servicio de un banco de autotransformadores 500/220 kV de 750 MVA totales, con terciario, unidad de reserva, barras auxiliares, desconectadores y las respectivas diagonales de 500 kV y 220 kV en la S/E Cumbres. Adicionalmente, considera una nueva línea 2x220 kV entre las subestaciones Nueva Diego de Almagro y Cumbres, con una capacidad mínima de 600 MVA por circuito y sus respectivos paños de conexión en el patio de 220 kV de la S/E Nueva Diego de Almagro y Cumbres*”. Página 6 de las Bases de Licitación 2015. Por su parte, en relación con el proyecto señalado en referencia a las Bases de Licitación 2017: “*El Proyecto consiste en la construcción de la subestación seccionadora Nueva Chuquicamata 220 kV, el seccionamiento de las futuras líneas 1x220 kV Kimal - Chuquicamata y 1x220 kV Kimal-Salar en la nueva subestación, y la construcción de una nueva línea 2x220 kV entre las subestaciones Nueva Chuquicamata y Calama, tendido del primer circuito*”. Página 10 de las Bases de Licitación 2017.

²⁸ Página 4 de la Demanda.

130. Para que un determinado acto o conducta pueda ser calificado de discriminación arbitraria, debe existir, en primer término, un tratamiento desigual a personas que se encuentran en una misma posición, situación que evidentemente no concurre en el caso de marras.
131. La igualdad es una manifestación de la justicia de trato que tiene reconocimiento constitucional en los términos de los artículos 19 N°2 y 19 N°22 de la CPR.
132. En la especie, no resulta posible afirmar que el Coordinador haya incurrido en “*discriminaciones arbitrarias*”, por cuanto se limitó a ejercer potestades regladas, aplicando unas mismas leyes, reglamentos y Bases de la Licitación a todos los oferentes que participaron en la misma.
133. Es así como las leyes, reglamentos y Bases de la Licitación fueron aplicadas del mismo modo a quienes se encontraban en la misma situación.
134. Por el contrario, la pretensión que subyace a la demanda es que el Coordinador debió haber aplicado las leyes, reglamentos y Bases de la Licitación del mismo modo a oferentes que se encontraban en situaciones distintas, planteamiento que, además de inaceptable, resulta ser constitutivo de una discriminación arbitraria.

j) Sobre la independencia constructiva de las obras licitadas

135. A propósito del riesgo destacado por el Coordinador, relativo a que si se hubiese adjudicado a Ferrovial el Grupo de Obras G1, éste hubiese tenido un fuerte incentivo para destinar sus recursos a la construcción y ejecución de la Obra Nueva –pues en ella se centraba casi en su totalidad su remuneración– y no en las Obras de Ampliación, lo que se hubiese traducido en un riesgo para el SEN y para los usuarios de éste, la demandante indica que la obligación de construir en tiempo y forma las dos Obras de Ampliación estaría económicamente incentivada, en cuanto ello constituye un requisito previo habilitante y obligatorio para que tenga derecho a percibir la remuneración de la Obra Nueva que conforma el Grupo de Obras G1²⁹.
136. Al respecto, cabe precisar que si bien las referidas obras fueron concebidas por la CNE para adjudicarse conjuntamente³⁰, este condicionamiento es sólo para efectos de su licitación,

²⁹ Página 3 de la Demanda.

³⁰ Al respecto, véase: (i) Decreto 229-21, artículo primero, numeral 1.1, letra d): “d) La adjudicación de esta obra quedará condicionada a la adjudicación de las obras “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Lagunas” y “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”, individualizadas en los numerales 1.2

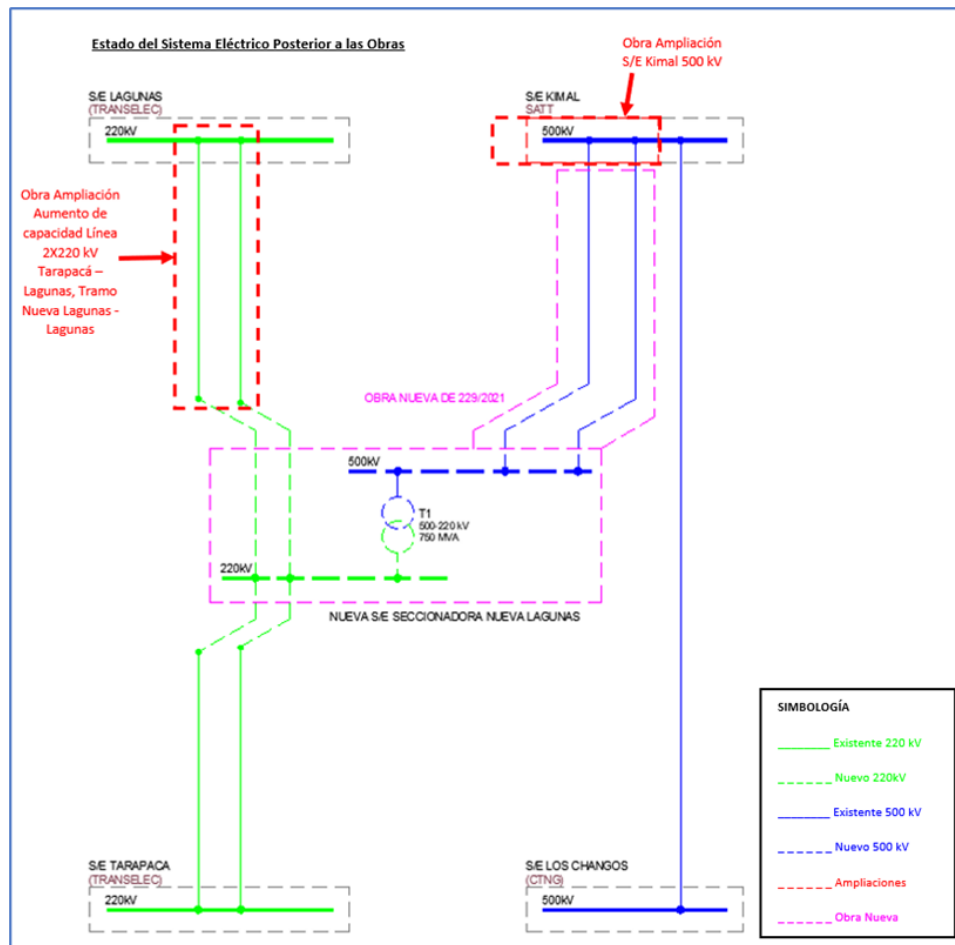
pues desde un punto de vista constructivo, éstas sí pueden ser ejecutadas en forma separada y entrar en operación en la medida que cumplan con su alcance particular. De lo anterior se sigue que, de haberse adjudicado la Licitación a Ferrovial, ésta podría tener incentivos para finalizar únicamente la Obra Nueva, dejando total o parcialmente inconclusas las Obras de Ampliación.

137. Al respecto, es necesario destacar que Ferrovial en su demanda hace mención únicamente a una de las Obras de Ampliación, esto es, a la obra “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”, omitiendo cualquier referencia a la otra Obra de Ampliación considerada en la Licitación, relativa a la obra “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Lagunas”, lo que indica que no existe discusión en que al menos una de las Obras de Ampliación es totalmente independiente a la construcción de la Obra Nueva, bastando con ello para confirmar el riesgo levantado por el Coordinador referido a que Ferrovial no ejecute las obras o lo haga de forma tardía.
138. En la siguiente figura, relativa al “Diagrama Unilineal Simplificado”, se presentan la Obra Nueva y las Obras de Ampliación, donde se puede apreciar que la primera no está vinculada constructivamente desde el punto de vista físico ni sistémico, con la totalidad de los alcances asociados a las Obras de Ampliación. A mayor abundamiento, la infraestructura de la Obra Nueva pertenece a un nivel de tensión de 500 kV y la Obra de Ampliación “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Lagunas” corresponde íntegramente a un nivel de tensión de 220 kV, lo cual ya marca una diferencia sustancial en lo referido a las independencias constructivas de esta obra con la Obra Nueva.
139. Por su parte, en lo referido a la Obra “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)” se destaca que parte de los alcances de esta son necesarios para la conexión de la Obra Nueva, pero esta obra también considera alcances asociados a generar infraestructura necesaria para futuros proyectos en la zona, los cuales son independientes al desarrollo de la Obra Nueva.
140. Lo anterior se traduce en que las Obras de Ampliación podrían ser ejecutadas en forma independiente, de tal manera que Ferrovial podría cumplir con todo aquello necesario sólo para que entre en operación la Obra Nueva, priorizando los trabajos asociados a la conexión de dicha obra en SE Kimal, con riesgo de desatención del íntegro alcance de las Obras de

y 1.4 del artículo primero del decreto N° 185/2021, respectivamente”; (ii) Decreto 185-21, artículo primero, numeral 1.4, letra d): “d. Licitación. La adjudicación de esta obra quedará sujeta a la adjudicación de las obras “Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal” y “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”, individualizadas en los numerales 3.2.1 del Informe Técnico Definitivo de la Comisión y 1.4 del presente Decreto, respectivamente”, “d) Licitación La adjudicación de esta obra quedará sujeta a la adjudicación de las obras “Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal” y “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá – Lagunas, Tramo Nueva Lagunas – Lagunas”, individualizadas en los numerales 3.2.1 del Informe Técnico Definitivo de la Comisión y 1.2 del presente Decreto, respectivamente”.

Ampliación, sin que el propietario cuente con herramientas contractuales para corregir un posible actuar negligente de Ferrovial.

141. A continuación, el Diagrama Unilineal Simplificado referido:



142. De un lado, respecto de la obra “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá – Lagunas, tramo Nueva Lagunas – Lagunas”, que considera cambio de conductor y actualización de equipos serie en 2 paños de 220kV en SE Lagunas, es relevante destacar que el aumento de capacidad de esta línea no condiciona el proceso constructivo de la Obra Nueva, dado que el foco de esta es mejorar las transferencias entre SE Lagunas y Nueva Subestación Seccionadora Lagunas. Otro tanto ocurre con la obra “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”, en donde solo parte del alcance correspondería al desarrollo de instalaciones necesarias para la conexión de la Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal. Si bien las referidas obras de ampliación son muy necesarias para la correcta provisión del servicio de transmisión, ambas en conjunto no son “requisito habilitante previo para poner en operación la Obra Nueva de ese mismo Grupo” desde un punto de vista constructivo.

143. Por otro lado, desde un punto de vista normativo, la conclusión e ingreso en operación de las Obras de Ampliación tampoco es un “requisito habilitante previo para poner en operación la Obra Nueva de ese mismo Grupo”. No existe norma que lo exija. Aparte de requerimientos puramente eléctricos o técnicos, la única exigencia que se haría en este caso es que la obra a ingresar en operación coincida con aquella anunciada (en términos eléctricos, “declarada en construcción” previamente), no existiendo limitación alguna y siendo incluso más lógico que cada una de las obras, sea la Obra Nueva o las Obras de Ampliación, se declaren en construcción de forma separada e independiente. Si bien dicha declaración no es necesaria para obras licitadas, su símil es el propio decreto, que singulariza cada obra por separado con su alcance individual, por lo que cada una de ellas puede entrar en operación en la medida que cumplan con el alcance establecido en el respectivo decreto.
144. Con respecto a la remuneración, de acuerdo con la LGSE, para que la Obra Nueva comience a ser remunerada sólo requiere que entre en operación, considerando su alcance constructivo. Así, no habiéndose fijado por decreto un condicionamiento para que la entrada en operación de la Obra Nueva sólo se pueda verificar una vez que ello ocurra en ambas Obras de Ampliación, de acuerdo con la normativa eléctrica vigente, la Obra Nueva sí podría energizarse y entrar en operación sin que esté completo el íntegro alcance de ambas Obras de Ampliación, recibiendo el adjudicatario de la Obra Nueva la remuneración adjudicada.
145. De este modo, no basta con la declaración de buenas intenciones, sino también con el cumplimiento de las Bases y de las herramientas para lograr que las obras se concreten. De adjudicar la oferta presentada por Ferrovial, se dejaría al mandante sin herramientas formales para poder corregir un potencial actuar negligente de la contraria.

k) Imposibilidad jurídica de acceder a lo solicitado en el petitorio demanda

146. Para el solo evento de discurrir, si a pesar de todo lo expuesto el H. TDLC acogiera la demanda de Ferrovial, existe una imposibilidad jurídica de acceder a lo solicitado en el numeral 2 de su petitorio, en que se solicita a este H. Tribunal “*Disponer que, como consecuencia de dicha infracción, se deja sin efecto la descalificación de la oferta económica de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA, ordenándose al Coordinador Eléctrico Nacional retrotraer el Proceso de Licitación 2022 exclusivamente respecto del Grupo de Obras N°OC_G1 a la etapa previa a la dictación de la Decisión Descalificatoria, debiendo, dicha entidad, dictar una nueva Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, en la que se resuelva la licitación aplicando estrictamente la regla del Numeral 10.4.2, 75 Punto 3, de las Bases Administrativas, en función de cuál Proponente haya presentado la oferta económica con el menor valor global*”.

147. Lo cierto es que la intervención y competencia del Coordinador en este proceso se agotó una vez que, con fecha 27 de octubre de 2022, informó a la CNE resultado de la Licitación.
148. Luego, como ya referimos, mediante la Resolución Exenta N°815, de fecha 7 de noviembre de 2022, la CNE aprobó el Informe Técnico “Resultado del llamado a licitación para la adjudicación de los derechos de las obras de ampliación condicionadas contempladas en el Decreto Exento N° 185, de 2021, y obras nuevas del Decreto Exento N°229 de 2021, ambos del Ministerio de Energía” y lo remitió al Ministerio de Energía para la dictación del Decreto que establece los derechos de explotación y ejecución de las Obras de Expansión del SEN.
149. Mediante Oficio Ordinario N°690, de 7 de noviembre de 2022, la CNE remitió al Ministerio de Energía la referida Resolución Exenta N°815, para que dicho Ministerio, si lo tuviera a bien, dictara el respectivo decreto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 96° de la LGSE.
150. En conformidad a lo anterior, el Ministerio de Energía dictó el Decreto Supremo N°15 T, de fecha 6 de diciembre de 2022, que fijó los derechos y condiciones de ejecución y explotación, así como las empresas adjudicatarias de la construcción y ejecución, de las obras contempladas en los Decretos Exentos N°s 185 y N°229, ambos también del referido Ministerio.
151. Con fecha 30 de diciembre de 2022, el Ministerio de Energía remitió el referido Decreto Supremo N°15 T a la Contraloría General de la República para la toma de razón, quien con fecha 1 de enero de 2023 comunicó a dicho Ministerio que procedería con el ingreso del referido Decreto para tal efecto.
152. Es del caso que ninguno de estos actos administrativos posteriores a la descalificación de la oferta de Ferrovial fueron impugnados en la presente demanda, ni los órganos que los emitieron (CNE y Ministerio de Energía) han sido válidamente emplazados a este proceso, de modo que su validez y eficacia escapa a la competencia específica que se ha otorgado al H. TDLC, lo que obsta a la posibilidad de retrotraer el proceso a la etapa de evaluación de ofertas, como indebidamente pretender Ferrovial.

CONCLUSIONES

- El H. TDLC no es un tribunal de competencia residual, sino que su competencia se encuentra acotada a conocer y juzgar conflictos derivados de atentados en contra de la Libre

Competencia, siendo los tribunales ordinarios de justicia los competentes para conocer de la pretensión formulada por Ferrovial.

- Asimismo, el H. TDLC ha tenido una jurisprudencia pacífica relativa a que carece de competencia para pronunciarse sobre un acto de autoridad que se ejecute con posterioridad a la aprobación de las respectivas bases de licitación y que dicen relación con el cumplimiento de dichas bases, siendo justamente de esta clase el acto reprochado por Ferrovial, referido a la decisión adoptada por el Coordinador de descalificar su oferta económica.
- Ferrovial no plantea un conflicto que sea relevante en sede de Libre Competencia, sino que, por el contrario, se refiere a actos que ha realizado el Coordinador en ejercicio de potestades regladas y con estricta sujeción a la legislación aplicable y a las Bases de la Licitación, que no dejaban espacio alguno para discrecionalidades que pudiesen ser susceptibles de ser sancionadas por esta vía.
- En esta línea, el Coordinador al adoptar la decisión de descalificar la oferta económica presentada por Ferrovial se limitó a aplicar el ordenamiento jurídico y las Bases de la Licitación, lo que impide la configuración de cualquier ilegalidad o arbitrariedad.
- Además, debe enfatizarse la ausencia de todo incentivo que pudiese tener el Coordinador para afectar la Libre Competencia, desde el momento que no es un agente económico y que, por lo mismo, no compite en el mercado relevante en que operan los oferentes que participan en sus licitaciones, no construye obras de transmisión, no opera obras de transmisión, ni es el propietario de las obras que licita.
- La decisión adoptada por el Coordinador se funda en que Ferrovial incumplió expresa y gravemente la normativa sectorial y lo dispuesto en las Bases de la Licitación, al presentar una oferta económica para el Grupo de Obras G1 que indicaba para las Obras de Ampliación un VI ascendente a la suma de USD\$ 1, lo que infringe la obligación contenida en las Bases de que la oferta internalice los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de las referidas obras.
- En este sentido, Ferrovial confunde la no exigencia de un precio mínimo con la necesidad de ofertar un precio que internalice todos los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada en operación. Lo anterior, pues la ausencia de una exigencia de precio mínimo no implica que el oferente se encuentre habilitado para ofertar una suma ascendente a USD\$ 1 que a todas luces no cumple con la exigencia de internalizar todos los costos necesarios para la construcción y ejecución de la obra, ya que el precio ofertado, como todo precio en nuestro ordenamiento jurídico, debe ser real y serio.

- El incumplimiento de las Bases de la Licitación por parte de Ferrovial no es un asunto meramente formal, sino que, además de poner en riesgo la adecuada operación y mantención de obras de infraestructura estratégica y crítica para el país y de paso generar un evidente perjuicio económico al propietario de las mismas, afecta los objetivos y resguardos que tuvo el Coordinador al fijar las Bases de este modo, poniendo en riesgo la prestación oportuna de un servicio público, con efectos en políticas públicas y con consecuencias económicas no sólo para empresas específicas sino también para el país en general.
- Finalmente y sin perjuicio que lo sostenido por Ferrovial a propósito de la supuesta contradicción que tendría el Coordinador respecto de sus actuaciones en procesos de licitación anteriores resulta baladí para la presente demanda, no es efectivo que exista un comportamiento contradictorio respecto de tales procesos, pues éstos distan sustancialmente de la Licitación.

POR TANTO, en razón de lo expuesto,

SOLICITAMOS AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, se sirva tener por contestada la demanda interpuesta por Ferrovial en contra de nuestro representado y, en mérito de esta contestación, acoger la excepción de incompetencia absoluta opuesta o, en subsidio, rechazar en todas sus partes la referida demanda, con expresa condenación en costas.