

RECLAMACIÓN

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

LUIS EDUARDO TORO BOSSAY, JOSÉ LUIS CORVALÁN PÉREZ y CRISTIAN DORADOR CHEPILLO, abogados, en representación del **Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (“Coordinador” o “CEN”)**, 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, encontrándonos dentro de plazo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N°211 (en adelante, “**DL 211**”), interponemos fundado recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°196/2024, dictada por el H. Tribunal el 23 de octubre de 2024 y notificada personalmente a esta parte el 25 de octubre de 2024 (en adelante, la “**Sentencia**”), con el objeto de que el H. Tribunal conceda el recurso y ordene elevar los autos a la Excma. Corte Suprema, solicitando a la misma que, en base a los fundamentos de hecho y de derecho que se expondrán a continuación, acoja el presente recurso, enmendando la Sentencia, disponiendo que se rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta por Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA (en adelante, “**Ferrovial**”) o, en subsidio, reduciendo sustancialmente la multa impuesta por el H. TDLC, y eximiendo al Coordinador del pago de las costas de la causa, al no haber sido totalmente vencido.

Resumen ejecutivo

- La Sentencia recurrida acoge la demanda interpuesta por Ferrovial, declarando que el Coordinador ha infringido el artículo 3°, inciso primero, del DL 211, al decidir descalificar la oferta económica que presentó respecto del Grupo de Obras N°OC_G1 en el marco 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 (en adelante, la “**Licitación**”), aplicando en consecuencia al Coordinador una cuantiosa multa ascendente a 500 Unidades Tribunales Anuales.
- La Sentencia adolece de diversos vicios y yerros jurídicos que necesariamente deben conducir a su revocación y, consecuentemente, al completo rechazo de la demanda de Ferrovial.

- Al efecto, en primer lugar, la Sentencia ha sido dictada por el H. TDLC excediendo el ámbito de competencia material que le ha sido reconocido por el legislador, efectuando un control de mera legalidad de un proceso reglado de aplicación de bases de licitación, contraviniendo los criterios delimitadores de su competencia establecidos por la jurisprudencia de la E. Corte Suprema de Justicia.
- En segundo lugar, la Sentencia ha sido dictada con manifiesta infracción al principio de la congruencia procesal e incurriendo en un evidente vicio de *ultra petita*, al fundarse en la supuesta aplicación a la Licitación de la regla de prorrato contenida en los artículos 135, inciso tercero, y artículo 147, inciso final, del Decreto N°37, de 2019, del Ministerio de Energía, relativo al Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Transmisión (en adelante, el “**Reglamento**”), lo que no fue materia de la demanda de Ferrovial, no formando parte de la competencia específica del H. TDLC delimitada por los escritos del periodo de discusión.
- En tercer lugar, la evidencia rolante en el proceso demuestra inequívocamente que el Coordinador actuó con estricto apego a las Bases de la Licitación, tal como fue ratificado por la Comisión Nacional de Energía (en adelante, “**CNE**”), el Ministerio de Energía y, finalmente, por la Contraloría General de la República (en adelante, “**CGR**”) al tomar razón del Decreto Supremo N°15 T, habiéndose soslayado por el H. TDLC en su Sentencia los efectos que emanan de tal acto de control de legalidad.
- En cuarto lugar, y sin perjuicio de lo señalado, la Sentencia incurre en un notorio error de derecho, por cuanto la regla de prorrato no resultaba aplicable a la Licitación *sub-lite*, al no verificarse en la especie los requisitos previstos al efecto en el Reglamento y al no ser ello posible a la luz de las bases de licitación que regían el proceso licitatorio.
- En quinto lugar y en estrecha vinculación con lo anterior, la aplicación de la regla de prorrato a la Licitación, pretendida por el H. TDLC en la Sentencia, hubiera importado una infracción al principio de estricta sujeción a las bases al que se encuentra sujeto el Coordinador con arreglo al artículo 127 del Reglamento y una grave afectación a los derechos de los proponentes de la Licitación.
- En sexto lugar, la interpretación que el H. TDLC hace en su Sentencia respecto del apartado 8.5 de las Bases de la Licitación resulta jurídicamente incorrecta, ya que parte del errado supuesto de que la referida regla del prorrato resultaría aplicable a la Licitación, además de soslayar que el Coordinador, junto con velar por la operación eficiente y económica del Sistema Eléctrico Nacional (en adelante, “**SEN**”), debe igualmente cautelar se segura operación.

- En séptimo lugar, la evidencia rolante en el proceso demuestra que no ha existido discriminación arbitraria por parte del Coordinador y que no se verifican los supuestos para que Ferrovial pueda invocar una improcedente confianza legítima.
- Finalmente, en subsidio, y para el improbable evento que la E. Corte llegare a confirmar la decisión condenatoria del H. TDLC, la multa impuesta resulta excesiva y desproporcionada, por lo que debe ser sustancialmente reducida, y el Coordinador debe ser eximido del pago de las costas, ya que no ha sido totalmente vencido.

ÍNDICE

I. ASPECTOS GENERALES DE LA RECLAMACIÓN	4
I.1. El Coordinador Eléctrico Nacional y el Sistema Eléctrico Nacional	4
I.2. El proceso de Licitación Pública Internacional, su propuesta de adjudicación y actos posteriores	5
I.3. Sobre la demanda interpuesta por Ferrovial	10
I.4. Sobre la contestación del Coordinador	13
I.5. Resolución que recibió la causa a prueba y que fijó los hechos a probar que deben servir de base a la Sentencia del H. TDLC	14
I.6. La Sentencia	15
 II. ARGUMENTOS DE LA RECLAMACIÓN	16
II.1. Sobre la excepción de incompetencia absoluta: El H. TDLC es incompetente para conocer la demanda de Ferrovial	16
II.2. La Sentencia vulnera el principio de congruencia procesal	22
II.3. A mayor abundamiento, la Sentencia adolece del vicio de <i>ultra petita</i>	30
II.4. El Coordinador actuó con estricto apego a las Bases de la Licitación, tal como fue ratificado por la Comisión Nacional de Energía, el Ministerio de Energía y, finalmente, por la CGR que tomó razón del Decreto N°15 T	32
II.5. La regla de prorrateo prevista en el Reglamento no tiene aplicación en la Licitación	37
II.6. El criterio fundante de la resolución del H. Tribunal implicaría vulnerar el principio de estricta sujeción a las Bases, expresamente aplicable al Coordinador en conformidad a lo dispuesto por el artículo 127 del Reglamento	44
II.7 Sobre la errada interpretación que hace el H. Tribunal del apartado 8.5 de las Bases de la Licitación	47
II.8 No hubo discriminación arbitraria de parte del Coordinador	53

II.8.1 El Coordinador sólo se limitó a ejercer potestades regladas, aplicando el mismo marco normativo a todos los participantes de la Licitación	54
II.8.2 No existen precedentes análogos a la situación de Ferrovial	56
II.9. En subsidio, la multa impuesta debe ser reducida sustancialmente y el Coordinador debe ser eximido del pago de las costas, al no haber sido totalmente vencido	58

I. ASPECTOS GENERALES DE LA RECLAMACIÓN

I.1. El Coordinador Eléctrico Nacional y el Sistema Eléctrico Nacional

1. El Coordinador es una corporación autónoma de derecho público, sin fines de lucro, con patrimonio propio y de duración indefinida, cuya misión es preservar la seguridad del SEN, velar por la operación más económica para el conjunto de sus instalaciones y garantizar el acceso abierto a los sistemas de transmisión.
2. El SEN abarca la generación, transmisión, distribución y consumo de gran parte de la energía eléctrica del país. Su operación depende de la generación eléctrica proveniente de diversas fuentes de energía, tales como aquella que emana de empresas hidroeléctricas, solares, eólicas y de empresas que utilizan gas o carbón para producir energía.
3. Conforme al artículo 72°-1 del Decreto con Fuerza de Ley N°4 de 2007, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que contiene la “Ley General de Servicios Eléctricos” (en adelante, “LGSE”), la operación de las instalaciones eléctricas del SEN debe efectuarse de manera coordinada, con el fin de preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico y garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema. Esta misión se encuentra encomendada al Coordinador, en los siguientes términos dispuestos por la referida norma:

“1.- Preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico;

2.- Garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico; y

3.- Garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, en conformidad a esta ley”.

4. Como puede apreciarse, la función primordial del CEN es coordinar la operación de las instalaciones eléctricas que operan interconectadas en el SEN, con miras a lograr los fines

recién señalados, a saber: preservar la seguridad del servicio, garantizar la operación a mínimo costo y garantizar el acceso abierto al sistema de transmisión.

5. Dicho aquello y sin perjuicio de lo que se indicará más adelante, resulta relevante destacar desde ya que tanto la Obra Nueva¹ como las Obras de Ampliación² objeto del presente juicio no constituyen obras aisladas, sino que éstas se interconectan pasando a formar parte del SEN. En ese marco, el Coordinador tiene el deber legal de velar por la calidad técnica y ejecución oportuna de tales obras, y así garantizar la seguridad y continuidad del sistema público de transmisión y, asimismo, la operación al mínimo costo.

I.2. El proceso de Licitación Pública Internacional, su propuesta de adjudicación y actos posteriores

6. Una de las funciones que el legislador ha encomendado al Coordinador ha sido efectuar la Licitación Pública Internacional de los proyectos de expansión del SEN, 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. Al encomendar al Coordinador, la licitación de las obras de expansión del Sistema de Transmisión Nacional y Zonal, el legislador consideró que el CEN estaría mejor preparado para asegurar que las Obras Licitadas sean ejecutadas con la calidad y cumplimiento normativo que garantice la operación segura del SEN, y que, en este marco de cumplimiento normativo, ambiental y legal, se garantice, asimismo, la operación al mínimo costo.
7. En efecto, el artículo 125 del Reglamento dispone que corresponderá al Coordinador efectuar una Licitación Pública Internacional de los proyectos de expansión del Sistema de Transmisión Nacional y Zonal 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.
8. 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

¹ Una Obra Nueva se trata de una nueva instalación de transmisión, cuyo adjudicatario se convierte en el propietario transmisor, no recibiendo pago por la construcción, sino una renta VATT (Valor Anual de Transmisión por Tramo) por la vida útil del proyecto.

² Una Obra de Ampliación corresponde a ampliaciones, normalizaciones o aumentos de capacidad de instalaciones existentes que tiene un propietario transmisor, el cual debe suscribir un contrato de construcción EPC (Engineering, Procurement and Construction) con el adjudicatario, custodiar mediante este contrato la correcta ejecución de las obras, pagar el EPC y percibir una renta por estos nuevos activos de transmisión por toda la vida útil del proyecto.

- Lagunas, Tramo Nueva Lagunas – Laguna” y a la (ii) “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”.
9. Posteriormente, el 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. En el referido Decreto Exento 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”. Al tratarse de una nueva instalación de transmisión, su adjudicatario se convierte en el propietario transmisor, por lo que no recibe un pago inmediato por la construcción, sino una renta VATT (Valor Anual de Transmisión por Tramo) por la vida útil del respectivo proyecto.
10. De este modo, el Grupo de Obras G1 de la Licitación, sobre el cual trató la demanda de autos, quedó conformado de la siguiente manera:
- | ID Grupo | ID Proyecto | Nombre de la obra | Plazo constructivo [meses] | V.I. Referencial [MMUSD] | V.I. Ref. Grupal [MMUSD] |
|----------|--------------|--|----------------------------|--------------------------|--------------------------|
| OC_G01 | 21_229_ON_01 | Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nuevas Lagunas – Kimal | 48 | 194,46 | 200,75 |
| | 21_185_OC_01 | Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna | 48 | 3,79 | |
| | 21_185_OC_02 | Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM) | 48 | 2,50 | |
11. La decisión de agrupar la Obra Nueva con las Obras de Ampliación tuvo por objeto mitigar el riesgo de terminar con una licitación desierta en el caso de las Obras de Ampliación (obras de menor envergadura y, por ende, menos atractivas para eventuales oferentes), cuestión que ha sido creciente en las últimas licitaciones, sin perjuicio que siempre se ha solicitado ofertas individuales que garanticen la correcta valorización de cada una de las obras agrupadas. Con todo y a título de ejemplo, cabe destacar que no existe un condicionamiento constructivo entre las obras comprendidas en el Grupo de Obras G1, por lo que la Obra Nueva podría entrar en operación aun cuando alguna de las Obras de Ampliación fuese abandonada.
12. Luego, según lo prescrito en el artículo 95 de la LGSE y en los referidos Decretos Exentos N°185 y N°229, el Coordinador elaboró las Bases de la Licitación, fijando los requisitos y condiciones objetivas que los proponentes interesados debían cumplir al presentar sus ofertas. El 17 de enero de 2022, el Coordinador procedió a efectuar el llamado para participar en la Licitación, procediendo el 19 de enero de 2022 a realizar la publicación de las Bases.
13. En relación con el diseño de las Bases de la Licitación, cabe destacar desde ya que el Coordinador requirió que cada proponente debía presentar ofertas económicas individuales para cada una de las tres obras comprendidas en el Grupo de Obras G1, debiendo internalizar en cada una de las ofertas **todos** los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada

en operación. En efecto, en el numeral 8.5.1 de las Bases de la Licitación se establece expresamente que: “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”.

Es decir, debía presentarse:

- a) Una oferta económica individual por la obra “Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nuevas Lagunas – Kimal”;
 - b) Una oferta económica individual por la obra “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá – Lagunas, Tramo Nueva Lagunas – Laguna”; y
 - c) Una oferta económica individual por la obra “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”.
14. De este modo, según se desarrollará más adelante, la Licitación requirió la presentación de ofertas individuales para la Obra Nueva (VATT) y para cada Obra de Ampliación (Valor de Inversión, en adelante “VI”). El formulario de presentación de oferta económica desarrollado por el Coordinador e incorporado en el Anexo 2 de las Bases, separa explícitamente las ofertas (ofertas técnicas y económicas individuales), dado que cada tipo de obra (Obra Nueva y Obra de Ampliación) corresponde a un modelo de negocio diferente, generando la adjudicación de derechos de ejecución y operación en el caso de la Obra Nueva (negocio de largo plazo en base a Decreto de Adjudicación) y derechos de construcción para las Obras de Ampliación (negocio de corto plazo en base a un contrato entre privados y a Decreto de Adjudicación). Además, y como también se explicará, este diseño de las Bases, permite resguardar el cumplimiento, por parte del adjudicado, no sólo de la ejecución oportuna de las obras, sino también del cumplimiento de las obligaciones laborales, medioambientales y de prevención de riesgos de los trabajadores, todo lo cual incide en la disponibilidad de las Obras Nuevas y de Ampliación dentro del plazo previsto, ello en cumplimiento de la obligación de velar por la seguridad del SEN.
15. En la Licitación, que incluyó además otros grupos de obras, participaron los siguientes oferentes, según da cuenta el Acta de Cierre de Recepción de Propuestas:

Nº Proponente	Nombre Sociedad / Consorcio	Nº Ofertas Administrativas	Nº Ofertas Técnicas	Nº Ofertas Económicas
1	TRANSELEC S.A.	1	8	4
2	CONCESSIONES 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

16. Luego, a través del **Acta de Evaluación de las Ofertas Económicas**, publicada el 14 de septiembre de 2022 y observando que Ferrovial incumplió las Bases de la Licitación, el Coordinador decidió descalificar la oferta económica presentada por Ferrovial para el Grupo de Obras G1³. Cabe destacar que este es el acto licitatorio que Ferrovial cuestiona en su demanda, sin que exista o haya existido un reproche previo al diseño y estructura de las Bases de la Licitación.
17. En efecto, como se anticipó, la decisión de descalificar la oferta económica de Ferrovial se basó en que éste 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 cada una de las dos Obras de Ampliación recién mencionadas, un VI ascendente a USD\$ 1 (un dólar de los Estados Unidos de Norteamérica)**, lo que infringió flagrantemente la obligación contenida en las Bases de que la oferta económica internalice todos los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de las obras, toda vez que no es viable económicamente la ejecución de esas Obras de Ampliación por la suma de USD \$2.
18. Aquello fue informado por el Coordinador 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*”. Lo anterior, en relación con 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 aquellos costos derivados del cumplimiento de la normativa de carácter ambiental aplicable y el costo de la Inspección Técnica de Obras (“ITO”) del proyecto.
19. En efecto, el numeral 8.5 de las Bases de Licitación 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 internalizarlos 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.

³ Además, el Coordinador decidió descalificar las otras tres ofertas económicas presentadas por la demandante en la Licitación para los denominados Grupos de Obras OC_G2, OC_G3 y OC_G4.

20. El 14 de septiembre de 2022, el Coordinador emitió el **Informe de Adjudicación**⁴, presentando a los proponentes que correspondía adjudicar los derechos de ejecución y explotación de las 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 la empresa Interconexión Eléctrica S.A. ESP – ISA, según se detalla en el siguiente recuadro:

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 – Kimil	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 Kimil 500 kV (IM)	2.621.000,00				

21. Para mayor claridad respecto de la cronología de la Licitación, a continuación se extracta el calendario de ésta:

Etapa		Fechas
1	Llamado a Licitación Pública e Internacional.	Lunes 17 de enero de 2022.
2	Publicación de Bases de Licitación	Miércoles 19 de enero de 2022
3	Adquisición de las Bases.	Desde el lunes 17 de enero de 2022 hasta el martes 31 de mayo de 2022.
4	Periodo para consultas de los Participantes.	Desde el lunes 17 de enero de 2022 hasta el lunes 28 de marzo de 2022.
5	Periodo para respuestas a las consultas.	Hasta el miércoles 20 de abril de 2022.
6	Plazo máximo para modificaciones a las bases.	Miércoles 04 de mayo de 2022.
7	Periodo de recepción de Propuestas.	Desde el viernes 24 de junio de 2022 al miércoles 29 de junio de 2022 hasta las 17:00 hrs.
8	Apertura de ofertas administrativas y técnicas.	Jueves 30 de junio de 2022.
8	Apertura de ofertas económicas.	Martes 06 de septiembre de 2022.
9	Entrega de Declaración Jurada de ajuste al Valor Máximo de Ofertas fijado por la Comisión Nacional de Energía, cuando corresponda.	Desde el miércoles 07 hasta el viernes 09 de septiembre de 2022.
10	Adjudicación.	Miércoles 14 de septiembre de 2022.

22. El Informe de Adjudicación fue debidamente informado a la CNE a través de la Carta DE N°05138-22, de 27 de octubre de 2022.

23. Luego y sin que haya mediado observación alguna hacia el Coordinador respecto de su decisión adoptada en el marco de la Licitación, la CNE, mediante Oficio Ord. N°690, de 7 de

⁴ Al respecto, cabe precisar que el Coordinador sólo realiza una **propuesta de adjudicación** mediante la emisión del Informe de Adjudicación al que hacen referencia los artículos 143 y 147 de la LGSE, pues la adjudicación propiamente tal es realizada por el Ministerio de Energía a través de la dictación del respectivo Decreto de Adjudicación. Para lo anterior, resulta pertinente tener presente lo indicado por el Ministerio de Energía en el Decreto N°167, de 3 de julio de 2019, que indica que “*el que adjudica la construcción y ejecución de las obras de ampliación. De modo que, la adjudicación que realiza el Coordinador de los derechos de ejecución y explotación del proyecto de obra nueva o para la construcción y ejecución de las obras de ampliación, según corresponda, solo tiene por finalidad identificar las ofertas adjudicadas en el proceso de licitación, pero no generar derechos, ya que, tal como se señaló, éstos nacen una vez perfeccionado el correspondiente acto administrativo*”, así “*en virtud de lo anterior, los derechos y condiciones de ejecución de las obras nuevas y de ampliación señalados en los decretos N° 5T y 19T nacen y serán obligatorios para quienes se encuentren comprendidos en los mismos, desde la fecha de la publicación de dichos actos administrativos en el Diario Oficial*”.

noviembre de 2022, remitió al Ministerio de Energía la Resolución Exenta N°815, de idéntica fecha, que aprueba el Informe Técnico denominado “*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*”, la cual fue rectificada por Resolución Exenta N°203, de 18 de mayo de 2023, remitida al Ministerio de Energía a través del Oficio ordinario CNE N°342, de 19 de mayo de 2023, de la CNE.

24. Dicha remisión fue para que el Ministerio de Energía dictara el respectivo Decreto que establece los derechos de explotación y ejecución de las Obras de Expansión del SEN, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 96 de la LGSE.
25. El Ministerio de Energía, sin que tampoco haya efectuado observación alguna hacia la decisión adoptada por el Coordinador en el marco de la Licitación, 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. Entre las empresas adjudicatarias, se informó aquella que se adjudicó el Grupo de Obras G1, Interconexión Eléctrica S.A. ESP – ISA.
26. El 30 de diciembre de 2022, el Ministerio de Energía remitió el referido Decreto Supremo N°15 T a la CGR para su control preventivo de juridicidad conforme al trámite de la toma de razón, la cual, a través del Oficio N° E356597, de 13 de junio de 2023 –esto es, en una fecha posterior al periodo de discusión e incluso a la dictación de la resolución que recibió a prueba la presente causa–, tomó razón del Decreto Supremo N°15 T, con alcance, teniendo especialmente presente que la Licitación se rigió por las disposiciones específicas contenidas en las Bases elaboradas por el Coordinador, en conformidad a la competencia que le otorga el artículo 95 de la LGSE.
27. En definitiva, el ente contralor estableció que el mencionado Decreto se ajustó a derecho y a partir de ello resulta forzoso concluir que todos los antecedentes fundantes de él, como lo es el Acta de Evaluación de las Ofertas Económicas, también lo están. Por lo demás y en conformidad a lo dispuesto por el inciso final del artículo 3° de la Ley N°19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de la Administración del Estado (en adelante, “**LBPA**”), el Decreto Supremo N°15 T en análisis, goza de presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios.

I.3. Sobre la demanda interpuesta por Ferrovial

28. Con fecha 28 de diciembre de 2022, Ferrovial interpuso ante el H. Tribunal una demanda en contra del Coordinador fundada en que la decisión adoptada a través del Acta de Evaluación

de Ofertas Económicas, en virtud de la cual descalificó, entre otras, “la oferta económica” que formuló respecto del Grupo de Obras G1 en el marco de la Licitación, era jurídicamente errada y carecía de justificación razonable, pese a que tal oferta, según su apreciación, habría –luego de realizarse un cálculo *ex post* y comparativo– presentado el menor valor global de entre todas las ofertas económicas presentadas, lo que habría constituido un acto que impidió, restringió o entorpeció la libre competencia, infringiendo así, lo dispuesto por el artículo 3, inciso primero, del DL 211.

29. En concreto, Ferrovial indicó que la aplicación que hizo el Coordinador de las Bases de la Licitación para efectos de adoptar la decisión de descalificar su oferta económica fue “*jurídicamente errada y carece de justificación razonable*”. En efecto, sostuvo que “*no es efectivo que las Bases Administrativas ordenen internalizar por separado, los costos requeridos para cada una de las partes de la oferta económica presentada respecto del Grupo de Obras G1*”, sino que, “*Por el contrario, las Bases Administrativas establecieron la exigencia de presentar una oferta económica indivisible por cada grupo de obras condicionadas a licitar, siendo su valor global el que debe internalizar todos los costos, y no el valor individual de cada obra que conforma el grupo*”.

Lo anterior, destacando desde ya, pese a que la aplicación de las Bases realizada por el Coordinador fue validada por todos los órganos públicos con competencia en materia eléctrica que participaron en la Licitación, esto es, la CNE y el Ministerio de Energía, así como la CGR en el marco del trámite de toma de razón, quienes no objetaron la decisión del CEN de descalificar las ofertas económicas de Ferrovial, sino que, por el contrario, respaldaron su propuesta de adjudicación.

Por otro lado, cabe también destacar desde ya que en el marco de la Licitación no se exigió a los oferentes presentar un “valor global” con respecto a los Grupos de Obras licitados, sino, según se ha indicado en autos, presentar ofertas individuales de forma indivisible, es decir, entregar necesariamente una oferta económica para cada una de las obras comprendidas en el Grupo de Ofertas G1 (una oferta para la Obra Nueva y una oferta para cada Obra de Ampliación). Lo anterior, considerando que el cálculo del VATT Global es construido por el propio Coordinador y sólo con el fin de ordenar las propuestas, pues la proposición de adjudicación de cada obra se hace en base al monto individualizado en el Documento E-1 Oferta Económica establecido en el numeral 8.5.1 de las Bases.

30. Asimismo, Ferrovial establece que la decisión adoptada por el Coordinador contravendría sus actos propios en procesos licitatorios anteriores a la Licitación, en donde sí se habría validado la estructura de oferta que presentó con ocasión de esta última, considerándola suficiente y evaluándola junto a las demás ofertas económicas presentadas. Por lo mismo, establece que aquello contravendría la legítima confianza creada en Ferrovial a propósito de lo ocurrido en tales procesos licitatorios anteriores.

31. Digamos desde ya que Ferrovial interpuso su acción en contra de actos reglados, de carácter intermedios y no reprochó el acto administrativo terminal, esto es, el Decreto Supremo N°15 T del Ministerio de Energía.
32. En virtud de lo expuesto en la demanda, Ferrovial solicitó al H. Tribunal adoptar las siguientes medidas:
- (i) Declarar que el Coordinador infringió el artículo 3°, inciso primero, del DL 211, al decidir descalificar su oferta económica respecto del Grupo de Obras G1 en el marco de la Licitación, restringiendo la libre competencia entre dicha oferta económica y las demás ofertas económicas presentadas respecto de ese Grupo de Obras;
 - (ii) Disponer que, como consecuencia de dicha infracción, que se deje sin efecto la descalificación de su oferta económica, ordenándose al Coordinador retrotraer la Licitación exclusivamente respecto del Grupo de Obras G1 a la etapa previa a la dictación de la decisión descalificatoria, debiendo el Coordinador 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, Punto 3, de las Bases Administrativas, en función de cuál Proponente haya presentado la oferta económica con el menor valor global”*;
 - (iii) Ordenar al Coordinador abstenerse de adoptar decisiones como la impugnada;
 - (iv) Imponer al Coordinador una multa a beneficio fiscal de 5.000 Unidades Tributarias Anuales o, en subsidio, lo que el H. Tribunal estimare conforme a derecho;
 - (v) Disponer de cualquier otra medida preventiva, correctiva o prohibitiva que el H. Tribunal considerase pertinente respecto de los hechos y actos contrarios a la libre competencia.
33. Al respecto, cabe destacar desde ya que Ferrovial en su demanda no cuestionó el diseño de las Bases de la Licitación, como tampoco alegó que las Bases debían haber contemplado o que el Coordinador debió haber aplicado las reglas de prorratoe contenidas en los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento, sino que sus cuestionamientos se basaron exclusivamente en la aplicación que el Coordinador le dio a las Bases de la Licitación con ocasión de la dictación de un acto licitatorio –Acta de Evaluación de Ofertas Económicas– dictado con posterioridad a la aprobación de las referidas Bases. La lectura detallada de la demanda de Ferrovial permite advertir que en ninguna sección de ella se mencionan las palabras “prorrata”, “prorratoe” o “prorratear”.
34. Por otro lado, es también relevante develar la incongruencia en que incurre la demanda, por cuanto, habiéndose fijado las Bases de la Licitación, el proceso es de carácter reglado, lo que se refleja en el principio de “*estricta sujeción a las bases*”, lo que se traduce en que el

Coordinador, al igual que los participantes de la Licitación, estaba obligado a regir sus actuaciones a lo establecido en las Bases. Así, arribamos a la incongruencia que importa la teoría del caso de Ferrovial, en que, por una parte, acepta y se conforma con las Bases de la Licitación y, por la otra, alega como contrario a la libre competencia la aplicación por parte del Coordinador de las mismas Bases.

I.3. Sobre la contestación del Coordinador

35. Con fecha 6 de marzo de 2023, el Coordinador contestó la demanda presentada por Ferrovial.
36. En primer lugar, esta parte opuso la **excepción de incompetencia absoluta del H. Tribunal**, indicando que éste carecía de competencia para conocer de la demanda de Ferrovial, pues 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.
37. En línea con lo anterior, el Coordinador hizo presente que el **conflicto expuesto en la demanda resultaba irrelevante para la competencia**, pues la misma sólo daba cuenta de una simple y aparente disconformidad con la aplicación de las Bases de la Licitación. En efecto, la demanda impugnó el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, esto es, un acto posterior a la aprobación de las Bases de la Licitación y de carácter intermedio, ya que, como se señaló, el acto administrativo terminal corresponde al Decreto Supremo N°15 T del Ministerio de Energía.
38. Asimismo, se alegó que **no existía una discriminación arbitraria**, en tanto el Coordinador, de conformidad con lo establecido en el artículo 127 del Reglamento, actuó con estricta sujeción a las Bases de la Licitación, por lo que éste se limitó a ejercer potestades que se encuentran regladas. En tal sentido, 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.
39. Por su parte, se hizo presente que **Ferrovial incumplió las Bases de la Licitación**, pues actuando en forma abusiva y pretendiendo obtener una ventaja ilegítima, incumplió expresa y gravemente la normativa eléctrica y lo dispuesto en las Bases de la Licitación. Lo anterior, al presentar unas ofertas económicas para el Grupo de Obras G1 que indicaban para cada una de las dos Obras de Ampliación un VI ascendente a USD\$ 1, lo que infringe flagrantemente la obligación contenida en las Bases de que las ofertas internalicen los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de las referidas obras.

40. Luego, se hizo presente que **aceptar la oferta en los términos planteados por Ferrovial implicaría un grave riesgo para el SEN** atendida la **inseguridad** que conlleva para la ejecución oportuna de las dos Obras de Ampliación el que su precio comprometido sea de USD\$ 2.
41. Por otro lado, esta parte alegó que **no era efectivo que exista un comportamiento contradictorio por parte del Coordinador respecto de procesos licitatorios anteriores**.
42. Esta parte indicó que no era posible retrotraer la Licitación ya que la intervención del Coordinador en ésta ya ha concluido y los otros organismos que intervienen en la Licitación – CNE y Ministerio de Energía– no fueron demandados ni emplazados en el presente juicio.
43. Finalmente, el Coordinador nada dijo de una eventual “prorrata”, pues ello no estaba contemplado en las Bases de la Licitación, que exigían ofertas individuales para la Obra Nueva y para cada una de las Obras de Ampliación, no siendo mencionada por Ferrovial dentro del periodo de discusión y, por lo mismo, no fue objeto del juicio⁵.

I.5. Resolución que recibió la causa a prueba y que fijó los hechos a probar que deben servir de base a la sentencia del H. TDLC

44. El 17 de mayo de 2023, el H. Tribunal dictó el texto refundido de los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos sobre los cuales debió recaer la prueba en el juicio:

“1. Estructura, funcionamiento, características y condiciones de competencia en el o los mercados en que incidiría la conducta imputada en autos, desde el año 2015 hasta la fecha de interposición de la demanda, esto es, el 28 de diciembre de 2022, considerando, al menos:

a) Características del o los productos o servicios licitados por el Coordinador Eléctrico Nacional (‘Coordinador’) en 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 2022”). Existencia de eventuales sustitutos de aquellos productos o servicios.

⁵ Al respecto, cabe destacar que tan evidente es que el mecanismo de prorrato no formó parte del objeto del juicio, que Ferrovial se refirió a él a propósito de la tercera medida cautelar que solicitó al H. Tribunal con fecha 16 de agosto de 2023, rolante a foja 227. Es decir, después de tres meses que se dictó la resolución que recibió la causa a prueba, de fecha 17 de mayo de 2023.

b) Oferentes y demandantes de los productos o servicios requeridos por el Coordinador en la letra a) o sus sustitutos. Evolución de sus participaciones de mercado.

2. Justificación y efectos en la competencia, actuales o potenciales, de la decisión del Coordinador de descalificar la oferta económica formulada por Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA respecto del grupo de obras N°OC_G1, en el marco de la Licitación 2022; considerando las características de los procesos de licitación y evaluación de ofertas convocadas por el Coordinador entre 2017 y 2022”.

45. Como se pude apreciar en la resolución que recibió la causa a prueba, el H. TDLC tampoco incorporó como hecho controvertido, pertinente y sustancial la hipotética aplicación de la regla de prorratoeo establecida en el Reglamento.
46. De este modo y aplicando el principio de la congruencia procesal, las partes rindieron prueba con el objeto de acreditar los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos establecidos por el H. Tribunal. Cualquier otro elemento no considerado en la resolución citada no sólo no formó parte de la etapa de discusión, sino que no formó parte de los hechos pertinentes, sustanciales y controvertidos en base a los cuales el H. TDLC debe dictar su sentencia en aplicación del principio de congruencia. Tal es el caso, según veremos, de la efectividad de que en la Licitación se cumplieran los requisitos para que tuviera aplicación la regla de prorratoeo establecida en el Reglamento.

I.6. La Sentencia del H. Tribunal

47. Mediante la Sentencia recurrida, el H. Tribunal estableció lo siguiente:
48. En primer lugar, en cuanto a la excepción de incompetencia absoluta, el H. TDLC resolvió que sí resultaba competente para conocer conflictos que versaran sobre actos intermedios dictados con posterioridad a la aprobación de las Bases de la Licitación, por cuanto en el caso específico no existe un tribunal especial u otro organismo que pudiera conocer la materia, como lo sería el Tribunal de Compras Públicas o la CGR.
49. En segundo lugar, el H. Tribunal indicó que el Coordinador debió aplicar la regla de prorratoeo contenida en los artículos 135, inciso tercero, y artículo 147, inciso final, del Reglamento, pues en la especie supuestamente se daba cumplimiento a los requisitos establecidos en tales disposiciones para que el Coordinador aplicara dicha regla al caso concreto.
50. De este modo, el H. Tribunal estableció que el Coordinador tenía la obligación de evaluar alternativas menos restrictivas, como la aplicación del prorratoeo a las ofertas de Ferrovial, en

lugar de descalificarlas directamente. De acuerdo al H. Tribunal, esta opción habría permitido ajustar los valores de inversión, modificando el valor de la oferta de 1 USD para evitar su descalificación, proponiendo adjudicar así a Ferrovial y en su opinión evitando un impacto negativo en la competencia.

51. Asimismo, el H. TDLC señaló que carecería de lógica que el concepto de “oferta económica” establecido en el numeral 8.5 de las Bases de la Licitación se refiera a cada una de las variables que componen la oferta económica. Lo anterior, considerando que las normas que regían la Licitación obligaban a aplicar lo descrito en los artículos 135 y 147 del Reglamento y el VI ofertado para cada obra de ampliación no necesariamente sería aquel que se incorporaría en los contratos resultantes de la adjudicación.
52. Finalmente, el H. Tribunal observó que el Coordinador había aceptado ofertas con características similares en procesos de licitación anteriores y que la falta de uniformidad en la aplicación de los criterios se consideró discriminatoria y contraria a la libre competencia.
53. El H. TDLC al resolver de la forma descrita, se ha apartado manifiestamente de su competencia absoluta (factor materia) y específica, ha ido más allá de las Bases de la Licitación, pretendiendo aplicar una regla que está fuera de Bases, formulando reproches al Coordinador que no se condicen con su estricta sujeción a las mismas, en el marco de un proceso reglado, que culminó con un acto administrativo terminal del cual tomó razón la CGR y, por lo mismo, que goza de presunción de legalidad (la cual, por cierto, no se ha destruido).

II. ARGUMENTOS DE LA RECLAMACIÓN

II.1. Sobre la excepción de incompetencia absoluta: El H. TDLC es incompetente para conocer la demanda de Ferrovial

54. Esta parte opuso ante el H. Tribunal la excepción de incompetencia absoluta, esgrimiendo que éste no se trataba de un tribunal de competencia residual, sino que, en su calidad de tribunal económico especial y especializado, su competencia se encuentra circunscrita y acotada a las materias específicas y expresas que la ley ha establecido a su respecto, esto es, a conocer y juzgar los conflictos derivados de atentados en contra de la libre competencia.
55. En tal sentido, en el campo de la contratación pública y desde la perspectiva del ente licitante, la jurisprudencia ha establecido que la competencia del H. Tribunal se circunscribe a la elaboración y diseño de las bases de una licitación pública, pues sólo en esa oportunidad 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 obrar⁶.

56. Por lo mismo, el H. TDLC 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 dice relación con el cumplimiento de éstas. Lo anterior, pues durante la aplicación de las bases el ente licitante se encuentra constreñido a regir su actuar con estricta sujeción a lo estipulado en ellas, ejerciendo en tal sentido una potestad que se encuentra reglada.
57. De este modo, el H. TDLC no tiene competencia para inmiscuirse en la adjudicación de un proceso licitatorio reglado, en que no se ha cuestionado el diseño de las bases de la licitación.
58. Dicho lo anterior, **¿qué fue lo que reprochó Ferrovial al Coordinador?** Ferrovial no basó su demanda en algún acto o conducta anticompetitiva cometida por el Coordinador en el marco del diseño y elaboración de las Bases de la Licitación –no existe en autos reproche alguno que tenga relación con ello–, sino que la conducta reclamada acaeció con ocasión de la selección del adjudicatario en la Licitación de conformidad con sus Bases, particularmente respecto del Acta de Evaluación de las Ofertas Económicas.
59. En otros términos, Ferrovial fundó su demanda en la decisión de descalificación de su oferta adoptada por el Coordinador, en aplicación de las Bases de Licitación, a través del Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, lo que constituye un acto licitatorio dictado con posterioridad a la aprobación de las Bases de la Licitación, que dice relación justamente con la aplicación de lo establecido en ellas.
60. Sin perjuicio de todo lo anterior, el H. TDLC rechazó la excepción de incompetencia absoluta opuesta por el Coordinador.
61. Para lo anterior, el H. Tribunal se basó en lo establecido por la Excma. Corte Suprema en la sentencia de 6 de agosto de 2014 de la causa rol N°13.972-2013, caratulada “*Sonda S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación*” (en adelante, “**Sentencia SONDA**”), indicando, luego de citar ciertos considerandos de la referida sentencia, que:

“Trigésimo cuarto: (...) la razón de que las controversias relativas a la adjudicación de una licitación queden sustraídas de la competencia del Tribunal es que existe otra institución mandatada específicamente por el legislador para resguardar el apego a la legalidad del acto adjudicatorio, ya sea el TCP o la CGR.

⁶ Guía Sector Público y Libre Competencia de la Fiscalía Nacional Económica. p. 9.

En consecuencia, en casos de licitaciones que no estén sujetas al control judicial o administrativo del TCP o la CGR, respectivamente, el Tribunal sí es competente para conocer de cuestionamientos relativos a actos posteriores a la aprobación de bases de licitación, en la medida en que puedan afectar la libre competencia en el mercado correspondiente, tratándose de actos de autoridad o actuaciones de entidades estatales”.

“Trigésimo sexto: Que, en consecuencia, considerando la calidad de ente autónomo del Coordinador y atendido que (a) la Licitación objeto de estos autos no se rige por la Ley N° 19.886 sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, por lo que no está sujeta a la competencia del TCP, y (b) las actuaciones del Coordinador no son objeto de control de legalidad por parte de la CGR, el Tribunal es competente para conocer de las conductas impugnadas en autos, por lo que la excepción de incompetencia absoluta será rechazada”⁷.

62. Es decir, el H. Tribunal, tal como puede observarse de lo citado precedentemente, declaró que **(i)** sí tendría una **competencia residual** –pues no existiría otro órgano competente para ejercer un control administrativo y/o judicial sobre el Coordinador–, **(ii)** que su competencia se enmarcaría en resguardar el apego a la legalidad **(iii)** de actos licitatorios posteriores a la aprobación de las bases de una licitación en la medida en que puedan afectar la libre competencia en el mercado correspondiente.
63. Al respecto, hacemos presente lo siguiente.
64. En primer lugar, la decisión del H. Tribunal respecto de esta materia resulta contradictoria con el resto de la Sentencia, desde el momento que su decisión condenatoria invoca como principal fundamento y motivo el alcance de la CGR al cursar el Decreto N° 15T, tal y como lo revela el considerando septuagésimo segundo de la Sentencia, en el que señala que “*teniendo en cuenta el alcance de Contraloría al cursar el Decreto N° 15T –decreto de adjudicación del grupo N° OC_G1– transcrita en el considerando quincuagésimo octavo, resulta necesario revisar el modo en que se aplicó el prorrato de los valores adjudicados, mecanismo que fue utilizado en al menos dos ocasiones anteriores, durante licitaciones de 2018 y 2021*”.
65. De esta forma, el propio H. Tribunal reconoce en su Sentencia que el proceso licitatorio desarrollado por el Coordinador se encuentra bajo la esfera de control de legalidad de la CGR, que debe tomar razón del decreto de adjudicación de la licitación –emanado del Ministerio de Energía – en tanto acto terminal del proceso, lo que redundaría, siguiendo su propio razonamiento, en su incompetencia para conocer del presente asunto, atendida la existencia de

⁷ Excma. Corte Suprema, 6 de agosto de 2014, causa rol N°13.972-2013.

“otra institución mandatada específicamente por el legislador para resguardar el apego a la legalidad del acto adjudicatorio”.

66. Sin perjuicio de lo señalado, que ya resulta suficiente para concluir que la excepción de incompetencia alegada debió ser acogida, cabe consignar que a mayor abundamiento el H. Tribunal hizo una lectura parcelada de lo dispuesto en la Sentencia SONDA, pues en ella la Excma. Corte Suprema estableció que el H. Tribunal resultaba incompetente para conocer y juzgar una pretensión formulada en contra de un acto licitatorio dictado con posterioridad a la aprobación de las bases de licitación, no sólo cuando existiera un tribunal especial que pudiera conocer de la misma, **sino que también en función del factor materia**⁸.
67. En efecto, en la referida Sentencia SONDA, la Excma. Corte Suprema reconoció que el conflicto sometido al conocimiento de ella por medio de reclamación no afectaba en sí a la competencia, sino que la ejecución de prerrogativas reglamentadas en el marco de una licitación, lo que constituía una materia que excedía el ámbito de la competencia reconocido legalmente al H. Tribunal:

“Décimo noveno: Que sólo a mayor abundamiento esta Corte estima del caso destacar que la facultad de que se trata en autos, vale decir, aquella relativa a la selección del proponente que ha de adjudicarse la licitación, corresponde a una reglada y cuyo ejercicio se encuentra extensamente normado en las Bases Administrativas y Técnicas del concurso en referencia.

En ese entendido resulta necesario consignar que no se advierte de qué manera el desarrollo de facultades como las descritas podría afectar la libre competencia en los mercados. En efecto, una vez aprobadas las Bases de la Licitación el órgano público se encuentra obligado a respetar su contenido, de manera que su proceder, en tanto se ciña a las mismas, no podrá ser sino calificado de apegado al ordenamiento jurídico y en ese contexto no se le podrá imputar que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, pues entonces el origen de semejante efecto habría que buscarlo en las Bases que lo rigen, de modo que es posible afirmar que, por su naturaleza y en esas condiciones, la ejecución de prerrogativas reglamentadas como la de autos no es materia que deba conocer el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

⁸ Al respecto, recordemos que “*las reglas de competencia absoluta persiguen establecer la jerarquía del tribunal que va a conocer de un asunto y, en razón de la materia, si será un tribunal ordinario o uno especial. Lo que define la materia es, de acuerdo con la terminología tradicional, la naturaleza de la acción, pero que científicamente corresponde a la naturaleza de la pretensión, sentado que la acción equivale al derecho de petición independientemente de su contenido. (...) De este modo, la competencia absoluta del tribunal dependerá de la naturaleza de la pretensión deducida, puesto que ese es el interés que persigue el demandante, independientemente que finalmente su demanda sea rechazada*”. Excma. Corte suprema, causa rol N°14515-2021.

Sin perjuicio de ello, es del caso subrayar que en la especie la demandante excluyó expresamente de la discusión la existencia de posibles defectos en el diseño de las Bases del presente concurso, de modo que tampoco por esta vía podría estimarse que el tribunal se ha encontrado facultado para resolver acerca del asunto en cuestión”.

68. De este modo, la Excma. Corte Suprema excluye de la competencia del H. TDLC el conocer y juzgar materias relativas a la aplicación de las bases de una licitación pública, pues la aplicación de éstas, mientras el ente licitante se ciña a su tenor, se entenderá conforme al ordenamiento jurídico y no debe ser relevante para la libre competencia.
69. Por lo mismo, el H. Tribunal no está llamado a conocer de cualquier conflicto que no tenga un tribunal especial, pues su competencia no es residual, sino que se establece de conformidad al factor materia, es decir, frente a actuaciones que pudiesen afectar la libre competencia, **lo que en el ámbito de la contratación pública está circunscrito a la elaboración y al diseño de las bases de una licitación.**
70. Así las cosas, se ha indicado a propósito de la Sentencia SONDA que “*para el máximo tribunal resultarian dentro del ámbito de acción del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los conflictos situados en torno a la discriminación arbitraria que encontrara fundamento en el contenido de las bases, en cuanto ello implicara un atentado contra la libre competencia, mas no resulta competente, contrario sensu, si se alega un eventual atentado a la competencia sin impugnar las bases, ya que en ese caso, comprobándose que la actuación del órgano público resulta apegada al mandato normativo de las bases de licitación, en cumplimiento al principio legal de sujeción a las mismas, no cabe que el citado tribunal de la competencia entre a conocer del fondo de la legalidad de la actuación administrativa*”⁹, considerando que el examen y control judicial de legalidad de la actuación de un órgano del Estado en un procedimiento licitatorio público no es de competencia del H. Tribunal.
71. Por lo mismo, tal como se evidencia en la Sentencia, el H. Tribunal se extralimitó de su competencia, dado que se pronunció sobre la regularidad del procedimiento licitatorio público contrastando su ajuste con el bloque de legalidad que lo rige, y por tanto, entrando en el campo ya no de la libre competencia, sino derechamente de la legalidad de la actuación del Coordinador, lo que indefectiblemente obliga a reconocer que el H. TDLC ha extralimitado su ámbito competencial.
72. De hecho, es cuestionable que H. Tribunal para efectos de resolver el conflicto haya establecido que el Coordinador debió aplicar lo establecido en los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento, efectuando un verdadero examen de legalidad de la actuación

⁹ Zúñiga, Francisco. Contratación pública y libre competencia. En: Revista de Derecho Público, Vol. 81, 2014, p. 199.

realizada por nuestro representado. Lo anterior, considerando que la CGR tomó razón del Decreto 15 T y, por lo mismo, ya realizó el control administrativo preventivo de juridicidad con respecto a lo ocurrido en la Licitación, descartando la existencia de algún vicio de ilegalidad que tuviera que ser representado, sino que, por el contrario, estableció que dicho Decreto y sus actos fundantes –entre ellos el Acta de Evaluación de las Ofertas Económicas– se ajustaron a lo dispuesto en las Bases de la Licitación.

73. Dado que el conflicto planteado por Ferrovial no corresponde a uno de libre competencia, son los tribunales ordinarios de justicia¹⁰, específicamente los jueces de letras con competencia en lo civil, los competentes para conocer de la pretensión formulada por la demandante, 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, conforme lo establece el artículo 45 del Código Orgánico de Tribunales.
74. De hecho, valga destacar que el propio demandante reconoció lo anterior, al deducir una acción de protección con iguales fundamentos (que aquellos que hizo valer ante el H. Tribunal) ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago.
75. En ese caso, la I. Corte de Apelaciones de Santiago declaró inadmisible el recurso de protección mediante resolución de fecha 14 de octubre de 2022, por considerar que lo denunciado se trataba de un **conflicto de naturaleza contractual, de competencia judicial**¹¹:

2º) Que los hechos descritos en la presentación, y en particular sus peticiones, exceden las materias que deben ser conocidas por el presente recurso atendida su naturaleza cautelar, teniendo presente que se denuncia un conflicto contractual y reclaman derechos que deben ser debatidos y probados en el procedimiento judicial que corresponda, por lo que no será admitida a tramitación.

76. Lo anterior, fue confirmado por la Excma. Corte Suprema, al pronunciarse respecto del recurso de apelación que Ferrovial interpuso en contra de la referida resolución¹²:

¹⁰ De hecho, podría incluso establecerse que Ferrovial podría haber ventilado el presente conflicto ante el Panel de Expertos, conforme lo establecido en el artículo 208 de la LGSE, que establece que dentro de las materias de competencia del referido panel se encuentran “*las discrepancias que se susciten entre el Coordinador y las empresas sujetas a su coordinación en relación a los procedimientos internos, instrucciones y cualquier otro acto de coordinación de la operación del sistema y del mercado eléctrico que emane del Coordinador, en cumplimiento de sus funciones*”.

¹¹ Resolución de fecha 14 de octubre de 2022, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso N°109550-2022.

¹² Resolución de fecha 18 de noviembre de 2022, dictada por la Excelentísima Corte Suprema en la causa rol N°137.843-2022.

Se confirma la resolución apelada de fecha catorce de octubre de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

77. De este modo, sólo una vez que los Tribunales Superiores de Justicia rechazaron la infundada acción cautelar impetrada por la demandante, Ferrovial procedió a presentar la demanda ante el H. TDLC, adecuando los mismos hechos que fundaron la referida acción, para que ahora representaran instrumentalmente un supuesto conflicto de libre competencia. Por lo mismo, si tal acción hubiese sido declarada admisible por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, esta parte no estaría litigando ante el H. Tribunal y ante la Excma. Corte Suprema en un conflicto forzosamente diseñado para discutirse en sede de libre competencia.
78. Finalmente, esta solución de entregar la competencia a los tribunales ordinarios de justicia no es extraño a nuestra legislación.
79. En efecto y respecto de otro tipo infraccional, como lo es la competencia desleal, el tribunal competente por defecto – y también de carácter residual – es el Juzgado de Letras en lo Civil – no el H. TDLC – tal como lo dispone el artículo 8 de la Ley 20.169, que regula la competencia desleal. Por ello, la interpretación armónica de las normas – la citada y el literal c) del artículo 3 del DL 211 – sólo le entrega competencia a esta sede cuando la conducta tiene una incidencia en la libre competencia o, como dice el legislador, cuando ésta es realizada con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

II.2. La Sentencia vulnera el principio de congruencia procesal

80. El H. Tribunal vulneró el principio de la congruencia procesal al resolver la contienda a partir de la aplicación de oficio de la regla de prorrato, prevista en el artículo 135, inciso tercero, y en el artículo 147, inciso final, ambos del Reglamento, que no fue el fundamento fáctico y jurídico de la demanda Ferrovial, ni formó parte en forma alguna de las alegaciones vertidas en el periodo de discusión que fijaron la competencia específica del H. TDLC.
81. Lo anterior, pues tal como fue establecido en la propia Sentencia, la demanda de Ferrovial no cuestionó el diseño de las bases o la no aplicación de la solución de prorrata, enfocando su cuestionamiento únicamente en la aplicación que hizo el Coordinador a las Bases de la Licitación.
82. Tal como hemos señalado, Ferrovial en su demanda pidió retrotraer la Licitación a la etapa previa a la dictación de la decisión descalificatoria y ordenar al Coordinador “*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, Punto 3, de las Bases Administrativas, en función*

de cuál Proponente haya presentado la oferta económica con el menor valor global”. En ninguna parte se pidió que el Coordinador aplicara la regla de prorratoe de los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento. El fundamento de la demanda tampoco fue la supuesta falta de aplicación de dicha regla de prorratoe. Como veremos, al fallar de la manera en que lo hizo el H. TDLC, se alteró derechamente la cosa pedida y la causa de pedir.

83. En este sentido, el testigo presentado por Ferrovial, don Javier Gómez, quien hasta enero de 2022 se desempeñó como gerente general de Ferrovial y que luego pasó a ser director de Transmisión en Ferrovial Corporación, indicó lo siguiente en su declaración testimonial de fecha 12 de julio de 2023 ante el H. TDLC:

“Testigo Javier Gómez: Vale. Los hechos, y en los cuales Ferrovial apalancó su presentación de oferta es que las bases están claras, y la oferta de Ferrovial es plenamente válida en base a los requisitos que establecen las Bases de Licitación, Ferrovial no aborda el tema del prorratoe”¹³.

84. Dado que la supuesta aplicabilidad a la Licitación de la regla de prorratoe no formó parte de la Demanda de Ferrovial, el Coordinador no se hizo cargo de esta pretensión en su escrito de contestación. De esta forma, la Sentencia del H. TDLC ha tomado por sorpresa a nuestra representada, al invocar un aspecto que no fue parte del periodo de discusión –el mecanismo prorratoe– como el principal fundamento y motivo de lo resuelto, en una grave contravención al principio de congruencia procesal y al debido proceso.

85. Cabe destacar que, para intentar justificar y legitimar la aplicación de la referida regla de prorratoe en su Sentencia, el H. Tribunal invoca el principio *iuria novit curia*, en virtud del cual se asume que el juez conoce el derecho y puede aplicarlo al caso concreto aun cuando no haya sido invocado por las partes. Pero ello tiene límites, no se puede alterar la naturaleza de la acción interpuesta ni que se afecte el derecho a defensa de los intervenientes.

86. En concreto, el H. Tribunal estableció en la Sentencia que: “*Así, el hecho que funda su demanda es la descalificación injustificada de su oferta económica, mientras que el derecho en que apoya su acción es la infracción de la normativa de libre competencia, en virtud de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 3º del D.L. N°211. De este modo, la aplicación de las normas reglamentarias que regulan el prorratoe, vigentes al momento de aprobarse las Bases de la Licitación de 2022, no altera el fundamento de hecho ni de derecho del libelo de autos. En cambio, son necesarias, en cuanto eran normas vigentes a la época de los hechos, para evaluar el mérito de la acción incoada, por cuanto asisten al juzgador a aquilatar si la descalificación de la oferta de Ferrovial carece de justificación razonable*” (considerando nonagésimo séptimo).

¹³ Declaración testimonial de don Javier Gómez, cuya transcripción rola a foja 188.

87. Asimismo, en cuanto al derecho a defensa, el H. Tribunal sostiene en la Sentencia que “*Sin embargo, la aplicación de la normativa que regula el prorrato al caso de autos, aun cuando no haya sido invocada expresamente en la demanda, no afecta el adecuado ejercicio del derecho a defensa de las partes. En efecto, la existencia de las prorratas y su aplicabilidad a la licitación objeto del proceso ya figuraba en los documentos ofrecidos junto a la demanda de Ferrovial. (...) Todo ello da cuenta que se trata de un asunto que fue objeto de controversia durante el curso del juicio, respecto del cual ambas partes manifestaron sus alegaciones. En definitiva, la aplicabilidad de las prorratas al caso de autos fue objeto de debate y también fue materia de prueba, por lo que su eventual aplicación al caso concreto no vulnera el derecho a defensa de las partes*”.

88. Expuesto lo anterior, hacemos presente lo siguiente.

89. En primer lugar, cabe destacar que la Excmo. Corte Suprema ha establecido con respecto al principio de la congruencia que éste “*busca vincular a las partes y al juez al debate y, por tanto, enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, y al mismo tiempo cautela la conformidad que debe existir entre todos los actos del procedimiento que componen el proceso*”¹⁴. Luego, precisa la Excmo. Corte Suprema, “*que si bien el órgano jurisdiccional no queda circunscrito a los razonamientos jurídicos expresados por las partes, ello no aminora la exigencia según la cual el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones y excepciones, como a las alegaciones y defensas que las partes han sostenido en el pleito, evitando que se produzca un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones*”¹⁵.

90. En igual sentido, la Excmo. Corte Suprema ha establecido respecto del principio de congruencia que:

“*Este principio tiene diferentes fundamentos, ámbitos de aplicación y objetivos. En efecto, busca vincular a las partes y al juez con el debate, circunscribiéndolo. Propende así a un encadenamiento de los actos que lo conforman, pues pretende dotarles de eficacia y obsta a ella la falta de coherencia entre estas partes que conforman un todo. Surge así este principio que enlaza la pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos.*

¹⁴ Excmo. Corte Suprema, causa rol N°234.119-2023.

¹⁵ Excmo. Corte Suprema, causa rol N°234.119-2023.

En razón de lo anterior, la congruencia procesal en la sentencia ha sido establecida como imperativo a respetar por el magistrado al decidir la controversia.

(...)

*Jurídicamente se puede decir que la congruencia es el principio conforme al cual debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento, aisladamente considerados, que componen el proceso. Si bien se pone énfasis por la doctrina en resaltar los nexos entre las pretensiones sostenidas por el actor -en la especie FNE- y la sentencia, no se puede desconocer que tiene igualmente aplicación en relación con la oposición, la prueba y los recursos, pero encuentra su mayor limitación en los hechos, puesto que en cuanto al derecho aplicable al juez le vincula otro principio: *iura novit curiat*, en el sentido que el juez conoce y aplica el derecho, sin que ello afecte la causa petendi. **En este aspecto, el órgano jurisdiccional no queda circunscrito a los razonamientos jurídicos expresados por las partes, aspecto que no obsta a la exigencia que el derecho aplicable debe enlazarse a las acciones, alegaciones y defensas que las partes sostienen en el pleito.***

El sano entendimiento y armonía de estos principios origina la conclusión de que, inclusive al referirse el juez al derecho, puede existir contravención al principio de congruencia o de vinculación a la litis, infracción que sin duda se producirá si se desatiende lo que son su objeto y causa. De esta forma la libertad del juez para interpretar y aplicar el derecho queda delimitada por el principio de congruencia, el cual le otorga el marco de su contenido”¹⁶.

91. En definitiva, para la Excma. Corte Suprema **el derecho aplicable debe estar conectado tanto a las acciones y excepciones opuestas por las partes, como a las alegaciones y defensas que éstas hayan esgrimido en el juicio.** Si aquello no ocurre, se produce un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus respectivas pretensiones. Por ello, según se desarrollará luego, para efectos de determinar una eventual vulneración al principio de la congruencia, resulta elemental establecer qué fue lo demandado y los hechos sobre los cuales aquello se fundó.
92. En línea con lo anterior, la Excma. Corte Suprema ha advertido que el H. Tribunal debe circunscribir su pronunciamiento judicial a las cuestiones que formaban parte del asunto sometido a su decisión, resultando necesario revisar el petitorio de la demanda con que se inició el juicio. En efecto, la Excma. Corte Suprema ha acogido reclamaciones en casos en que el H.

¹⁶ Excma. Corte Suprema, causa rol N°5128-2016.

Tribunal ha fallado en base a aspectos no incorporados en la demanda, aplicando otros de oficio, incluso relativos a fuentes de derecho aplicables a la materia en disputa.

93. En efecto, la Excmo. Corte Suprema, revocando una sentencia dictada por el H. Tribunal, ha establecido:

“6º) Que analizando la reclamación interpuesta por Shell Chile S.A.C.I. es dable señalar que los sentenciadores decidieron imponer a ésta una multa por haber infringido el dictamen 435, cuestión que no formaba parte del asunto sometido a su decisión. En efecto, de la sola revisión del petitorio de la demanda con que se inicia esta causa puede advertirse que no se pidió al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se sancionara a la demandada por dicha situación, sino únicamente lo que ya fue mencionado en la parte expositiva de esta sentencia, a lo que nos remitimos. Por ello entonces es que, como lo señala Shell S.A en su recurso, al aplicar una sanción por dicho incumplimiento no está acogiendo parte de la demanda, sino actuando de oficio, situación que no le está permitida, de acuerdo al claro tenor del artículo 18 del Decreto Ley 211, que en su letra a) señala que a dicho tribunal le corresponde conocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a dicho cuerpo legal¹⁷.

94. Expuesto todo lo anterior, cabe destacar que es un hecho pacífico que Ferrovial no cuestionó que las Bases de la Licitación no hayan contemplado la aplicación de la regla de prorratoe contenida en los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento; ni tampoco fundó su demanda en que el Coordinador no haya dado aplicación a dicho mecanismo al momento de evaluar las ofertas y en su proposición para adjudicar la Licitación, no existiendo apartado alguno en su libelo en el que se haga referencia a ello ni a nada parecido.

95. De hecho, el propio H. Tribunal lo tiene perfectamente claro y es plenamente consciente de lo anterior, tal como reiteradamente lo indicó en la Sentencia. A continuación, se extractan algunos considerandos que dan cuenta de lo anterior:

“**Vigésimo cuarto:** Que, adicionalmente, hechos posteriores a la demanda dan cuenta que la Contraloría cursó con alcance el decreto de adjudicación de la Licitación –a saber, el Decreto N° 15T, que consta a folio 143– en el contexto de su toma de razón, en cuanto a que el Ministerio de Energía deberá cautelar que en lo sucesivo se dé aplicación cabal a lo preceptuado en los artículos 135 y 147 del Reglamento, en lo concerniente al mecanismo de prorratoe del valor adjudicado del grupo de obras, el cual se analizará más adelante”.

¹⁷ Excmo. Corte Suprema, causa rol N°3506-2007.

“Quincuagésimo noveno: Que, si bien este hecho no fue materia de los escritos del período de discusión, constituye un acto de control de legalidad que necesariamente debe considerarse al fallar la materia aun cuando surta sus efectos desde su emisión, ya que concierne a un pronunciamiento sobre la forma de proceder respecto de este tipo de licitaciones;”

“Nonagésimo Tercero: Adicionalmente, frente a la toma de razón con alcance del Decreto N° 15T por parte de la Contraloría, que adjudicó las obras de expansión del grupo N° OC_G1, acontecimiento que fue posterior a la interposición de la demanda de autos, **Ferrovial agrega a sus argumentos** que incluso si el Coordinador tenía aprensiones respecto de adjudicarle dicho grupo de obras, debió aplicar el prorratoe contenido en los artículos 135 inciso tercero y 147 inciso final del Reglamento (folio 227) ”:

“Nonagésimo séptimo: (...) En consecuencia, corresponde dilucidar si este Tribunal está facultado para aplicar a la controversia las normas reglamentarias que establecen el prorratoe, **aun cuando dichas normas no hayan sido invocadas en el libelo de Ferrovial**, y si, al aplicarlas, se altera el fundamento de hecho y de derecho de la demanda”.

96. La Sentencia invoca hechos posteriores a la demanda, lo cual es inadmisible y ha sido expresamente rechazado por la Excma. Corte Suprema. En efecto, al acoger un recurso de reclamación contra una sentencia del H. TDLC que había condenado en costas al demandante reconvencional en base a hechos posteriores a la interposición de la demanda, la Excma. Corte resolvió que:

*“las conductas calificadas de desleales por el TDLC atribuidas a las demandadas principales, habrían tenido lugar tiempo después de que se había presentado la demanda de RCH en dicha sede, de manera que como esos hechos no pudieron justificar su interposición, no podían ser considerados ni consecuentemente evaluados como constitutivos de prácticas desleales por parte del tribunal reclamado. En consecuencia, y como resulta evidente, **tratándose de hechos futuros y desconocidos al momento de presentarse la demanda, éstos no pueden ser el fundamento plausible para denunciar infracción a la libre competencia, como erradamente se resolvió en la sentencia impugnada**”¹⁸.*

97. Por otro lado, tal como lo indica la Sentencia en su considerando nonagésimo primero, la acusación de Ferrovial consistió en que la decisión adoptada por el Coordinador, a saber, descalificar su “oferta económica” para el Grupo de Obras G1 de la Licitación –decisión

¹⁸ Excma. Corte Suprema, sentencia de 21 de julio de 2009, causa rol 1470-2009, C. 15°.

plasmada en el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas – carece de justificación razonable, constituyendo, por tanto, un acto que impide, restringe o entorpece la libre competencia, e infringiría así lo dispuesto en el artículo 3º, inciso primero, del DL 211.

98. En tal sentido, la denuncia formulada por Ferrovial se circunscribió a impugnar un acto dictado con posterioridad a la aprobación de las Bases de la Licitación, estableciendo que la aplicación que hizo el Coordinador de ellas para efectos de adoptar la decisión de descalificar su oferta económica fue “*jurídicamente errada y carece de justificación razonable*”, sosteniendo que “*no es efectivo que las Bases Administrativas ordenen internalizar por separado, los costos requeridos para cada una de las partes de la oferta económica presentada respecto del Grupo de Obras GI*”, sino que, “*Por el contrario, las Bases Administrativas establecieron la exigencia de presentar una oferta económica indivisible por cada grupo de obras condicionadas a licitar, siendo su valor global el que debe internalizar todos los costos, y no el valor individual de cada obra que conforma el grupo*”.
99. **Eso fue lo que demandó Ferrovial y en tales hechos fundó su libelo**, no existiendo ningún apartado en su demanda que diga relación con el cumplimiento de los requisitos requeridos para la aplicación de la regla de prorrata¹⁹ aplicada de oficio por el H. Tribunal.
100. En tal sentido, la defensa de nuestra representada naturalmente se circunscribió a rebatir las imputaciones que Ferrovial expuso en su demanda y, por lo mismo, no se hizo cargo en su escrito de contestación del cumplimiento o no de los requisitos establecidos en la normativa reglamentaria para la procedencia de la regla de prorrata.
101. Lo anterior, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, significó una grave vulneración al principio de la bilateralidad de la audiencia y al derecho a defensa de esta parte, en tanto el H. Tribunal le está imponiendo una cuantiosa multa al Coordinador basándose en elementos respecto de los cuales no se tuvo la oportunidad procesal para discutirlos adecuadamente, y que no formaron parte de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos establecidos en la causa, de modo que esta parte fue tomada por sorpresa en la Sentencia, sin haber tenido la posibilidad de alegar en su Contestación –y acreditar posteriormente– que en los hechos no se daba cumplimiento a los requisitos requeridos en el Reglamento para su aplicación a la Licitación.
102. De hecho, llama poderosamente la atención que el H. Tribunal pretenda establecer que no habría existido una vulneración al derecho a defensa de esta parte, porque en un párrafo de uno de los 34 documentos que el demandante acompañó junto a su demanda contenía una referencia al mecanismo del prorratoe – documento que Ferrovial invoca en su demanda pero para efectos de fundar una alegación que nada tiene que ver con la supuesta aplicabilidad del prorratoe – o

¹⁹ Dicho sea de paso, la hipotética aplicación de la regla de prorrata alteraría la remuneración de los oferentes, incluido Ferrovial (la disminuiría) y, por lo mismo, alteraría el equilibrio económico de todas las ofertas de los proponentes.

porque esta parte, con ocasión de la invocación de la referida regla en una etapa ya avanzada del juicio por parte de Ferrovial, efectuó alegaciones o preguntas a testigos en relación con el mecanismo del prorranteo.

103. Aquello no resguarda las más mínimas garantías de contraditoriedad que deben cautelarse en un procedimiento contencioso como el de autos, en el que las partes deben tener el derecho de presentar sus alegaciones y pruebas en las etapas procesales establecidas por el legislador para ello y conforme a las reglas que cautelen la debida confrontación con ocasión de los elementos de juicio y de prueba que se van incorporando al proceso.
104. En efecto, la Excma. Corte Suprema ha señalado al respecto que:

“De lo anterior se colige que la sanción a la falta de congruencia tiene en su raíz la garantía que el mencionado principio significa para los litigantes y el límite que supone para el juez, otorgando seguridad y certeza a las partes al prever una posible arbitrariedad judicial. Por lo mismo, constituye un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley. Estos derechos y garantías fundamentales no sólo se vinculan con la pretensión y oposición, sino que con la prueba y los recursos. En fin, se conectan con los principios que fundan el proceso”²⁰.

“Se sanciona la transgresión de la congruencia por cuanto constituye una garantía para las partes, un límite para el juez, que otorga seguridad y certeza a las partes e interviene la posible arbitrariedad judicial. Por lo mismo la congruencia es un presupuesto de la garantía del justo y racional procedimiento, que da contenido al derecho a ser oído o a la debida audiencia de ley”²¹.

105. Es decir, el principio *iura novit curia* tiene como límite la prohibición de alterar la cosa pedida y la causa de pedir, por lo que, invocando tal principio, el juez no puede modificarlos. De hecho, Iván Hunter Ampuero, autor citado en la Sentencia, trata este asunto concluyendo que *“el actor por medio de la pretensión y el demandado a través de la resistencia, marcan los límites del objeto del juicio y el juez carece de potestades para modificar algunos de sus elementos: las partes, la causa de pedir o el objeto pedido”²²*. Pues bien, Ferrovial en su demanda no pide resolver la Licitación aplicando la regla de prorranteo de los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento, ni reclama por el hecho de no haberla aplicado. Sin embargo, el H. TDLC sancionó a esta parte justamente por aquello, lo cual no fue lo pedido ni tampoco fue la causa de pedir.

²⁰ Excma. Corte Suprema, causa rol N°2578-2012.

²¹ Excma. Corte Suprema, causa rol N°5128-2016.

²² Hunter Ampuero, Iván, *La Aplicación Judicial del Derecho en el Proceso Civil. Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, pág. 77.

106. El mismo autor recién citado se refiere a la contradicción, como límite a la aplicación judicial del derecho: “*En la práctica de nuestro derecho nacional la idea de contradicción aparece ligada al carácter dispositivo de los derechos sometidos a la tutela jurisdiccional, más que a la idea de defensa propiamente tal. En efecto, se considera que los jueces deben resolver solo los aspectos que han sido objeto de contradicción en la demanda y excepción, en la medida que lo contrario implica traspasar los límites dispositivos en que las partes han situado la controversia*”²³.
107. En definitiva, el H. Tribunal al aplicar de oficio –e incurriendo en el vicio de *ultra petita*– la regla de prorrata prevista en los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento, se apartó de lo establecido en la demanda de autos, pues Ferrovial no hizo referencia ni solicitó la aplicación de dicha regla en su libelo, cuestión que por tanto vulneró gravemente el principio a la congruencia al que necesariamente deben ceñirse las sentencias del H. TDLC.
108. Asimismo, considerando que el Coordinador estructuró su contestación en base a las alegaciones expuestas por Ferrovial en su demanda, esta parte no controvirtió en su contestación si en el caso concreto se daba cumplimiento a los requisitos exigidos para que la referida regla del prorrato tuviera aplicación en la Licitación *sub-lite*, lo que tampoco fue recogido como un hecho sustancial, pertinente y controvertido en el auto de prueba, de modo que la decisión del H. TDLC, que funda su decisión precisamente en este aspecto, ha tomado por sorpresa a esta parte, vulnerando su derecho a defensa y el principio de bilateralidad de la audiencia.
109. Finalmente, si la regla de prorrata hubiese sido parte de la discusión de autos, nuestra representada habría demostrado que el H. TDLC incurre en un error de derecho al estimar que dicha regla se podía aplicar en el caso de marras. Ello no era posible, según pasamos a exponer más adelante.

II.3. A mayor abundamiento, la Sentencia adolece del vicio de *ultra petita*

110. Como ha resuelto consistentemente la Excma. Corte Suprema, “*el vicio de ultra petita se produce cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes o se extiende a puntos no sujetos a la decisión del tribunal, es decir cuando apartándose de los términos en que las partes situaron la controversia por medio de sus respectivas acciones o excepciones, altera el contenido de éstas cambiando su objeto o modificando su causa de pedir* (C. Suprema, 9 de agosto de 1963, R., t. 60, sec. 1º. P.221)” (Considerando segundo, causa rol 4930-2003).

²³ Ibíd., pág. 73.

111. Para este análisis es menester tener presente que la controversia fue situada por las partes en la demanda y la contestación.
112. Ferrovial fundó su demanda en que la decisión adoptada a través del Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, en virtud de la cual se descalificó, entre otras, la “oferta económica” que formuló respecto del Grupo de Obras G1 en el marco de la Licitación, **era jurídicamente errada y carecía de justificación razonable**. Es decir, cuestionó la aplicación que el Coordinador realizó con respecto a las Bases de la Licitación (no su diseño o la existencia de lagunas o la necesidad de haber incorporado la regla de prorrata).
113. En base a lo recién expuesto, esto es, a partir del cuestionamiento a la aplicación realizada por el Coordinador, Ferrovial formuló sus peticiones concretas en orden a **(i)** declarar que mi representado infringió el artículo 3°, inciso primero, del DL 211, por lo expuesto en la demanda, **(ii)** disponer que se dejara sin efecto la descalificación de su oferta económica, ordenando retrotraer la Licitación a la etapa previa de la decisión descalificatoria, e **(iii)** imponer a nuestro representado una multa ascendente a 5.000 unidades tributarias anuales o lo que el H. Tribunal estimare conforme a derecho.
114. Por su parte, el Coordinador contestó la demanda manifestando que su actuar se enmarcó dentro de un proceso reglado y sujeto estrictamente a las Bases de la Licitación y, que en base a la aplicación de lo establecido en ellas, Ferrovial incurrió en un incumplimiento al presentar ofertas económicas para el Grupo de Obras G1 que indicaron para las dos Obras de Ampliación un VI ascendente a la suma de USD\$2, cuestión que infringía la obligación de que las ofertas internalizaran los costos necesarios, reales y razonables que conllevaba la construcción y ejecución de tales obras.
115. Pues bien, definida la competencia específica del H. Tribunal, la Sentencia incurre en el vicio de *ultra petita*, por cuanto acoge la demanda de Ferrovial **incorporando de oficio una defensa fuera de su competencia específica**, esto es, que el Coordinador debió haber aplicado en la Licitación el mecanismo de prorrato previsto en los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento, y, en consecuencia, impone a nuestra representado una multa ascendente a 500 unidades tributarias anuales.
116. De este modo, la Sentencia incurrió en el vicio denunciado al fundar su decisión en un hecho distinto del alegado en la demanda, por cuanto altera y se aparta del sustento fáctico en que Ferrovial la construyó.
117. En efecto, como ya señalamos, Ferrovial cuestionó la aplicación que el Coordinador realizó respecto de las Bases de la Licitación, sosteniendo que a partir de ello adoptó una decisión errada y carente de justificación razonable.

118. Si uno observa la Sentencia, puede fácilmente constatar que la decisión reprochada no se funda en ninguno de los hechos alegados por Ferrovial en su demanda, sino en uno diverso consistente en que el Coordinador no aplicó el mecanismo de prorratoe contenido en el Reglamento, existiendo así una manifiesta discrepancia e incongruencia entre lo alegado por la demandante y el elemento en que se funda la condena impuesta por el H. Tribunal a nuestro representado.

II.4. El Coordinador actuó con estricto apego a las Bases de la Licitación, tal como fue ratificado por la Comisión Nacional de Energía, el Ministerio de Energía y, finalmente, por la CGR que tomó razón del Decreto N°15 T

119. Es un hecho plenamente acreditado en el proceso y que el H. TDLC soslaya en forma completamente injustificada, que el Coordinador actuó con estricto apego a las Bases de la Licitación, cuestión que fue reconocida y validada por todos los órganos públicos con competencia en materia eléctrica que participación en la Licitación (CNE y Ministerio de Energía), así como por la CGR, que en definitiva tomó razón del Decreto N°15 T.
120. Al efecto, consta en autos el Oficio Ord. N°869/2023 (“Oficio N°869/2023”) de la CNE, en que la referida entidad señala que las ofertas económicas presentadas por Ferrovial no se ajustaron a lo exigido en las Bases de la Licitación, pues éstas en ningún caso cubren los costos que razonablemente implica la ejecución de las obras. El Oficio N°869/2023 señala lo siguiente:

Adicionalmente, y atendido el tenor de lo expuesto en la presente causa, en opinión de esta Comisión la oferta realizada por Ferrovial para las obras de ampliación incluidas en el Grupo de Obras G1, no se encuentra conforme con lo exigido en las bases de la licitación pública internacional elaboradas por el Coordinador para el proceso en comento, en adelante, las “Bases de Licitación”. Al efecto, la referida oferta en ningún caso cubre los costos que razonablemente implica la ejecución de las obras, los cuales fueron determinados por esta repartición pública a partir de los análisis de factibilidad técnica y valorización de los proyectos de expansión que le corresponde realizar de acuerdo con lo establecido en el artículo 90 del Decreto N° 37 del Ministerio de Energía, de 25 de mayo de 2021, Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Transmisión.

121. A su vez, el Ministerio de Energía, en su Oficio N°1590 que también rola en autos, manifestó que “*no se aprecia —al menos preliminarmente— un vicio de derecho que afecte la presunción de legalidad del Decreto N° 15T y que, en consecuencia, permita dar inicio al procedimiento de invalidación en comento*”.
122. Asimismo, consta en autos que la CGR tomó razón del Decreto N°15 T, sin embargo el H. TDLC, pese a hacer mención de lo anterior en la Sentencia, no emitió pronunciamiento alguno en orden a establecer los efectos de aquello. Esto es relevante, pues justamente el H. Tribunal ha cuestionado (como si se tratase de un órgano competente para controlar la legalidad de actos

licitatorios) que el Coordinador no observó aquellas disposiciones del Reglamento que regulan la aplicación de la regla del prorratoe en el marco de la Licitación.

123. Lo anterior no resulta baladí, toda vez que la CGR al haber tomado razón del Decreto Supremo N°15 T significó que no advirtió vicio de ilegalidad en él, pues, de lo contrario, debió haber representado el mismo y no haberle dado curso, conforme al mandato constitucional establecido en el artículo 99 de la CPR. En efecto, el artículo 99 de la CPR dispone que²⁴:

“En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara”.

124. En efecto, recordemos que la CGR corresponde al órgano de control encargado de realizar el trámite de toma de razón de los actos administrativos, el que constituye un control preventivo de juridicidad, que otorga eficacia a los actos administrativos examinados y que, por lo mismo, puede resultar impeditivo para dicho otorgamiento, en el supuesto de que el referido acto adolezca de un vicio de ilegalidad que deba ser representado²⁵. De este modo, la CGR mediante la toma de razón vela por el respeto integral de todo el ordenamiento jurídico.
125. De hecho, para el caso concreto relativo a la observancia de un cuerpo reglamentario, como lo es el Reglamento, se ha establecido que “(...) si durante el examen preventivo de juridicidad

²⁴ Por su parte, el Decreto N°2421, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, establece en su artículo 10º que: “*El Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer, dentro del plazo de quince días contados desde la fecha de su recepción, que el Contralor podrá prorrogar hasta por otros quince días, si existiesen motivos graves y calificados, mediante resolución fundada. No obstante, deberá darles curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros*”.

²⁵ Así las cosas, la toma de razón no constituye un control meramente especulativo o un simple juicio contemplativo, que se limita a constatar la antijuricidad detectada o a dejar constancia de la irregularidad cometida por un órgano del Estado, sino que, por el contrario, “*se concreta en la posibilidad de impedir el acceso a la vida jurídica de las decisiones no conformes a Derecho, y ello a través del ejercicio de poderes jurídicos impeditivos, de inhibición del proyecto de acto...sometido a control jurídico, poderes jurídicos impeditivos que se traducen en su representación*”. Iván Aróstica Maldonado. El trámite de toma de razón de los actos administrativos, p. 149. En: Revista de Derecho Público, disponible en: <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43539>. Por lo mismo, si se constata alguna ilegalidad de que pueda adolecer el acto administrativo en examen, la CGR se abstiene de darle curso y procede a devolver –sin tramitar– el acto administrativo a la autoridad emisora, efectuándose su “representación”.

por la toma de razón se detecta que un acto administrativo singular es contrario a una disposición reglamentaria, debe ser representado y no procede darle curso”²⁶.

126. En definitiva, según se ha establecido desde antaño por parte de la CGR, “*Producida la toma de razón de un decreto o resolución, ese pronunciamiento adquiere plena eficacia, tanto para la Administración como para los administrados o personas a quienes afecta, conforme a la presunción de legitimidad que deriva de ese pronunciamiento*”²⁷.
127. En la especie, la CGR al haber tomado razón del Decreto T 15, tuvo especialmente presente que la Licitación se rigió por las disposiciones específicas contenidas en las Bases elaboradas por el Coordinador, en conformidad a la competencia que le otorga el artículo 95 de la LGSE. En efecto, la CGR señaló lo siguiente:

La Contraloría General ha dado curso al decreto de la suma, que "fija derechos y condiciones de ejecución y explotación y fija empresas adjudicatarias de la construcción y ejecución, de las obras contempladas en los decretos exentos N°s 185 y 229, ambos de 2021, del Ministerio de Energía", teniendo especialmente presente que el procedimiento licitatorio respectivo se rigió por las disposiciones específicas contenidas en las bases elaboradas por el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, en conformidad a la competencia que le otorga el artículo 95º de la Ley General de Servicios Eléctricos.

128. En ese marco, el órgano contralor concluyó expresamente que en la Licitación se respetaron las disposiciones específicas contenidas en las Bases, las cuales constituyen el instrumento del bloque de legalidad que delimita el marco jurídico por el que debe regirse el Coordinador, circunstancia que impide la actuación discrecional y con ello la configuración de cualquier ilegalidad o arbitrariedad en el desarrollo de dicho procedimiento. En otras palabras, e hipotéticamente, el Coordinador sí habría incurrido en una ilegalidad que debía ser representada por la CGR si, apartándose de las Bases de la Licitación, hubiere aplicado una regla de proporcionalidad no prevista en las referidas Bases.
129. Lo anterior también quedó establecido en lo señalado por la CGR al momento de pronunciarse sobre la presentación efectuada por Ferrovial, relativa a la Resolución Exenta N°815, de 2022, de la CNE, que aprobó el informe técnico denominado “*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*”, pues en dicho pronunciamiento el referido órgano contralor señaló que:

“Precisado lo anterior, es necesario consignar que con ocasión del control previo de juridicidad al que fue sometido el referido decreto N° 15T, esta entidad fiscalizadora -en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales,

²⁶ Ibid., p. 142.

²⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N°82.374, de 1966.

consagradas en los artículos 98 y siguientes de la Constitución Política de la República y en la ley N° 10.336, y habiendo ponderado las consideraciones manifestadas por el recurrente procedió a tomar razón con alcance del señalado decreto, por encontrarse ajustado a derecho”.

130. A partir de dicho pronunciamiento, se echa por tierra cualquier alegación de antijuricidad con respecto del Decreto N° 15T (y los actos intermedios, entre los cuales, están las actuaciones del Coordinador) y, en consecuencia, también con respecto a los antecedentes fundantes del mismo, entre ellos, el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, en tanto acto impugnado por Ferrovial en autos. Lo anterior, pues el mencionado decreto es en definitiva el acto de término que reconoce y ratifica las decisiones que los órganos que intervinieron previamente en el proceso licitatorio adoptaron, entre ellos, el Coordinador.
131. Expuesto todo lo anterior, resulta relevante destacar que la decisión del H. TDLC se extralimitó de su marco de competencia, en tanto la entidad competente para realizar el control de legalidad de los actos dictados por el Ministerio de Energía, ya había tomado razón del Decreto 15 T, estableciendo que éste se encontraba ajustado a derecho y, muy especialmente, que la Licitación se había regido por lo establecido en las Bases, cumpliendo a cabalidad con el principio de estricta sujeción a las bases.
132. En efecto, el H. TDLC inobservando lo anterior, estableció en la Sentencia que la Licitación no se habría tramitado conforme al marco normativo aplicable e inentendiblemente habría faltado al principio de estricta sujeción a las bases de licitación pues señala que el Coordinador debió haber aplicado la regla de prorratas a la que ya hemos hecho referencia a pesar de no estar incluida en las Bases de la Licitación elaboradas por el Coordinador en virtud del mandato legal que le encomienda tal función. Dicho pronunciamiento no sólo escapa del marco competencial del H. Tribunal, sino que también deja en evidencia una falta total de deferencia técnica hacia el Coordinador en lo que respecta a la manera en que éste diseña las bases de los procesos de licitación que la ley le ha ordenado instruir, lo que resulta más grave aún si se tiene presente una vez más que la demanda formulada por Ferrovial, que fijó la competencia específica del H. TDLC, no contiene un cuestionamiento al diseño de las Bases de la Licitación o a la falta de aplicación del mecanismo del prorrateo.
133. En relación con el alcance formulado por la CGR a propósito de la toma de razón del Decreto N° 15T, cabe destacar que este, por un lado, no asevera que el mecanismo de prorrateo debió aplicarse en la Licitación y, por otro lado, únicamente se refiere a los procesos de licitación que en el futuro se instruyan y en los que, obviamente, corresponda aplicar el mecanismo de prorrateo en conformidad a lo dispuesto en el Reglamento, pero en modo alguno incide en la legalidad de la Licitación, pues, tal como ha sido expuesto precedentemente, mal podría

haberse tomado razón del Decreto N°15 T si hubiese existido un cuestionamiento en tal sentido²⁸.

134. Lo anterior se logra constatar a partir del tenor expreso del alcance formulado por el ente contralor, pues éste indica que:

Sin perjuicio de lo anterior, ese ministerio deberá adoptar las medidas que correspondan a los efectos de cautelar que en lo sucesivo se dé aplicación cabal a lo preceptuado en los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del decreto N° 37, de 2019, del Ministerio de Energía, que aprueba reglamento de los sistemas de transmisión y de la planificación de la transmisión.

135. A mayor abundamiento, se puede observar del párrafo citado que el alcance fue formulado al Ministerio de Energía, entidad que es un tercero extraño a este litigio, ya que, según consta en autos, no fue emplazada en el presente juicio por Ferrovial.

136. Todo lo expuesto, fue ratificado por el Ministerio de Energía, quien en el Oficio N°1590, de fecha 7 de diciembre de 2023, señaló lo siguiente:

“En este contexto, el Decreto N° 15T constituye el acto final del procedimiento administrativo, el cual fue sometido al control de legalidad ante la Contraloría General de la República, lo que culminó con la toma de razón del mismo, gozando desde entonces, de presunción de legalidad. Esto último constituye una “suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales y constitucionales, que es perfecto, y que tiene, por tanto, valor y eficacia jurídica”.

En el contexto antes descrito, es importante señalar que, ante un eventual pronunciamiento favorable a las pretensiones formuladas por Ferrovial que pudiese restar eficacia y/o afectar la presunción de legalidad del Decreto N° 15T, el Ministerio de Energía, de forma preliminar, debería revisar el referido acto administrativo, teniendo en consideración alguna de las vías de extinción de éste contempladas en el ordenamiento jurídico, es decir, la revocación o la invalidación”.

²⁸ En tal sentido, en relación con lo indicado por Carlos Carmona en su informe en derecho acompañado por Ferrovial a estos autos con fecha 14 de agosto de 2023 (fojas 217), cabe precisar que si bien los actos dictados por el Coordinador no se encuentran directamente controlados en su legalidad por la CGR, dicho control sí es ejercido con respecto al proceso de licitación en su conjunto mediante la revisión de los actos administrativos que los órganos públicos intervenientes en él dictan, los cuales tienen como antecedente fundante las decisiones adoptadas por el CEN en el marco de la Licitación, siendo esta entidad la que propone qué oferente es quien deberá adjudicarse el Grupo de Obras respectivo en base a la evaluación económica que realiza conforme a las reglas y criterios estipulados en las Bases. Por lo mismo, la CGR no podría tomar razón de un acto administrativo si éste se funda en una decisión adoptada por el CEN que no se hubiese apegado a la legislación aplicable.

137. En definitiva, habiéndose efectuado el control de legalidad del Decreto N° 15 T por parte de la CGR y, en ese contexto, habiéndose tomado razón de este, dicho acto administrativo goza de eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico.
138. **Aquello, supone asimismo que los actos intermedios y antecedentes fundantes del referido Decreto N° 15 T también se encuentran ajustados a derecho, pues, atendiendo la relevancia de ellos con respecto al mencionado Decreto N°15T (evaluación de las ofertas económicas que motivó posteriormente la adjudicación refrendada en el Decreto), en ningún caso se habría tomado razón de él si se hubiese advertido una ilegalidad en sus antecedentes fundantes.**
139. Finalmente, cabe dejar muy en claro que la decisión del Coordinador de descalificar a Ferrovial y los motivos esgrimidos para aquello obedecen única y exclusivamente a la estricta aplicación de las Bases a que se sujetó el proceso, y no a presiones o influencias de ningún tercero, como se planteó por Ferrovial y se insinúa por el H. TDLC sin fundamento alguno en su Sentencia.

II.5. La regla de prorratoe prevista en el Reglamento no tiene aplicación en la Licitación

140. Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, resulta necesario destacar que, a pesar de no haber formado parte de la discusión del procedimiento ante el H. TDLC, el análisis que hace el H. Tribunal respecto de la presunta aplicabilidad a la Licitación de la regla de prorratoe prevista en los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento **es jurídica y técnicamente errado, pues no se cumplen los requisitos que establece el referido cuerpo reglamentario para ello.**
141. El artículo 135 del Reglamento establece que, si el Coordinador decide en el ámbito de su discrecionalidad técnica, agrupar una o más Obras de Ampliación y Obras Nuevas sujetas a franja preliminar con el objeto de licitarlas y adjudicarlas conjuntamente, **sin aceptar ofertas individuales para cada obra**, se deben usar los VI referenciales de los Decretos de Expansión para prorratoear el valor adjudicado del respectivo grupo de obras, a fin de incorporarlos en los contratos de adjudicación respectivos. En efecto, el artículo 135 del Reglamento indica lo siguiente:

“Artículo 135.- El Coordinador podrá agrupar una o más Obras de Ampliación y Obras Nuevas y Obras Nuevas sujetas a franja preliminar con el objeto de licitarlas y adjudicarlas conjuntamente, identificando en las respectivas bases los grupos de obras a licitar y su correspondiente conformación. Para ello, el Coordinador podrá considerar las características de los proyectos, su zona geográfica de emplazamiento, y la valorización referencial de los mismos, entre otros. El Coordinador deberá procurar que en la agrupación de obras que efectúe no se

generen grupos de proyectos menores o aislados, que por su relación de cuantía respecto de los otros grupos creados, los deje en una posición de desmedro.

En los casos establecidos en el inciso precedente, los proponentes podrán presentar ofertas por uno o más grupos de obras, o por una o más obras individuales o, simultáneamente, por grupo(s) y por obra(s) en forma individual. Sin perjuicio de lo anterior, el Coordinador podrá señalar en las bases de licitación los grupos de obras respecto de los cuales no se aceptará la presentación de ofertas individuales, a objeto de asegurar la adjudicación conjunta de ese grupo de obras.

En el caso de aquellos grupos de obras respecto de los cuales el Coordinador haya determinado que no aceptará la presentación de ofertas individuales por cada obra, se deberán utilizar los V.I. referenciales establecidos en los respectivos Decretos de Expansión para prorratear el valor adjudicado del grupo de obras, a efectos de que los valores resultantes sean incorporados en los respectivos contratos.

Las bases establecerán las demás condiciones necesarias para la aplicación del presente artículo”.

142. Luego, el inciso final del artículo 147 del Reglamento dispone que:

“En caso que el adjudicatario de un grupo de obras, se determinará el V.I. o V.A.T.T. de cada obra, según corresponda, a prorrata de los respectivos montos de valorización referenciales determinados en el Proceso de Planificación, conforme lo indicado en el Artículo 91.- del presente reglamento”.

143. Conforme se desprende de las disposiciones citadas, para efectos de que la mencionada regla de prorrateo resulte aplicable en una licitación pública deben cumplirse los siguientes supuestos:

- (i) Que el Coordinador agrupe Obras de Ampliación y Obras Nuevas, identificando en las respectivas bases los grupos de obras a licitar y su correspondiente conformación.
- (ii) Que el Coordinador establezca en las bases de la licitación que no se aceptará la presentación de ofertas individuales para cada obra.

144. En la especie, si bien el Coordinador agrupó la Obra Nueva con dos Obras de Ampliación, el Coordinador, en ejercicio de sus atribuciones y en el ámbito de su discrecionalidad técnica, decidió establecer en las Bases de la Licitación que los oferentes **debían presentar ofertas**

económicas individuales para cada una de las obras comprendidas en un determinado Grupo de Obras, y no sólo para algunas, de modo tal que el mecanismo de prorratoeo no fue contemplado ni resultaba aplicable a la Licitación *sub-lite*. Así se estableció expresamente en el numeral 8.5.1 de las Bases de la 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*”.

145. En efecto, uno de los requisitos para que aplique la solución de prorratoeo, es que el Coordinador haya agrupado las obras exigiendo la presentación de una sola oferta por el grupo de obras licitados, de modo que este valor único ofertado por el grupo de obras proceda luego a ser prorratoeado en base a los VI referenciales. Ese supuesto en la Licitación no concurre, porque en ella justamente se exigieron ofertas individuales para todas y cada una de las obras comprendidas en el Grupo de Obras –y no, como erróneamente indica Ferrovial, un “valor global”–, de modo que no existe un valor único ofertado a ser prorratoeado.
146. Por lo tanto, la hipótesis para aplicar la regla de prorratoeo del artículo 135, inciso tercero, del Reglamento, no se da en la especie. Dicha norma tiene aplicación en los casos en que el Coordinador “*haya determinado que no aceptará la presentación de ofertas individuales por cada obra*” y en este caso se determinó que las ofertas debían ser individuales, esto es, debía indicarse “una oferta económica para la Obra Nueva y una por cada Obra de Ampliación”.
147. A mayor abundamiento, bajo el supuesto de ser aplicable el mecanismo del prorratoeo, por exigirse la presentación de una sola oferta por el grupo de obras licitado –y no ofertas individuales– las bases de la licitación respectivas necesariamente debieron contemplar una formula clara y objetiva a través de la cual efectuar el cálculo de prorratoeo de las ofertas presentadas. En otras palabras, si bien el Reglamento en el ya citado artículo 135 previene que “*se deberán utilizar los V.I. referenciales establecidos en los respectivos Decretos de Expansión para prorratoear el valor adjudicado del grupo de obras*”, este ejercicio supone necesariamente definir y explicitar en las bases correspondientes una fórmula que permita implementar el referido prorratoeo, puesto que existen varias fórmulas distintas posibles para realizar dicho prorratoeo usando los VI referenciales.
148. Es precisamente por lo anterior que el inciso final del artículo 135 del Reglamento establece que “*Las bases establecerán las demás condiciones necesarias para la aplicación del presente artículo*”, condiciones que no se encontraban comprendidas en las Bases de la Licitación, pues justamente tales bases no estaban diseñadas para que fuese aplicable la regla de prorratoeo por los motivos ya señalados.
149. Esta última circunstancia fue establecida en la propia Sentencia en su considerando centésimo, al indicar que “*Finalmente, el último reglón del artículo señala que las bases establecerán el*

resto de las condiciones necesarias para dar aplicación al prorratoe descrito, elementos que no se encuentran en las Bases de la Licitación de 2022”.

150. Sin embargo, a pesar del reconocimiento precedente, la Sentencia del H. TDLC sostiene acto seguido que si bien las Bases no incluyen “*aquellos parámetros necesarios para estimar un valor de inversión a partir del V.A.T.T. ofertado, éstos podían suplirse adoptando ciertos supuestos, como una tasa de retorno referencial para la obra nueva, como la que se indicó para las obras de ampliación, similar a lo adoptado en la Minuta Ohmio, que calculó los valores resultantes de la aplicación del prorratoe sobre la oferta de Ferrovial*” (considerando centésimo primero). Es decir, el H. TDLC plantea que el Coordinador debería haber decidido la Licitación en base a *ciertos supuestos* –del todo opinables–, conforme a una minuta elaborada por una consultora privada, presentada *ex post* y que ni siquiera formó parte de las Bases.
151. Lo que el H. Tribunal parece soslayar es que los supuestos considerados por la consultora Ohmio en su Minuta para efectos de sugerir una fórmula de prorratoe constituyen una de las varias formas en que podría procederse a efectuar tal operación, y una de las tantas fórmulas que podrían determinarse al efecto.
152. En la misma línea, cabe destacar que la necesidad de que el guarismo se encuentre establecido en las Bases se funda en que los proponentes deben conocer de ante mano cuál será la regla que se utilizará para la evaluación de sus ofertas, pues de otro modo se vulneraría lo establecido en el artículo 142 del Reglamento, que establece que “*El proceso de evaluación efectuado por el Coordinador deberá permitir que cada una de las alternativas y el resultado de la licitación sea totalmente reproducible a partir de los antecedentes entregados por los proponentes. Los resultados de la evaluación serán de dominio público al momento de publicarse las actas de evaluación de las ofertas económicas respectivas en el sitio web del Coordinador*”.
153. Por otro lado, y en una demostración adicional de cómo la Sentencia salió de la competencia del H. TDLC, es que, frente a la constatación que no existía regla de prorratoe y, consiguientemente, “*las demás condiciones necesarias para la aplicación del presente artículo (Prorratoe)*”, los sentenciadores hacen una labor de **integración de las Bases de Licitación** (... *éstos podían suplirse adoptando ciertos supuestos, como una tasa de retorno referencial para la obra nueva...*). Al discurrir de esta forma queda en evidencia que: **(i)** la Sentencia no está resolviendo la imputación de Ferrovial de errada aplicación de las Bases de Licitación; **(ii)** está efectuando una labor de integración contractual y no de interpretación contractual, y **(iii)** si bien el literal a) del artículo 26 del DL 211 lo faculta para “*Modificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley*”, dicha facultad no puede ejercerla en forma oficiosa.

154. Hechas estas prevenciones, es menester enfatizar que las Bases de la Licitación establecen claramente que los proponentes debían presentar ofertas individuales por todas y cada una de las obras que compongan el respectivo grupo en base a los condicionamientos dispuestos en los Decretos N°229 y N°185, procurando que cada oferta correspondiente a cada una de las obras pertenecientes al grupo internalice por sí misma los costos que conlleve su ejecución.

155. Lo anterior se refleja en el numeral 4.4.1 de las Bases, el que luego de establecer que no se aceptarán propuestas que sólo incluyan Obras Nuevas u Obras de Ampliación, precisa que los interesados “**deberán presentar Propuestas por todas las obras comprendidas en estos**”. Este es el sentido en que las Bases de la Licitación califican a los grupos de obras como “indivisibles”, es decir, se refiere a que los grupos no pueden dividirse y, por tanto, no resultaba admisible presentar ofertas individuales por solo algunas de las obras comprendidas en el grupo respectivo, sino que había que presentar ofertas individuales por todas y cada una de ellas:

Los interesados en presentar una Propuesta por los Grupos de Obras Condicionadas señaladas en la Tabla 4 deberán considerar que dichos grupos indicados son de carácter indivisible. En virtud de lo anterior, no se permitirá Propuestas que solo incluyan Obras Nuevas u Obras de Ampliación para los grupos de Obras Condicionadas indicados. De esta manera, los interesados en participar en dichos grupos deberán presentar Propuestas por todas las obras comprendidas en estos.

156. Lo expuesto es consistente con la forma requerida en las Bases de la Licitación para entregar la oferta económica del respectivo Grupo de Obras, donde los proponentes debían indicar un precio individual por cada obra, **y no un precio global por el grupo de obras**, como erróneamente lo menciona Ferrovial en su demanda. Aquello se evidencia con claridad en el numeral 8.5.1 de las Bases, ya citado.

157. A mayor abundamiento, en el formulario dispuesto para la presentación de las “Ofertas Económicas de Grupos de Obras Condicionadas” (Documento E-1 de la Licitación), se incluyeron cuadros diferenciados para la presentación de las ofertas económicas de la Obra Nueva y para las Obras de Ampliación. Es decir, cada obra recibió su oferta económica de forma independiente, individualizada con casilleros independientes.

158. A continuación, se presenta la oferta presentada por Ferrovial para el Grupo de Obras G1 en la Licitación sub-lite que da cuenta del VATT ofertado para la obra “Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nuevas Lagunas – Kimal”; y de los VI ofertados para las Obras de Ampliación “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá – Lagunas, Tramo Nueva Lagunas – Laguna” y “Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)”:

Oferta presentada por Ferrovial para el Grupo de Obras G1

Oferta Económica para las Obras Condicionadas

21_229-185_OC_G01

Señor
 Ernesto Huber Jara
 Director Ejecutivo del Coordinador Eléctrico Nacional

De nuestra consideración,

Victor Carvajal Vieyte y a Juan Andrés Cebreiro, representantes del proponente Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA presentamos 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	11.711.536	1.406.811	13.118.347

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	1
Ampliación en S/E Kimal 500 KV (IM)	1

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 99º de la Ley General de Servicios Eléctricos, modificado por la Ley N°20.936.

Firmado digitalmente por
 VICTOR YARIN CARVAJAL
 VIEYTE
 Fecha: 2022-06-29 10:45:48
 -04'00'

Firmado digitalmente por
 Juan Andrés Cebreiro
 Fecha: 2022-06-29
 10:40:35 -04'00'

Victor Carvajal Vieyte

Juan Andrés Cebreiro

159. Como se observa de la referida imagen, el formulario de oferta considera valores independientes para la oferta de cada obra y en particular se destaca que la forma de ofertar para la Obra Nueva considerada en el grupo difiere de la forma de ofertar para las Obras de Ampliación. En particular la Obra Nueva se ofertó por VATT junto con el detalle de AVI (retribución por la inversión) y el COMA, en contraste con la oferta de las Obras de Ampliación que se ofertan por Valor de Inversión. Así, el Documento E1 recién extractado de la Licitación considera valores separados en base a la distinta naturaleza de las obras comprendidas en el grupo.

160. Dado que en este caso el Coordinador determinó que las ofertas debían indicarse en forma individual (una por cada obra), la regla de prorrato prevista en los artículos 135, inciso tercero, y 147, inciso final, del Reglamento, sencillamente, no se aplica.

161. Cabe agregar que la oferta de Ferrovial es consistente con su aceptación de las Bases de Licitación, ya que, ni al hacer la oferta – ni antes, ni después – ha discutido la validez de tales Bases, al punto que formuló ofertas individuales, aun cuando dichas ofertas hayan sido descalificadas pues el precio de USD\$1 por cada Obra de Ampliación, no internalizaba los costos y, jurídicamente, no era una oferta seria. Lo que resulta demostrativo que la Sentencia

es incongruente con lo sostenido por las partes y sus peticiones concretas.

162. La indicada estructura contrasta notoriamente con la contemplada en procedimientos licitatorios en que el Coordinador ha agrupado obras exigiendo la presentación de una sola oferta por el grupo de obras licitado y, consecuentemente, ha incorporado expresamente en las bases respectivas la aplicación del mecanismo del prorrato. Tal es el caso, a modo de ejemplo, de la licitación de obras de ampliación no condicionadas a obras nuevas asociadas al Decreto Exento N°185, cuyo formulario de oferta considera la entrega de un solo valor de VI para todas las obras del grupo, el cual de acuerdo con lo dispuesto en esas bases de licitación debía ser prorratoeado en base al Valor de Inversión referencial de cada obra de ampliación, tal y como se puede apreciar en la imagen reproducida a continuación:

Oferta presentada en el Proceso de Licitación de Obras de Ampliación DE 185/2021



Documento E-1: "Oferta Económica"

Santiago, 13 de abril de 2022

Señores
Coordinador Eléctrico Nacional
 Apoquindo 4501, Piso 6, Las Condes
Presente

De mi consideración,

Nataniel Toro Alarcón, en representación de **B.BOSCH S.A.**, presenta a continuación el valor correspondiente a la Oferta Económica por la Construcción y Ejecución del siguiente Grupo de Obras de Ampliación contenidas en el Decreto Exento N°185 de 2021 del Ministerio de Energía.

ID Grupo	ID Proyecto	Nombre de la Obra	VI Ofertado [USD]
Grupo 1	21_185_OA_07	Ampliación en S/E Nueva Pichirropulli 220 kV (IM)	6.030.234
	21_185_OA_26	Ampliación en S/E Pichirropulli (RTR ATMT)	

El valor total señalado anteriormente está en Dólares de los Estados Unidos de América y no incluye el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.).

Nataniel Toro Alarcón
 Representante del Proponente

163. En la imagen superior se observa que el formulario de oferta considera un solo casillero para el valor de VI ofertado para el grupo. En particular, se destaca que para los casos de licitación de grupos de obras de ampliación no condicionadas con obras nuevas, el Coordinador establece en sus bases de licitación el formulario E-1 con un único casillero para indicar el valor del VI

ofertado por el grupo de obras licitado, el cual es luego prorrateado en base a los valores de VI referenciales de cada obra según lo dispuesto en el respectivo Decreto de Expansión²⁹.

164. En definitiva, conforme lo expuesto en este apartado, la regla de prorrateo no resulta aplicable en la especie, toda vez que no se cumplen los requisitos establecidos en el Reglamento para ello, pues las Bases de la Licitación exigieron a los proponentes presentar ofertas individuales para todas y cada una de las obras comprendidas en el respectivo grupo y no una sola oferta cuyo valor pueda ser prorrateado. De este modo, si el Coordinador hubiese aplicado el mecanismo de prorrateo habría significado una vulneración a lo establecido en las Bases. Asimismo, lo establecido por el H. TDLC demuestra una grave falta de deferencia técnica con el Coordinador respecto al diseño de Bases escogido, el que, reiteramos una vez más, no ha sido objeto de cuestionamiento por ningún actor.
165. Expuesto todo lo anterior, cabe destacar que en consideración de la disímil naturaleza de las Obras, el Coordinador consideró necesario una adecuada valorización individual de cada obra incluida en el Grupo de Obras G1, de modo de permitir, en particular en las Obras de Ampliación, que los costos de construcción, de cumplimiento de legislación de prevención de riesgos, laboral y ambiental, y de Inspección Técnica de Obras, entre otros, queden correctamente reflejados en el precio del contrato a suscribir entre el propietario transmisor y el adjudicatario, para la gestión del cumplimiento de la normativa sectorial, medioambiental y laboral asociada a la construcción y/u operación de las Obras.

II.6. El criterio fundante de la resolución del H. Tribunal implicaría vulnerar el principio de estricta sujeción a las Bases, expresamente aplicable al Coordinador en conformidad a lo dispuesto por el artículo 127 del Reglamento

166. La decisión adoptada por el H. Tribunal, relativa a que se debió aplicar el mecanismo del prorrateo en la Licitación, pese a que no concurrían los requisitos para su aplicación y a que, consecuentemente, las Bases no lo contemplaban, más allá de ser incongruente y adolecer del vicio *ultra petita*, conlleva que el Coordinador infrinja tales Bases y con ello el principio de estricta sujeción a las mismas –al cual debía sujetarse la Licitación y que le resulta vinculante por aplicación del artículo 127 del Reglamento–, al exigirle actuar de una manera que no se encuentra comprendida y regladas en las Bases y que, en concreto, significaría modificar los

²⁹ Por eso, para hacer aplicable el mecanismo del prorrateo se requiere un diseño de bases como el ejemplo indicado. No siendo dicho diseño el que se encuentra establecido en las Bases de la Licitación, el Coordinador no podría haber aplicado tal mecanismo.

precios incorporados en las respectivas ofertas económicas presentadas por los oferentes para el Grupo de Obras G1.

167. Esto último, pues advirtiendo que Ferrovial ofertó para el VATT un valor ascendente a USD\$ 13.118.347 y como VI para ambas Obras de Ampliación un valor ascendente a 2 dólares, al no ser procedente la figura del prorrato en la Licitación, la modificación establecida por el H. Tribunal se traduciría en una alteración de los precios entregados por este y los demás oferentes, cuestión que no está permitida en las Bases.
168. En efecto, **las Bases de la Licitación estipulan expresamente que las ofertas económicas no pueden ser modificadas una vez presentadas**, excepto en casos específicos de ajuste al Valor Máximo que determina la CNE, y que sólo es conocido una vez que se abren las ofertas económicas del proceso respectivo. Este ajuste permite que las ofertas que superan el Valor Máximo, pero que se encuentran dentro del Margen de Reserva, sean ajustadas al Valor Máximo menos 1 USD mediante una declaración jurada, conforme al procedimiento detallado en las Bases de la Licitación en el numeral 10.4.1. Cualquier otra modificación no está contemplada en las Bases de la Licitación y, por lo mismo, significaría vulnerar el principio de estricta sujeción a las bases por parte del Coordinador.
169. Lo anterior, considerando que el H. Tribunal con la aplicación de la prorrata estaría propiciando artificiosamente la modificación de un precio determinado por un precio determinable, afectando asimismo la locación de riesgos del contrato. Lo anterior, sin que existan reglas claras y conocidas *ex ante* por quienes participaron en la Licitación.
170. Además, el H. TDLC sostiene en la Sentencia que si bien las Bases no incluyen “*aquellos parámetros necesarios para estimar un valor de inversión a partir del V.A.T.T. ofertado, éstos podían suplirse adoptando ciertos supuestos, como una tasa de retorno referencial para la obra nueva, como la que se indicó para las obras de ampliación, similar a lo adoptado en la Minuta Ohmio, que calculó los valores resultantes de la aplicación del prorrato sobre la oferta de Ferrovial*” (considerando centésimo primero), sin embargo, el principio de estricta sujeción a las bases no permite al ente licitante incorporar “supuestos” no contemplados en las Bases de la Licitación.
171. Por lo demás, resulta curioso y en cualquier caso absolutamente especulativo e infundado, que el H. TDLC afirme, en el considerando centésimo quincuagésimo primero, “*Que, la adjudicación con el prorrato pudo o no ser aceptada por Ferrovial, pero en el caso que la hubiera rechazado, la situación no habría sido distinta a la que terminó rigiendo, es decir, dejar a ISA como adjudicatario. Sin embargo, los antecedentes con los que contaba el Coordinador eran que con alta probabilidad Ferrovial la hubiera aceptado*”, en circunstancias

que Ferrovial dejó en claro en su demanda que no persigue la prorrata y que su interés es que la aceptación de su oferta tal y como fue formulada.

172. Cabe indicar que, tal y como explica la doctrina, “*el principio de estricta sujeción a las bases consiste en el apego irrestricto a los pliegos que gobiernan la licitación, esto es, al conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante que regirán el contrato y que regularán la relación jurídica que surgirá entre las partes, incluyendo las etapas previas a su celebración, cuyas bases administrativas contendrán de manera general y/o particular, las etapas, plazos, mecanismos de consultas y aclaraciones, criterios de evaluación, mecanismos de adjudicación y demás aspectos administrativos del proceso*”³⁰.
173. De esta forma, las bases de licitación son una verdadera ley del contrato, por cuanto en ellas se manifiestan las estipulaciones contractuales y se establecen cláusulas que son fuente principal de derechos y obligaciones, tanto de los intervenientes en la licitación como de las partes en la contratación³¹ e incluso son parte de los documentos de interpretación del contrato durante la ejecución y extinción. En este sentido, la doctrina ha entendido que las bases de licitación son aquel cuerpo normativo que disciplina el proceso de selección del contratante³²-³³.
174. Como ya hemos enunciado, el principio de estricta sujeción a las bases resulta plenamente aplicable a los procesos de licitación que lleva adelante el Coordinador. En efecto, el Reglamento dispone que:

“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

³⁰ Juan Carlos Flores. Aspectos críticos de la contratación administrativa. p. 48.

³¹ Excmo. Corte Suprema, 24 de agosto de 2015, rol 1126-2015.

³² Aróstica Maldonado, Iván. “Licitación pública: concepto, principios y tramitación”, en Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, N°13 (2006), p. 298.

³³ La Excmo. Corte Suprema ha precisado respecto de las bases de licitación que: “(...) conforman el estatuto jurídico a que quedan sometidos tanto los oferentes como la Administración en un proceso de licitación, confiriéndoles garantías a las personas que van a contratar con ella, lo que trae aparejado en consecuencia la obligación del oferente y del ente administrativo de ajustarse a las condiciones allí establecidas, restringiéndose así la discrecionalidad del agente administrativo”. Excmo. Corte Suprema, 8 de junio de 2012, rol N°2297-2012.

posterior adjudicación, deberán efectuarse de manera abierta y transparente, de acuerdo a lo establecido en las bases de licitación”.

175. En definitiva, siendo plenamente aplicable en la materia el principio de estricta sujeción a las bases, el Coordinador debe apegar su actuar sólo a lo establecido en ellas, pues de lo contrario estaría incumpliendo el referido principio. Las Bases de la Licitación estipulan que las ofertas económicas no pueden ser modificadas una vez presentadas, excepto en casos específicos de ajuste al Valor Máximo, por lo que el Coordinador no podría haber ejecutado lo establecido por el H. TDLC sin infringir el principio indicado.
176. Finalmente, cabe reiterar que las Bases de la Licitación no fueron cuestionadas por Ferrovial, por lo que lo establecido en ellas no se puede modificar y el Coordinador debe actuar con apego irrestricto a las mismas. De hecho, actuar de la forma pretendida por el H. TDLC habría expuesto al Coordinador a ser demandado por los otros proponentes e incluso por la propia Ferrovial, que expresamente señaló en su oportunidad no pretender la aplicación del mecanismo del prorrato.

II.7 Sobre la errada interpretación que hace el H. Tribunal del apartado 8.5 de las Bases de la Licitación

177. El H. Tribunal se refirió en la Sentencia a la interpretación que debía dársele al concepto de “oferta económica” establecido en el numeral 8.5 de las Bases, señalando que se debía determinar si éste “(a) se limita a la oferta total por un grupo de obras y, por tanto, al valor global de cada propuesta; o (b) se extiende a cada uno de los parámetros o variables que componen la oferta económica por dicho grupo, es decir, el V.A.T.T. y el V.I., según sea el caso” (considerando centésimo undécimo).
178. El numeral 8.5 de las Bases, sección titulada “De la Oferta Económica”, exige, en concordancia con la definición del Precio del Contrato que se indicará luego, 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, por ejemplo, del cumplimiento de la

normativa de carácter ambiental aplicable y el costo de la Inspección Técnica de Obras del proyecto. En efecto, el numeral 8.5 de las Bases indica en lo pertinente que:

8.5 DE LA OFERTA ECONÓMICA

La oferta económica del Proponente que resulte adjudicado constituirá la remuneración de cada Proyecto, conforme con lo establecido en la normativa² que rige la remuneración de las Obras de Expansión. En tal sentido:

- a) En el caso de las Obras Nuevas, el VATT ofertado, junto con su fórmula de indexación³ constituirá la remuneración total de la Obra, y se aplicará, según el artículo 99º de la LGSE, durante cinco (5) períodos tarifarios a partir de su Entrada en Operación, transcurridos los cuales las instalaciones y su valorización deberán ser revisadas y actualizadas en el proceso de la tarificación de la transmisión correspondiente. Las fechas de inicio y término del período de remuneración antes señalado serán establecidas en detalle en el respectivo Decreto de Adjudicación.
- b) En el caso de cada Obra de Ampliación, según lo señalado en el artículo 99º de la LGSE, el VI ofertado por cada una constituirá el Precio del Contrato, el cual será pagado por el Propietario al Adjudicatario mediante Estados de Pagos según cumplimiento de los Hitos de Pago pre establecidos, de acuerdo con lo indicado en las Bases de Ejecución para Obras de Ampliación. Por su parte, el Propietario de la Obra de Ampliación recibirá como remuneración de dicha obra el VATT, compuesto por el AVI más el C.O.M.A. correspondiente, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 99º de la LGSE.

Por lo tanto, en el caso de los Grupos de Obras de Ampliación con más de un Propietario, el Precio del Contrato será el correspondiente VI ofertado por cada Obra.

Los pagos por el servicio de transporte o transmisión a la empresa propietaria de las Obras Nuevas y Obras de Ampliación se realizarán de acuerdo con lo establecido en los artículos 115º y siguientes de la LGSE.

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 internalizarlos 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.

179. El H. Tribunal estableció al respecto que “*carece de lógica que el concepto de “oferta económica” en el numeral 8.5 de las Bases se refiera a cada una de las variables que componen la oferta por un grupo de obras. En efecto, puesto que las normas que regían el proceso de licitación obligaban a aplicar el prorratoe descrito en los artículos 135 y 147 del Reglamento, el V.I. ofertado para cada obra de ampliación no necesariamente sería aquel que se incorporaría en los contratos resultantes de la adjudicación. En ese sentido, no resulta razonable la aplicación de una exigencia –en este caso, la incorporación de los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada en operación– sobre uno o más parámetros que no son los definitivos, y que, eventualmente, cambiarían al ser prorratoeados en proporción a los valores referenciales de cada obra. En consecuencia, es la oferta por el grupo de obras en su totalidad la que, a través del valor global, debía incorporar los costos descritos en el numeral 8.5 de las Bases, de modo que no correspondía al Coordinador realizar un examen sobre el V.I. de un dólar ofertado por Ferrovial*” (considerando centésimo duodécimo).

180. Es decir, el H. Tribunal establece que el requisito de la internalización de los costos comprendido en el numeral 8.5 de las Bases se refiere a la globalidad de la propuesta. Para ello, el análisis realizado por el H. TDLC supone que resulta aplicable el mecanismo de prorratoeo –cuya aplicación, según vimos, no resulta procedente en la especie–, sin hacerse

cargo de la razonabilidad de la decisión adoptada por el Coordinador al respecto, bajo el supuesto de no aplicar el referido mecanismo.

181. Según se ha indicado, el Coordinador adoptó la decisión de descalificar a Ferrovial pues éste incurrió en un incumplimiento grave de lo dispuesto tanto en la legislación eléctrica como en las Bases, al ofertar por cada una de las Obras de Ampliación incluidas en el Grupo de Obras G1 un VI ascendente a USD 1, pues este precio no internalizaba los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de tales obras, contraviniendo con ello aquellas cláusulas de las Bases que dicen relación con los ítems o factores que debe cubrir el precio contenido en una oferta económica presentada en el marco de la Licitación. Asimismo, considerando que dicho VI de USD 1 sería el precio del contrato en modalidad EPC (Engineering, Procurement and Construction) a suscribir entre el adjudicatario y el transmisor propietario de las instalaciones a ampliar con dichas Obras, y que respecto de ese precio se calcularían las garantías, multas, hitos de pago y retenciones del Contrato, de modo que el transmisor propietario quedaría sin las más mínimas herramientas contractuales para caucionar el cumplimiento normativo, medioambiental y, en particular, sin poder aplicar las retenciones que la Ley 20.123 dispone en caso de incumplimientos de obligaciones laborales y previsionales en toda la cadena de subcontratación.
182. Según se ha indicado y conforme se acreditó en autos, el oferente debía presentar una oferta económica por cada una de las obras comprendidas dentro del Grupo de Obras G1. Para ello, cabe destacar nuevamente el requisito establecido en el numeral 8.5.1 de las Bases, relativo al “Documento E-1 Oferta Económica”, a partir del cual Ferrovial debía presentar una oferta económica para cada una de las obras comprendidas en el Grupo de Obras G1, esto es, una oferta económica para la Obra Nueva y una oferta económica para cada Obra de Ampliación.
183. Dicho lo anterior, se advierte que en diversos apartados de las Bases de la Licitación se establece que la oferta económica que presentaba un proponente en la Licitación para cada obra comprendida en el Grupo de Obras G1 debía internalizar los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de las obras, y que, al no internalizar tales costos, se producía un incumplimiento a dichos apartados y, en consecuencia, se caería en una causal que facultaba al Coordinador a declarar la propuesta fuera de Bases. Tal fue el caso de Ferrovial.

184. 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.

185. Como puede desprenderse de la citada definición, además de establecerse que corresponde al valor de la oferta económica del adjudicatario de las obras de ampliación, se señala que “**Dicho precio**” debe comprender todos los ítems o factores que allí se expresan (entre ellos, costos directos, gastos generales y otros costos involucrados en la ejecución de las obras, incluyendo la constitución de servidumbres, la adquisición de terrenos y gestión territorial, permisos, estudios y tramitación ambiental), la inspección técnica de Obras que vela por el cumplimiento de la calidad de las mismas, los cuales claramente no se ven cubiertos por un Valor de Inversión de USD\$ 1 por cada Obra de Ampliación.

186. De este modo, H. Tribunal, ya a partir de la definición propia del Precio del Contrato, correlato del valor que presentó el adjudicatario en la Licitación para la Obra de Ampliación, puede advertirse que éste –individual por cada obra– necesariamente debe comprender los costos expresamente identificados en dicha definición, no siendo facultativo para el proponente señalar un valor que no cumpla con lo que allí se exige, como lo es presentar una oferta con un Valor de Inversión de USD\$ 1 por cada Obra de Ampliación.

187. Luego, el romanillo LXVIII de la sección 3 de las Bases de la Licitación, relativo a la definición que se entrega del Valor de Inversión, 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”.*

188. Conforme lo dispuesto en el artículo 103 de la LGSE, un Valor de Inversión de USD\$ 1 por cada Obra de Ampliación 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 Valor de Inversión de USD \$1 por cada Obra de Ampliación infringe flagrantemente tanto lo dispuesto en las Bases de la Licitación como lo prescrito expresamente por el artículo 103 de la LGSE.

189. Luego y sin perjuicio de lo establecido por el H. TDLC, el incumplimiento de las Bases por parte de Ferrovial puede constatarse a partir de lo dispuesto en su numeral 8.5, ya extractado precedentemente, pues un Valor de Inversión de USD\$ 1 por cada Obra de Ampliación no internalizaba 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 Inspección Técnica de Obras.
190. En definitiva, el H. Tribunal efectuó un análisis sobre el numeral 8.5 de las Bases sólo bajo el supuesto de que resultara aplicable el mecanismo de prorratoe, sin hacerse cargo de la razonabilidad de la aplicación que hizo el Coordinador respecto de las Bases –particularmente de aquellos apartados que ordenaban internalizar los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la ejecución de las obras en cada una de las ofertas– bajo el supuesto de que el referido mecanismo no encuentra aplicación en la Licitación.
191. En este sentido, cabe enfatizar que los apartados de las Bases en comento tienen por objeto cumplir con una de las misiones que el legislador encomienda al Coordinador, como es preservar la seguridad del SEN, en cuanto a velar porque las obras que se adjudiquen sean efectivamente desarrolladas y concluidas en forma oportuna, y con la calidad y cumplimiento normativo que garantice que al conectarse al SEN no vulneren su integridad y la seguridad de su operación.
192. En efecto, en el caso de que la Licitación se hubiese adjudicado a Ferrovial a los valores ofertados, las garantías, multas y retenciones dispuestas en el respectivo contrato de construcción de la Obra de Ampliación que debe suscribirse con el propietario transmisor de la obra ampliada, no aseguraría adecuadamente la construcción y ejecución de las Obras de Ampliación, no sólo en cuanto a su desarrollo en completitud, calidad y oportunidad, sino que con el debido cumplimiento de la legislación laboral, medio ambiental y de prevención de riesgos, dado que al calcularse estas en proporción al precio irrisorio ofertado (USD\$ 1), no habrían constituido un resguardo para que la empresa adjudicataria hubiese dado efectivo y oportuno cumplimiento al contrato de ampliación.

193. Lo anterior, porque la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato y Correcta Ejecución de las Obras corresponde al 10% del precio del respectivo contrato³⁴. 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\$ 0,1³⁵; 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 contrato³⁶. Al respecto, debemos aclarar que dichas garantías y multas se establecen en base a un porcentaje del precio del contrato, no del valor supuestamente prorrateado.
194. Al respecto, la CNE manifestó en el Oficio N°869/2023 el serio riesgo que existiría para la materialización de las obras licitadas, atendido los desincentivos que existirían por la falta de garantías y multas suficientes para resguardar su ejecución. En efecto, dicha autoridad señaló lo siguiente: *“A mayor abundamiento, la adjudicación de una oferta como la realizada por Ferrovial implicaría un serio riesgo para la materialización de las obras, debido a los desincentivos que existirían por la falta de garantías y multas suficientes para resguardar su ejecución, pues estas, en conformidad con lo dispuesto en las Bases de Licitación, deben calcularse como un porcentaje del precio del contrato”*.
195. Lo que se busca, por tanto, a través de este tipo de estipulaciones, es evitar el fenómeno conocido en doctrina como ofertas *lowballing*, es decir, *“aquellas hechas con el fin de ganar y luego renegociar condiciones más ventajosas”*³⁷.
196. El razonamiento del H. Tribunal, además de ser incorrecto por todos los motivos ya consignados, pone demasiado énfasis en la relevancia de la operación económica del sistema, soslayando que esta debe ser necesariamente balanceada con los otros objetivos que deben ser resguardados por el Coordinador, como el ya mencionado de la seguridad, lo que necesariamente implica contemplar en las bases de licitación resguardos que permitan descalificar aquellas ofertas que importen riesgos para el sistema, aun cuando pudieran ser las más económicas en un caso concreto.
197. En otros términos, en una licitación como la de autos, y sin perjuicio de lo ya señalado respecto de que esta demanda no es materia de libre competencia, ésta no es el único bien jurídico en

³⁴ Numeral 5.16.2 titulado “Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato y Correcta Ejecución de las Obras” de las Bases de Ejecución para Obras de Ampliación.

³⁵ Numeral 3.11.1 titulado “Multa por incumplimiento de la Fecha de Término de las Obras” de las Bases de Ejecución para Obras de Ampliación.

³⁶ Numeral 3.11.2 titulado “Multa por incumplimiento de Hitos Intermedios Multables” de las Bases de Ejecución para Obras de Ampliación.

³⁷ Eduardo Engel, Ronald Fischer y Alexander Galetovic, “¿Cómo concesionar una licitación vial urbana?”, p. 13.

juego y debe ser adecuadamente balanceado con los otros bienes jurídicos u objetivos de política pública que el legislador ha encomendado al Coordinador resguardar.

198. Al efecto, la Excmo. Corte ha establecido la necesidad de efectuar esta ponderación, consignando expresamente que el resguardo de la libre competencia “*no es un absoluto*”: “Que, por otra parte, el derecho a la libre competencia no es absoluto y tiene como límite los principios constitucionales de la dignidad humana y de la subsidiariedad, en cuanto el Estado debe crear las condiciones para hacer efectivo el acceso de las personas con menores ingresos de un servicio básico de tecnología de información y comunicación, ampliando progresivamente su cobertura. Así, el concurso encuentra fundamento en dichos principios y tiene por objeto que el Estado en último término logre conseguir la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo mediante la prestación de un servicio, cuya regulación le compete y sobre la cual está habilitado para intervenir con las finalidades expresadas. El esquema de competencia no es perturbado por cuanto no es tocado el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación del servicio referido. El Estado Administrador en el presente caso se vale del modelo o diseño establecido por el legislador para lograr la prestación del servicio, pero también la eficacia de ésta. Vale decir, no sólo debe preocuparse cuando no hay oferta, sino también cuando la que existe no es suficiente y no se presta en condiciones de eficiencia, todo lo cual da soporte a un régimen subsidiado estableciendo un precio máximo que es similar al que rige en el resto del país, dirigido a sectores de la población ubicados en sectores rurales y de bajos ingresos”³⁸.
199. Finalmente, y como hemos señalado, el Coordinador tiene discrecionalidad técnica para elaborar las Bases de la Licitación y, en dicho contexto, adoptar las medidas para resguardar sus objetivos legales – en este caso, la seguridad del SEN y el despacho más económico – lo que modeló a través de ofertas individuales que internalizarán los costos y ciertas obligaciones – como garantías – asociadas a estos precios individuales. El H. TDLC podrá legítimamente opinar que existía otras vías para lograr la consecución de estos resultados – como la regla de prorrata – pero claramente escapa la lógica de libre competencia que una mera opinión de materias de discrecionalidad técnica de otro órgano, lo faculten para actuar de oficio, apartándose de su competencia específica y formulando un juicio de conveniencia técnica.

II.8 No hubo discriminación arbitraria de parte del Coordinador

200. La Sentencia establece que la descalificación de la oferta económica de Ferrovial por el Grupo de Obras G1 carece de justificación razonable y, por ese motivo, la calificó como una acción discriminatoria y arbitraria por parte del Coordinador, que restringió la competencia dentro de la Licitación.

³⁸ Excmo. Corte Suprema, 15 de julio de 2011, rol N°9265-2010.

201. Para lo anterior, el H. Tribunal establece que la oferta económica de Ferrovial “*tuvo un trato desigual por parte del Coordinador, respecto de la forma en que se habían evaluado otras ofertas dentro de procesos licitatorios previos. Por tanto, la descalificación de dicha oferta corresponde a un acto discriminatorio por parte de la Demandada hacia Ferrovial*” (considerando centésimo quinto). Asimismo, el H. Tribunal señaló para efectos de fundamentar el actuar supuestamente discriminatorio del Coordinador que éste “*no consideró la aplicación del Reglamento en la Licitación, debiendo haberlo hecho y estando en conocimiento de aquello, por cuanto una de las empresas participantes –a saber, Transelec– le indicó durante el proceso de evaluación de ofertas económicas las implicancias de los artículos 135 y 147 del Reglamento*” (considerando centésimo decimoquinto), materia sobre la cual ya nos hemos referido precedentemente.

202. Como indicaremos a continuación, el Coordinador no discriminó arbitrariamente a Ferrovial. Por un lado, nuestro representado se limitó a aplicar lo establecido en las Bases a todos los participantes de la Licitación por igual, siendo únicamente Ferrovial quien presentó ofertas económicas valorizadas en USD 1 para cada una de las Obras de Ampliación. Por otro lado, no existen precedentes análogos al presente caso que permitan establecer que el Coordinador actuó de un modo contrario a ellos, pues en ninguno de los procesos en que se licitaron grupos de obras compuestos por Obras Nuevas y Obras de Ampliación, nuestro representado aplicó el mecanismo de prorrato o adjudicó a un proponente que presentó una oferta económica con un valor de USD 1.

II.8.1. El Coordinador sólo se limitó a ejercer potestades regladas, aplicando el mismo marco normativo a todos los participantes de la Licitación

203. En primer lugar, no resulta posible afirmar que el Coordinador haya incurrido en una discriminación arbitraria, 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 ella. Es así como las leyes, reglamentos y Bases de la Licitación fueron aplicadas del mismo modo a quienes se encontraban en la misma situación.

204. Por lo mismo, 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 encuentren en una misma posición, situación que evidentemente no concurrió en el caso de marras.

205. Para lo anterior, cabe destacar que el mercado relevante fue definido por el propio H. Tribunal, estableciendo que “*está compuesto por la licitación de los derechos de ejecución, construcción y explotación, según sea el caso, de las obras de expansión comprendidas en el grupo N° OC_G1 de la Licitación de 2022 (dimensión del producto), dentro de todo el territorio nacional (dimensión geográfica). En dicho mercado, el Coordinador licita los derechos recién señalados a empresas transmisoras (proveedores) para ampliar y entregar el servicio de*

transmisión a los clientes finales del Sistema Eléctrico Nacional (consumidores)” (considerando octogésimo quinto). Siendo, por tanto, en este mercado relevante (la Licitación) donde el H. Tribunal debía analizar las conductas imputadas por Ferrovial, y no en otros (otros procesos de licitación anteriores a la Licitación).

206. El H. TDLC no se hace cargo de que, salvo Ferrovial, todos los demás proponentes que participaron en la Licitación interpretaron la cláusula 8.5 de las Bases y demás apartados atingentes, en forma consistente con la aplicación que le dio el Coordinador y formularon ofertas individuales serias.
207. En efecto, todos los demás oferentes entendieron que debían ofertar un Valor de Inversión que internalizará los costos de la ejecución de cada una de las Obras de Ampliación involucradas, tal como se observa de los siguientes extractos del Acta de Apertura de las Ofertas Económicas de la Licitación:

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		

Oferta	Proponente			
	Transelec S.A.			
Grupo N° 1	Obra Nueva	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
	Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Linea 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 Linea 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			
	Cleo Redes Chile S.A.			
Grupo N° 1	Obra Nueva	AVI (USD)	COMA (USD)	VATT (USD)
	Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Linea 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 Linea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna	3.349.920,88		
Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)		1.765.783,17		

208. Nótese H. Tribunal que los Valores de Inversión ofertados por el resto de los proponentes 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 el USD\$ 1 ofertado por Ferrovial para cada una de estas obras, lo que muestra la falta de racionalidad económica de la oferta de la demandante.
209. En definitiva, el Coordinador no ha discriminado arbitrariamente a Ferrovial pues en el marco de la Licitación se preocupó de actuar con estricto apego a lo establecido en sus Bases y a aplicarlas a todos los participantes del proceso de la misma manera, siendo Ferrovial el único oferente que presentó ofertas económicas que no internalizaron los costos reales, necesarios y razonables de las Obras de Ampliación al entregar un valor para cada una ascendente a USD 1.
- II.8.2 No existen precedentes análogos a la situación de Ferrovial**
210. No existen precedentes en que se hayan licitado Grupos de Obras compuestos por Obras Nuevas y Obras de Ampliación –como el caso de marras—en los que el Coordinador haya aplicado el mecanismo de prorrateo o haya adjudicado a un proponente que presentó una oferta económica de USD 1, por lo que no es posible sostener que existe un actuar discriminatorio o confianza legítima que avale la postura de Ferrovial en el sentido que exista una situación en la que el Coordinador se haya comportado de un modo distinto en una situación análoga y que aquello pueda haber quebrantado la legítima confianza de la demanda, esto último, sin perjuicio de lo que indicaremos luego.
211. El H. Tribunal estableció que Ferrovial “tuvo un trato desigual por parte del Coordinador, respecto de la forma en que se habían evaluado otras ofertas dentro de procesos licitatorios

previos. Por tanto, la descalificación de dicha oferta corresponde a un acto discriminatorio por parte de la Demandada hacia Ferrovial”. Lo anterior no resulta efectivo. Veamos.

212. 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. 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.
213. En segundo lugar, la decisión del CDEC en 2015 (persona jurídica de derecho privado 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, por lo mismo, sus actuaciones no constituyen ni pueden constituir un precedente del 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.
214. 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 respectivo.
215. 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.
216. Al respecto, el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en su informe en derecho titulado “Libre Competencia y Descalificación de una oferta económica en una licitación de ampliación de obras de transmisión eléctrica”, estableció que **no hay acto propio ni confianza legítima en la descalificación hecha por el**

Coordinador.

217. Así, indica el informe, la doctrina del acto propio se funda que hay un hecho que es contradicho por un acto propio, anterior. La contradicción es con una conducta anterior, que debe interpretarse objetivamente de acuerdo con la ley e interpretada de buena fe, que justifica que no se hará valer un derecho o este no existe. En la especie, “*la interpretación que propone Ferrovial no cumple la exigencia anterior, pues implica contravenir la literalidad textual de la reglamentación y las bases de licitación, que ordenan internalizar todos los costos en la oferta económica*”. Así las cosas, **no descalificar la oferta de Ferrovial al no internalizar todos los costos implicaría crear una confianza ilegítima, que el Derecho no ampara**.
218. Por su parte, el informe indica que tampoco hay acto propio ni se generó confianza que merezca protección si la contradicción es con licitaciones en las que no participó Ferrovial. Tal es el caso del proceso de licitación de 2017.
219. Por otro lado, el informe señala que tampoco puede haber “acto propio” en una licitación anterior en la que Ferrovial ofreció un precio de US\$ 1, si el Coordinador no le adjudicó la obra, por lo que se le imputa “confianza” a una pasividad de éste. Tal es el caso del proceso de licitación de 2020.
220. Sobre esto último, como señala Montt, la pasividad no genera confianza legítima y menos en un sector de referencia como el eléctrico. Así, “*el ordenamiento protege la confianza legítima sólo cuando es ‘concreta’, esto es, inducida por actos individualizados de la Administración. Salvo circunstancias excepcionales, el ordenamiento legal -en especial, la pasividad del regulador- no genera expectativas legítimas, menos aún en un sector regulado como la energía*”³⁹.
221. En definitiva, los procesos anteriores a la Licitación distan sustancialmente respecto de ella, por lo que no se cumple el requisito de la uniformidad de circunstancias a la hora de evaluar una variación de comportamiento por parte del Coordinador, lo que, valga destacar, corresponde a una circunstancia que escapa del mercado relevante definido por el propio H. TDLC (la Licitación).

II.9. En subsidio, la multa impuesta debe ser reducida sustancialmente y el Coordinador debe ser eximido del pago de las costas, al no haber sido totalmente vencido

222. En subsidio, y para el evento de que la Excmo. Corte Suprema confirme el criterio del H. TDLC en cuanto a condenar al Coordinador, la multa impuesta por el H. Tribunal, ascendente

³⁹ Santiago Montt, *Constitucionalidad del remedio estructural de desintegración de la distribución mayorista y Minorista en el Mercado del GLP propuesto por la Fiscalía Nacional Económica* (Santiago, 2021), p. 7.

a la suma de 500 Unidades Tributarias Anuales, es decir, casi 400 millones de pesos a la presente fecha, debe ser reducida sustancialmente.

223. Lo anterior, toda vez que, tal y como el H. TDLC reconoce en su Sentencia, el Coordinador es un ente sin fines de lucro, que no obtuvo un beneficio económico a partir de los hechos que se le imputan, que no tiene una capacidad económica análoga a la de una empresa con fines de lucro y que no tiene la calidad de reincidente.
224. Asimismo, como también se consigna en la Sentencia, no puede soslayarse que la principal fuente de ingresos del Coordinador es el Cargo por Servicio Público, el cual, de acuerdo con el artículo 212-13 de la LGSE, es un cobro fijado anualmente por la CNE e incorporado en las cuentas, boletas o facturas que los usuarios finales deben pagar a la empresa distribuidora correspondiente.
225. Por otra parte, en cuanto a la gravedad de la conducta imputada, el H. TDLC la hace residir en la circunstancia que el Coordinador habría desatendido “*uno de los objetivos principales que gobiernan su actuar, a saber, garantizar la operación más económica para el SEN*”, lo que, como hemos explicado, ignora que otro de los bienes jurídicos que el Coordinador debe cautelar, y tan relevante como el anterior, es la seguridad del SEN, de modo que el actuar del Coordinador en todo momento ha tenido por objeto resguardar la totalidad de los objetivos que el legislador le ha mandatado.
226. Finalmente, en cuanto al efecto disuasivo que el H. TDLC invoca para justificar una multa de tal magnitud, este se revela como innecesario y desproporcionado desde el momento que la propia sentencia del H. TDLC reconoce que resulta inoficiosa la solicitud de Ferrovial de ordenar al Coordinador abstenerse de adoptar decisiones como las impugnadas en esta causa.
227. De igual forma, cabe consignar que, al no haber sido totalmente vencido, por cuanto el H. TDLC no acogió todo lo solicitado por Ferrovial en su libelo, no resulta procedente la condena en costas impuesta por el H. TDLC en su libelo, de modo que el Coordinador debe ser eximido del pago de éstas.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto,

SOLICITAMOS AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, tener por interpuesto recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°196/2024, dictada por el H. Tribunal con fecha 23 de octubre de 2024 y notificada a esta parte con fecha 25 de octubre de 2024, con el objeto de que el H. Tribunal conceda el recurso y ordene elevar los autos a la Excma. Corte Suprema, solicitando a la misma que, en base a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos, acoja el

presente recurso, enmendando la Sentencia, disponiendo que se rechaza en todas sus partes la demanda interpuesta por Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA o, en subsidio, reduciendo sustancialmente la multa impuesta por el H. TDLC, y eximiendo al Coordinador del pago de las costas por no haber sido totalmente vencido.

Powered by
 Firma electrónica avanzada
JOSE LUIS CORVALAN
PEREZ
2024.11.08 21:03:47 -0300

Luis
Eduardo
Toro
Bossay

Digitally signed
by Luis Eduardo
Toro Bossay
Date:
2024.11.08
21:10:21 -03'00'

Cristian
Antonio
Dorador
Chepillo

Digitally signed
by Cristian
Antonio
Dorador
Chepillo
Date: 2024.11.08
21:11:02 -03'00'