

Recurso de reclamación

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

José Pardo Donoso y Felipe Hepner Ausin, abogados, en representación de **Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (“ISA”)**, en autos caratulados “*Demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA contra el Coordinador Eléctrico Nacional*”, Rol C N°476-2022, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“H. TDLC” o “H. Tribunal”) respetuosamente decimos:

Que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto Ley N°211 y encontrándonos dentro de plazo legal, interponemos recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°196/2024 (la “Sentencia”), dictada por este H. Tribunal el 23 de octubre de 2024 y notificada por correo electrónico a ISA con fecha 24 de octubre de 2024.

Solicitamos a este H. Tribunal tener por interpuesto el recurso de reclamación, admitirlo a tramitación y elevarlo a la Excelentísima Corte Suprema (“Excma. Corte Suprema”), para que esta conozca de él y enmiende la Sentencia, rechazando totalmente la demanda de Ferrovial Power Infraestructure Chile SpA (la “Demanda” y “Ferrovial”, respectivamente), en virtud de los antecedentes de hecho y de derecho que se exponen a continuación.

RESUMEN EJECUTIVO

1. La Sentencia recurrida acogió parcialmente la demanda de Ferrovial y resolvió: “*DECLARAR que el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional ha infringido el artículo 3° inciso primero del Decreto Ley N° 211; CONDENAR al Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional al pago de una multa a beneficio fiscal, ascendente a 500 unidades tributarias anuales; y CONDENAR en costas al Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional*”.
2. En particular, la Sentencia establece que la descalificación de la oferta económica de Ferrovial por parte del Coordinador Eléctrico Nacional (“CEN”) habría carecido de justificación razonable y, por ende, constituiría una acción discriminatoria y arbitraria que habría restringido la competencia en la licitación.
3. Lo anterior, en opinión del H. TDLC, se basa en que el CEN:

- Habría interpretado incorrectamente el numeral 8.5¹ de las bases administrativas generales (“Bases”) de la Licitación Pública Internacional para la Adjudicación de los Derechos a la Explotación de Obras Nuevas fijadas por Decreto Exento N°229/2021 y los Derechos de Construcción de las Obras de Ampliación fijadas por Decreto Exento N°185/2021, ambos del Ministerio de Energía (la “Licitación”)²;
 - No habría prorrateado los valores ofertados por Ferrovial, según se regularía en el Decreto N°37 que Aprueba el Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Transmisión (el “Reglamento”)³.
4. Sin embargo, como se dará cuenta en esta reclamación, la Sentencia se equivoca en su análisis, pues durante el proceso ante el H. TDLC se acreditó que: **(i)** el CEN, y según fue confirmado por múltiples autoridades durante el proceso, cumplió con las Bases de la Licitación al descalificar a Ferrovial; y **(ii)** no correspondía aplicar las normas del prorrateo en la Licitación, en tanto no se verificaban los supuestos del Reglamento para aplicarlo.
 5. La prueba rendida en autos permite concluir que el CEN no incurrió en conductas arbitrarias, discriminatorias o atentatorias a la libre competencia. Por el contrario, el CEN se limitó a cumplir con las Bases de la Licitación. Ante la manera en que Ferrovial presentó su oferta económica, el CEN no podía sino descalificarla del proceso de Licitación.
 6. En otras palabras, el CEN no incurrió en conducta anticompetitiva alguna al ejercer sus facultades. Simplemente dio cumplimiento a los principios de legalidad y de estricta sujeción a las bases que rigen su actuar.
 7. Adicionalmente, la Sentencia vulneró el principio de congruencia y el derecho de la defensa, pues resolvió este litigio acudiendo a la aplicación de las normas del prorrateo contenidas en el Reglamento, acogiendo además la Demanda en base a una interpretación incorrecta de dichas normas.
 8. Dicha alegación no formó parte de la Demanda de Ferrovial. Es decir, el prorrateo establecido en el Reglamento no formó parte de la litis y fue una alegación que Ferrovial comenzó a

¹ El numeral 8.5 de las Bases, denominado “De la Oferta Económica” dispone: “[...] *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*”.

² Considerando centésimo undécimo, centésimo duodécimo y centésimo decimoséptimo de la Sentencia.

³ Considerandos centésimo duodécimo y centésimo decimotercero de la Sentencia.

invocar recién a propósito de la tercera solicitud de medida cautelar⁴. Es decir, más de siete meses después de presentada la Demanda. Es más, el prorrateo no sólo no formó parte de la litis, sino que además la Sentencia interpretó incorrectamente el Reglamento y las normas que regulan el prorrateo.

9. Finalmente, respecto de la solicitud de Ferrovial de dejar sin efecto la descalificación de la oferta económica de Ferrovial, ordenándose al CEN a retrotraer el proceso de Licitación, la Sentencia recurrida rechazó correctamente dicha solicitud de invalidación.
10. Al respecto, la Sentencia estimó que los perjuicios que generaría la invalidación superarían de manera sustantiva los supuestos beneficios. Dicha solicitud es contraria al interés común, tal como fue reafirmado por el H. TDLC.
11. En efecto, la Sentencia advirtió correctamente que una solicitud como esta afecta el interés común, *“por cuanto podría generar un retraso en la entrada en operación del grupo de obras en cuestión, sin que los posibles beneficios de la medida superen sustantivamente los perjuicios económicos de un atraso en estas obras”*⁵.
12. Para este propósito, la Sentencia consideró el informe emitido por la Comisión Nacional de Energía (“CNE”), que se refirió al impacto económico que tendría en el sistema eléctrico nacional una pérdida en la eficiencia operacional, a consecuencia del atraso en la puesta en marcha del Grupo de Obras G1. De acuerdo a la CNE, un atraso de 12 meses en la puesta en marcha del Grupo de Obras G1 generaría pérdidas en el sistema eléctrico nacional por 48 millones de dólares⁶.
13. Lo anterior, sin considerar los perjuicios que se generarían para los titulares de las obras que fueron adjudicados a terceros de buena fe. En el caso de ISA, como tercero adjudicatario por el CEN y luego por el Ministerio de Energía, ha debido incurrir en una serie de costos e inversiones relevantes para cumplir dentro de plazo con las obligaciones asumidas en el marco de la Licitación, tal como se desarrollará en esta presentación.

⁴ Presentación de Ferrovial que rola a folio 227 de estos autos.

⁵ Sentencia, considerando centésimo trigésimo. Énfasis añadido.

⁶ Señala en este sentido la CNE: *“al considerar la actualización a esta fecha de los antecedentes utilizados en el ITF 2020 dentro de los cuales se considera el aumento en los costos de combustibles, la mayor generación de energía renovable en el entorno del Grupo de Obras G1, las variaciones en las proyecciones de demanda y la actualización de la Planificación Energética de Largo Plazo (PELP), esta Comisión estimó que las pérdidas, en términos de aumento de los costos de operación del sistema eléctrico fluctúan entre los 15 y 48 millones de dólares aproximadamente, para 6 y 12 meses de atraso, respectivamente”*.

I. La Sentencia se equivoca en su análisis: se acreditó en este proceso que el CEN actuó en conformidad con las Bases. Ello fue confirmado en este proceso por la Contraloría General de la República, el Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía.

14. Excmá. Corte Suprema, la Demanda de Ferrovial debe rechazarse en todas sus partes y, en consecuencia, la Sentencia debe ser enmendada conforme a derecho. El CEN descalificó correctamente la oferta económica de Ferrovial, ya que ésta incumplía las Bases para la Licitación, al ofertar para la ejecución en modalidad EPC (diseño, ingeniería, suministros necesarios, construcción y puesta en servicio) de cada una de las dos obras de ampliación del Grupo de Obras G1 una suma de USD 1 (un dólar estadounidense) por cada uno de estos proyectos.
15. Tal como fue establecido por el CEN, la oferta de Ferrovial no internalizaba los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de tales obras.
16. Por lo tanto, el CEN no incurrió en una conducta anticompetitiva, arbitraria o discriminatoria. Simplemente se limitó a cumplir con las Bases. Al respecto, la sección 10.5.1 (“*Declaración Fuera de Bases de las Propuestas*”) de las Bases habilitan al CEN para declarar fuera de Bases una determinada propuesta bajo ciertas circunstancias claramente determinadas y regladas, entre ellas, cuando: “*i. La Propuesta está condicionada o no cumple con las Bases de Licitación*” (énfasis agregado).
17. Pues bien, lo cierto es que tal como establece el CEN, la oferta económica de Ferrovial incumplió, al menos, las siguientes disposiciones de las Bases: (i) Sección 8.5 De la oferta económica⁷; (ii) Sección 3 Definiciones y abreviaturas, romanillo xlvii⁸; (iii) Sección 3 Definiciones y abreviaturas, romanillo lxxviii⁹; y (iv) sección 7.1 *Precio del Contrato* de las Bases de Ejecución de Obras de Ampliación¹⁰.

⁷ Esta exigencia de las Bases dispone 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*” (énfasis agregado).

⁸ Esta sección establece que el 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.*” (énfasis añadido).

⁹ Para efectos de definir el Valor de Inversión, las Bases se remiten al artículo 103 de la Ley General de Servicios Eléctricos. Dicha norma dispone: “*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 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*” (énfasis agregado).

¹⁰ Dicho documento consta a folio 36, y en él se establece que: “*El Precio del Contrato considera todos los costos directos e indirectos, gastos generales, utilidad, imprevistos, responsabilidades, riesgos y otros costos de cualquier clase o naturaleza involucrados en la ejecución de las Obras, así como la ITO, y todos los gastos para las instalaciones, obras*

18. En este sentido, y al entender de esta parte, la oferta económica presentada por Ferrovial para las obras de ampliación (de 1 USD para cada obra) no internaliza los costos económicos asociados a las mismas. Ello, tal como fue advertido por el CEN en el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas al señalar “el numeral 8.5 de las Bases Administrativas Generales, disposición que exige que la Oferta Económica internalice todos los costos, incluyendo expresamente entre ellos a aquellos de carácter ambiental y el costo de la ITO del proyecto, en el VI para la ejecución de las Obras de Ampliación”¹¹.
19. Adicionalmente, esta oferta individual de 1 USD no permitía construir el “Precio de los Contratos”, y habría generado efectos nocivos para al sistema eléctrico nacional, los usuarios finales y los titulares de las obras a ser ampliadas¹².
20. Excm. Corte Suprema, las exigencias establecidas en las Bases resultaron ser claras para todos los demás oferentes que participaron de la Licitación. Prueba de ello es que ninguno de los otros oferentes del Grupo de Obras G1 ofertó un Valor de Inversión (“V.I.”) igual o cercano a 1 USD para la ejecución de las obras de ampliación.
21. En definitiva, el CEN se rigió estrictamente por sus facultades establecidas en la Ley General de Servicios Eléctricos (“LGSE”), el Reglamento y lo expresamente establecido en las Bases. Por lo tanto, ante un incumplimiento de las Bases por parte de Ferrovial, el CEN no tenía otra alternativa que descalificar su oferta económica. Y así lo hizo.
22. Aunque resulte obvio señalarlo, no puede configurarse una conducta anticompetitiva a partir del ejercicio conforme a derecho de las facultades del CEN, quien dio estricto cumplimiento a las Bases, respetando los principios de legalidad y estricta sujeción a las bases.

provisorias y obras anexas, tales como instalaciones de faenas, habilitación de yacimiento y escombreras de materiales, accesos, señalización, desvíos provisorios, trabajos con líneas vivas, generación de respaldo, laboratorios de autocontrol del Contratista, honorarios y gastos asociados al uso de equipos. Esto es, incluye el costo de todos los trabajos que ejecutará el Contratista y que están relacionados con el diseño, la ingeniería básica y de detalles, la fabricación y suministro de Equipos y Materiales Incorporados, las obras en terreno como la construcción y montajes, terminaciones, pruebas y puesta en servicio, capacitación en operación y mantención especificados en el Contrato, o que razonablemente deban inferirse como pertenecientes a él. Si fuera el caso, incluye el costo de la constitución de servidumbres, la adquisición de terrenos y gestión territorial, permisos, seguros, estudios y tramitación medioambiental, entre otros” (énfasis agregado).

¹¹ Demanda de Ferrovial, segundo otrosí, numeral 27.

¹² Solo a modo de ejemplo: (i) en vista de que la totalidad de la remuneración de Ferrovial hubiese estado asociada a la ejecución de la obra nueva (salvo por USD 1 (un dólar estadounidense) por cada obra adicional), hubieran existido incentivos para que Ferrovial destinase su tiempo y recursos en las obras nuevas, dejando abandonadas, o no ejecutando en tiempo y forma las obras de ampliación; (ii) se habría impedido al CEN poder supervisar de manera efectiva el cumplimiento de las obras. Ello, en tanto las multas por incumplimientos por parte de Ferrovial en las obras de ampliación se habrían tenido que basar en el precio del contrato. Así, de haber abandonado Ferrovial las obras de ampliación o de haber incurrido en retrasos, el CEN sólo podría haber aplicado multas de 1,5% del precio del contrato por semana de atraso con tope del 10% del contrato, es decir, multas de entre 1,5 centavos de dólar hasta 10 centavos de dólar (desde 12 a 90 pesos chilenos aproximadamente); (iii) se habría afectado al titular de las obras a ser ampliadas, en tanto la remuneración que habría recibido Transelec por la mantención y operación (COMA) de las obras de ampliación hasta el año 2029 habría sido calculada en base al 1,6% del V.I, es decir, de 1,6 centavos de dólar por obras de ampliación, es decir, aproximadamente 14 pesos chilenos; y (iv) se habría generado un importante problema con las garantías a ser acordadas entre Ferrovial y el dueño de las obras. Al igual que en el caso de la remuneración, estos elementos también se basarían en la suma de USD 1 (un dólar estadounidense). Así, las garantías asociadas al correcto cumplimiento del contrato se habrían basado en el 10% del V.I., es decir 10 centavos de dólar (aproximadamente 90 pesos).

23. Excm. Corte, esto fue confirmado en forma unánime y por todos los otros organismos que, con posterioridad a la descalificación de Ferrovial, participaron del proceso administrativo de la Licitación. Es decir, por la CNE, el Ministerio de Energía y por la Contraloría General de la República (“Contraloría”).
24. En efecto, la Contraloría, el 13 de junio de 2023, al pronunciarse sobre el Decreto N°15T de 2022 del Ministerio de Energía (“Decreto 15T”)¹³, y luego de haber revisado los antecedentes, **concluyó que el Decreto 15T se encuentra ajustado a derecho y, por ende, procedió a tomar razón.**
25. Hay que considerar que el Decreto 15T fue el acto administrativo que dio término al procedimiento de adjudicación de las obras de la Licitación. Mediante dicho decreto se fijaron los derechos y condiciones para la explotación de las obras nuevas y de las obras de ampliación (entre las que se encuentran las obras adjudicadas a ISA, nuestra representada).
26. Según se explicita en la toma de razón, la Contraloría concluyó *“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 95° de la Ley General de Servicios Eléctricos”*¹⁴.
27. En el mismo sentido se encuentra la Resolución N°E359099 emanada de la Contraloría, de fecha 20 de junio de 2023¹⁵, mediante la cual rechazó la solicitud de dictamen solicitada por la propia Ferrovial¹⁶. Dicho rechazo se basó en que el Decreto 15T se encontraba ajustado a derecho¹⁷.
28. En simple: la Contraloría concluyó que: **(i)** se dio cumplimiento a las Bases de la Licitación; y **(ii)** el Decreto 15T emanado del Ministerio de Energía se ajustó a derecho.
29. Ello, como resulta evidente, contradice abiertamente lo sostenido por el H. TDLC en la Sentencia.

¹³ La Publicación en el Diario Oficial de esta toma de razón de fecha 16 de junio de 2023 consta a folio 143.

¹⁴ En la toma de razón, la Contraloría señaló también 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”*. Como aparece de manifiesto, este alcance es *“sin perjuicio”* de que la Contraloría haya constatado que el procedimiento licitatorio se rigió por las bases, y se refiere a la aplicación de estas disposiciones *“en lo sucesivo”*.

¹⁵ Este antecedente consta a folio 144, ofrecido en la presentación de folio 149.

¹⁶ Ferrovial buscaba con esta solicitud que la Contraloría declinase tomar razón del Decreto 15T, en tanto habría un supuesto vicio asociado a la circunstancia de que en el informe técnico de la CNE no se incorporó la descalificación de su oferta económica.

¹⁷ La Resolución señaló: *“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, 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”* (énfasis añadido).

30. Pero la Contraloría no fue el único organismo que concluyó que el proceso relativo a la Licitación se ajustó a derecho. El Ministerio de Energía, mediante Oficio Ordinario N°1590 de 7 de diciembre de 2023, en respuesta a solicitud de este H. Tribunal¹⁸ señaló de manera categórica que:

“Ajuicio de esta Cartera de Estado, el Decreto N° 15T fue dictado en virtud de una razón de interés público —correspondiente a la expansión del sistema eléctrico nacional— encontrándose ajustado al ordenamiento jurídico vigente, no sólo por su presunción de legalidad sino también por estar tomado de razón por la Contraloría General de la República en virtud de su control de juridicidad, generando derechos adquiridos en el patrimonio de cada uno de los adjudicatarios de obras en él contenidos —quienes se encuentran de buena fe realizando inversiones para la correcta ejecución de los proyectos—, toda vez que ingresaron a sus patrimonios de manera legítima, esto es, cumpliendo con la normativa que rigió el procedimiento licitatorio”¹⁹.

31. En similares términos se encuentra lo señalado por la CNE mediante el Oficio Ordinario N°869 de 19 de diciembre de 2023. En este sentido, la CNE informó ante el H. TDLC que:

“[...] 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 [...] Al efecto, la referida oferta en ningún caso cubre los costos que razonablemente implica la ejecución de las obras”²⁰.

32. Es decir, Excmá. Corte, **todos estos organismos** —la CNE, el Ministerio de Energía y la Contraloría— **están contestes en que el actuar del CEN en el proceso de la Licitación se ajustó a las Bases y al ordenamiento jurídico.**

33. Por lo demás, como se ha acreditado en estos autos, tanto el CEN, como la CNE, el Ministerio de Energía y la Contraloría decidieron rechazar de manera consistente las presentaciones y alegaciones realizadas por Ferrovial ante cada uno de dichos órganos. Es decir, todos los órganos que participaron del procedimiento administrativo de adjudicación y que culminó con la publicación del Decreto 15T, rechazaron los cuestionamientos de Ferrovial.

34. Cabe también señalar que la acción de protección interpuesta por Ferrovial en contra del CEN, basada en los mismos hechos que se discuten en estos autos, fue igualmente rechazada.

¹⁸ Según consta en resolución de 2 de noviembre de 2023, de folio 302.

¹⁹ Ministerio de Energía, Oficio Ordinario N°1590 de 7 de diciembre de 2023, pp. 5-6, folio 322. Énfasis añadido.

²⁰ Comisión Nacional de Energía, Oficio Ordinario N°869 de 19 de diciembre de 2023, folio 335. Énfasis añadido.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago lo declaró inadmisible por considerar que lo denunciado se trataba de un conflicto de naturaleza contractual²¹, decisión que fue posteriormente confirmada por la Excm. Corte Suprema, al pronunciarse respecto del recurso de apelación que Ferrovial interpuso en contra de dicha decisión²², entendiendo, por tanto, que no existía una vulneración a una garantía constitucional que diera lugar a esta acción, como lo es la igualdad ante la ley.

35. En este contexto, la actuación del CEN cumplió con las obligaciones establecidas en la LGSE y su Reglamento, en su rol de organismo encargado de identificar los incumplimientos de las Bases²³. En el ejercicio de sus funciones, el CEN debe asegurar el cumplimiento de las Bases en lo que respecta a la operación, planificación y expansión de la transmisión, en tanto éstas se encuentren vinculadas con la operación del sistema eléctrico.
36. Basta revisar los distintos procesos realizados por el CEN para confirmar que tampoco incurrió en una conducta discriminatoria, como sostiene Ferrovial: ninguno de los procesos en que se licitaron grupos de obras compuestas por obras nuevas y de ampliación se adjudicó a un proponente que presentara un valor de 1 USD. Adicionalmente, en ningún proceso de obras de ampliación se adjudicó una oferta con un V.I. de USD 1.
37. De este modo, es posible concluir en base a la evidencia rendida en autos, que la Sentencia incurre en un error al concluir que el CEN actuó de manera anticompetitiva, arbitraria o discriminatoria.
38. Por el contrario, al descalificar a Ferrovial, el CEN se limitó a dar aplicación a las Bases y al ordenamiento jurídico, tal como reafirmaron en forma unánime y categórica todas las autoridades sectoriales que participaron en el proceso de la Licitación (CNE, Ministerio de Energía y finalmente la Contraloría).

II. La Sentencia yerra doblemente en su análisis: no correspondía dar aplicación a las normas del prorrateo en la Licitación.

39. Excm. Corte Suprema, mediante la Sentencia, el H. TDLC también vulneró el principio de congruencia y el derecho a la defensa del CEN y de ISA. Ello, en tanto resolvió el presente litigio y decidió condenar al CEN al pago de una multa a beneficio fiscal, aplicando

²¹ Mediante resolución de fecha 14 de octubre de 2022, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en el Ingreso N°109550-2022. La resolución sostuvo que “*Los hechos descritos en la presentación, y en particular sus peticiones, exceden las materias que deben ser conocidas por el 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*”.

²² Resolución de fecha 18 de noviembre de 2022, dictada por la Excelentísima Corte Suprema en la causa rol N°137.843-2022.

²³ Véase, en ese sentido, artículo 136 del Reglamento y artículo 72-6 y siguientes de la LGSE.

incorrectamente las normas del prorrateo establecidas en los artículos 135 y 147 del Reglamento²⁴.

40. Lo anterior, a pesar de que ello no formó parte de la Demanda ni de la contestación del CEN. Dicha alegación fue recién invocada por Ferrovial a propósito de la tercera solicitud de medida cautelar que realizó al H. Tribunal²⁵. Es decir, siete meses después de presentada la Demanda y habiéndose concluido la etapa de discusión.
41. En consecuencia, la Sentencia interpreta los artículos 135 y 147 del Reglamento para concluir que el CEN, al no aplicar el prorrateo regulado en dichos artículos, habría infringido la normativa de libre competencia.
42. Sin embargo, la Sentencia, al momento de analizar el artículo 135 inciso tercero del Reglamento, interpreta erróneamente dicha disposición, desatendiendo su tenor literal. En efecto, esta norma señala en su inciso tercero lo siguiente:

“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”²⁶.

43. Como aparece de manifiesto en dicha disposición, el prorrateo es aplicable sólo respecto de los grupos de obras donde el CEN haya determinado que no aceptará la presentación de ofertas individuales por cada obra.
44. **Excma. Corte Suprema, la Licitación -de acuerdo con lo dispuesto en sus Bases- no se trató del caso descrito en dicha norma.** Es decir, no calza con el supuesto de hecho contenido en el Reglamento respecto del prorrateo. En efecto, en la Licitación, y en conformidad con las Bases, los proponentes debían presentar ofertas individuales por cada obra. Las Bases señalan al respecto:

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

²⁴ En este sentido, concluye la Sentencia: “Que, de este modo, el Coordinador 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 (véase, considerando quincuagésimo tercero)”.

²⁵ Presentación de Ferrovial que rola a folio 227 de estos autos.

²⁶ Énfasis añadido.

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 Condicionadas²⁷”.

45. En este sentido, en la oferta económica presentada por Ferrovial -que sigue el formato del Documento E-1: Oferta Económica” de las Bases, aparece de manifiesto que Ferrovial presentó una oferta por cada una de las obras:

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

Fuente: Demanda de Ferrovial, segundo otrosí, numeral 21.

46. A pesar de esto, la Sentencia, en el considerando centésimo, en que analiza la aplicabilidad del prorrateo respecto de las Bases, comienza la cita del artículo 135 inciso tercero del Reglamento omitiendo el comienzo de la disposición, que señala explícitamente que dicha norma es aplicable sólo “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”.

47. Así, la Sentencia señala a continuación que “*fluye de la norma transcrita que, luego de resultar adjudicada una oferta, los valores de inversión referenciales asociados a las obras de un grupo deberán utilizarse para repartir o distribuir proporcionalmente el valor global de dicha oferta*”²⁸.

48. El H. TDLC termina concluyendo que “*En el caso de autos, todos los supuestos [para dar aplicación al prorrateo] se cumplen para el grupo N° OC_G1 de la Licitación de 2022, por*

²⁷ Sección 8.5.1 denominada “Documento E-1: ‘Oferta Económica’” de las Bases.

²⁸ Considerando centésimo de la Sentencia.

lo que el artículo 135 del Reglamento debía ser aplicado a efectos de determinar los valores a ser incorporados en los respectivos contratos”²⁹.

49. Excma. Corte Suprema, **la conclusión del H. TDLC es incorrecta. Dicha interpretación sólo se sostiene si se analiza la norma del prorrateo del artículo 135 inciso primero del Reglamento de manera incompleta, tal como fue transcrita en el considerando centésimo de la Sentencia por parte del H. TDLC.**
50. Es decir, dicha interpretación se sostiene si se omite la primera parte de dicha disposición, la que claramente dispone que el prorrateo no puede ser aplicado a licitaciones como la de la especie (como la de las Bases de la Licitación), donde existen diversas obras y existe un deber de presentar ofertas individuales para cada una de ellas.
51. Esta interpretación es, por lo demás, consistente con la práctica del CEN. En este sentido, en los procesos previos -e incluso posteriores- en que se licitaron grupos de obras compuestas por obras nuevas y obras de ampliación, el CEN no aplicó el prorrateo. Lo anterior, por no ser aplicable conforme al texto de las bases de licitación que rigieron esos procesos y tampoco necesario, puesto que las bases exigieron a cada oferente indicar el valor de cada obra que formaba parte del grupo de obras³⁰.
52. Ferrovial participó de los procesos previos referidos en el párrafo anterior -cuyas bases eran sustancialmente equivalentes a las Bases de la Licitación. De tal manera, Ferrovial estaba en conocimiento de que el prorrateo no era aplicable a la Licitación.
53. A mayor abundamiento, en la evidencia presentada por Ferrovial, queda claro que en los únicos procesos en que el CEN aplicó el prorrateo fueron aquellos donde se licitaron conjuntamente obras de ampliación -y no obras nuevas con obras de ampliación como en la Licitación- respecto de las cuales: **(i)** se exigió una única oferta para el grupo de obras (motivo por el cual se hacía necesario prorratear para asignar un valor a cada obra); y **(ii)** las mismas bases así lo dispusieron.
54. Sin perjuicio de la interpretación de la regla de prorrateo adoptada por el H. Tribunal, y aun si dicha regla se aplicara según la interpretación (errada según el concepto de esta parte) del H. TDLC, **en el presente caso su aplicación no era posible y habría sido ilegal.**
55. Esto se debe a que la regla de prorrateo solo puede aplicarse a aquellas ofertas económicas que hayan sido válidamente presentadas y que, por lo tanto, cumplan con las disposiciones

²⁹ Considerando centésimo primero de la Sentencia. Información entre corchetes añadida por claridad.

³⁰ Véase adjudicación de los procesos licitados conforme al Decreto N°231/2019, Decreto N°198/2019, Decreto N°185/2020, Decreto N°229/2021, Decreto N°257/2022, todos del Ministerio de Energía.

establecidas en las Bases de Licitación. La oferta de Ferrovial no cumplió con los requisitos necesarios para considerarse válida según las Bases³¹, por lo que no podía ser incluida en la evaluación económica junto a las ofertas que sí cumplían con dichas exigencias.

56. Es más, si en aplicación del artículo 135 del Reglamento, el CEN hubiese prorrateado las ofertas para cada una de las obras de Ferrovial, tal como sostiene el H. TDLC, en nuestro entendimiento, dicho actuar habría sido ilegal. Esto, porque habría actuado fuera de Bases (infracción al principio de estricta sujeción a las bases) y habría aplicado la regla del prorrateo del artículo 135 del Reglamento para un supuesto de hecho no contemplado en dicha norma.
57. En conclusión, la Sentencia incurre en un error al aplicar el prorrateo del artículo 135 del Reglamento a una licitación que, conforme a sus Bases, exige ofertas individuales para cada obra. Esta interpretación vulnera el principio de congruencia y el derecho a defensa del CEN, al fundamentarse en un supuesto que no fue objeto del debate inicial y fue introducido recién en una solicitud de medida cautelar por Ferrovial, luego de cerrada la etapa de discusión procesal.

III. De acogerse la demanda de Ferrovial en todas sus partes, implicaría retrotraer los efectos de la adjudicación de la Licitación. Las ineficiencias para el sistema eléctrico nacional serían gravísimas.

58. Finalmente, cabe referirnos al único aspecto que la Sentencia resolvió correctamente. Como es altamente probable que Ferrovial persevere en su intención de retrotraer los efectos de la adjudicación de la Licitación, resulta necesario exponer brevemente los graves perjuicios que ocasionaría para el sistema eléctrico nacional una modificación de la Sentencia por parte de esta Excma. Corte Suprema en los términos solicitados por Ferrovial.
59. De acogerse íntegramente el petitorio de la Demanda de Ferrovial, se deberían retrotraer los efectos de la Licitación, a lo menos hasta el momento previo a la descalificación de la oferta económica de Ferrovial. Es decir, retrotraer los efectos al 14 de diciembre de 2022.
60. Esto no sólo implicaría realizar una nueva licitación, sino que también impactaría al CEN, a la CNE y al Ministerio de Energía, organismos que dictaron los actos administrativos posteriores.
61. Si esta Excma. Corte Suprema llegase a acceder a ese petitorio, los costos para el sistema eléctrico nacional y la certeza jurídica serían enormes. Y también, como esta parte sostuvo

³¹ Atendido lo señalado en el punto 8.5 y el inciso xlvii del punto 3 de las Bases, y demás menciones de las mismas ya citadas en esta presentación.

durante el procedimiento ante el H. TDLC, la Demanda de Ferrovial adolece en este aspecto del vicio de omisión de litisconsorcio pasivo necesario impropio, vicio que fue incorrectamente rechazado por la Sentencia³².

62. En cuanto a los costos para el sistema, la CNE informó, a solicitud del H. TDLC, sobre el impacto económico que tendría en el sistema eléctrico nacional una pérdida en la eficiencia operacional a consecuencia del atraso en la puesta en marcha del Grupo de Obras G1.
63. En el informe, la CNE señala que el objetivo de las obras que componen el Grupo de Obras G1 es *“incrementar la capacidad de transporte para la evacuación de la generación existente en la zona y/o para asegurar el abastecimiento de la demanda de las comunas de María Elena, Pozo Almonte, Iquique y Pica en el mediano y largo plazo”*³³.
64. De acuerdo a la CNE, un atraso de 6 meses en la puesta en marcha del Grupo de Obras G1 generarían pérdidas en el sistema eléctrico nacional por 15 millones de dólares, mientras que un atraso de 12 meses generaría pérdidas por 48 millones de dólares³⁴⁻³⁵.
65. Incluso uno de los testigos llamados a declarar por la propia Ferrovial se refirió a estos efectos nocivos, al señalar que: *“[...] de acuerdo con los supuestos considerados en la evaluación de esa obra, un retraso podría traer como consecuencia... vertimientos de energía renovable, pérdida de suministro de algún cliente ¿ya?, o elevación de los costos de la energía”*³⁶.
66. La Sentencia consideró y recogió correctamente estas consideraciones³⁷. Al respecto, concluyó:

“Que, sobre la base de los antecedentes analizados precedentemente, se concluye que la medida solicitada por la Demandante, consistente en la

³² En este sentido, la Demanda de Ferrovial solicita que se deje sin efecto la descalificación de la oferta económica de Ferrovial, ordenándose retrotraer la Licitación. Para que esta sanción pueda ser implementada, se requeriría necesariamente de la participación del Ministerio de Energía y la Comisión Nacional de Energía, en tanto son los órganos que dictaron los actos administrativos posteriores a la descalificación del CEN. Es decir, la sanción solicitada afectaría necesariamente a estos dos órganos de la Administración del Estado. ISA advirtió durante la tramitación del procedimiento al H. TDLC sobre el vicio de omisión de litisconsorcio pasivo necesario impropio en el que incurrió la Demanda al no haber emplazado a estos dos organismos, y las posibles alternativas de ineficacia procesal en que se incurriría al acoger el petitorio de Ferrovial en todas sus partes, a saber: (i) absolución de la instancia, (ii) nulidad de la Sentencia, y (iii) inoponibilidad de la Sentencia. Esta alegación fue incorrectamente desechada por el H. Tribunal. Así se indica en el Informe en Derecho Raúl Núñez Ojeda, acompañado a folio 238 de estos autos.

³³ Comisión Nacional de Energía, Oficio Ordinario N°869 de 19 de diciembre de 2023, folio 335.

³⁴ Señala en este sentido la CNE: *“al considerar la actualización a esta fecha de los antecedentes utilizados en el ITF 2020 dentro de los cuales se considera el aumento en los costos de combustibles, la mayor generación de energía renovable en el entorno del Grupo de Obras G1, las variaciones en las proyecciones de demanda y la actualización de la Planificación Energética de Largo Plazo (PELP), esta Comisión estimó que las pérdidas, en términos de aumento de los costos de operación del sistema eléctrico fluctúan entre los 15 y 48 millones de dólares aproximadamente, para 6 y 12 meses de atraso, respectivamente”*.

³⁵ A mayor abundamiento, estas estimaciones ni siquiera consideran los retrasos y costos que se generarían por la obtención de las autorizaciones ambientales. En el caso de ISA, ha tenido que realizar una gran cantidad de campañas a lo largo de un año (considerando que se requiere la realización de estudios durante las cuatro estaciones del año).

³⁶ Declaración testimonial de Andrés Guzmán, que consta a folio 262.

³⁷ En este sentido, ver considerandos centésimo vigésimo a centésimo trigésimo.

invalidación del Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, trae consigo efectos contrarios al interés común, por cuanto podría generar un retraso en la entrada en operación del grupo de obras en cuestión, sin que los posibles beneficios de la medida superen sustantivamente los perjuicios económicos de un atraso en estas obras y, en consecuencia, un retraso en el cumplimiento de la Planificación de la Transmisión para el SEN. Por consiguiente, no se acogerá la solicitud de dejar sin efecto el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de la Licitación de 2022, en lo que respecta al grupo de obras N° OC_GI”³⁸.

67. Excma. Corte Suprema, todas estas estimaciones de pérdidas ni siquiera consideran los perjuicios que se generarían para la certeza jurídica y los titulares adjudicados de buena fe, como es el caso de ISA, nuestra representada.
68. ISA, como tercero adjudicatario de buena fe, ha debido incurrir en una serie de costos para cumplir en tiempo y forma con las obligaciones asumidas en el marco de la Licitación. Así, tal como lo ha señalado el Ministerio de Energía en estos autos el Decreto 15T ha generado “*derechos adquiridos en el patrimonio de cada uno de los adjudicatarios de obras en él contenidos —quienes se encuentran de buena fe realizando inversiones para la correcta ejecución de los proyectos—, toda vez que ingresaron a sus patrimonios de manera legítima, esto es, cumpliendo con la normativa que rigió el procedimiento licitatorio y sin que hayan tenido injerencia o, eventualmente, conocimiento alguno del origen de la disputa iniciada por Ferrovial en contra del Coordinador*”³⁹.
69. En este sentido, para el fin del presente mes (noviembre de 2024) ISA proyecta haber incurrido en un costo real de más de 15,3 millones de dólares de Estados Unidos de América. Sumado a ello, ya se han adjudicado y/o firmado contratos por aproximadamente 192 millones de dólares de Estados Unidos de América.

POR TANTO,

Al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia pedimos: tener por interpuesto el recurso de reclamación en contra de la Sentencia N°196/2024 dentro del plazo legal, admitirlo a tramitación y elevar los autos ante la Excma. Corte Suprema, con el fin de que, conociendo de este recurso, enmiende la Sentencia N°196/2024 y rechace la demanda de Ferrovial en todas sus partes.

JOSE
ALEJANDRO
PARDO
DONOSO

Digitally signed by
JOSE ALEJANDRO
PARDO DONOSO
Date: 2024.11.07
18:24:56 -03'00'

³⁸ Sentencia, considerando centésimo trigésimo. Énfasis añadido.
³⁹ Ministerio de Energía, Oficio Ordinario N°1590 de 7 de diciembre de 2023, p. 6, folio 322. Énfasis añadido.