
REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA
LIBRE COMPETENCIA

SENTENCIA N° 196/2024

Santiago, veintitrés de octubre de dos mil veinticuatro.

PROCEDIMIENTO: Contencioso
ROL: C N° 476-22
DEMANDANTE: Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA
DEMANDADO: Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional

CONTENIDO

I. PARTE EXPOSITIVA	2
A. DEMANDA DE FERROVIAL POWER INFRASTRUCTURE CHILE SPA	2
B. CONTESTACIÓN DEL COORDINADOR INDEPENDIENTE DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL.....	14
C. TERCERO COADYUVANTE.....	20
D. RESOLUCIÓN QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA	20
E. ANTECEDENTES PROBATORIOS	21
F. INFORMES.....	21
G. SOLICITUD DE INFORMACIÓN AL MINISTERIO DE ENERGÍA Y COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA.....	22
H. VISTA DE LA CAUSA	22
II. PARTE CONSIDERATIVA.....	23
A. ANTECEDENTES NORMATIVOS E INDUSTRIA	23
B. RESUMEN DE LA CONTROVERSIA	29
C. EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA Y LITISCONSORCIO	33
D. HECHOS ESTABLECIDOS EN EL PROCESO.....	40
E. MERCADO RELEVANTE	51
F. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA.....	55
G. DETERMINACIÓN DE MEDIDAS A APLICAR.....	73
III. PARTE RESOLUTIVA	85

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

I. PARTE EXPOSITIVA

VISTOS:

A. DEMANDA DE FERROVIAL POWER INFRASTRUCTURE CHILE SPA

1. A folio 36, Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA (“Demandante” o “Ferrovial”) empresa del giro de inversión, domiciliada en Andrés Bello N° 2711, oficina 1801, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, presentó una demanda en contra del Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional (en adelante, “Demandada” o “Coordinador”), corporación autónoma de derecho público, domiciliada en Parque Isidora N° 1061, comuna de Pudahuel, ciudad de Santiago. La demanda se funda en que la decisión adoptada por el Coordinador, en virtud de la cual descalificó la oferta económica formulada por Ferrovial, 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”, pese a que su oferta económica fue la que presentó el menor valor global de entre todas las ofertas presentadas, constituye un acto que impide, restringe o entorpece la libre competencia, infringiendo lo dispuesto por el artículo 3°, inciso primero, del Decreto Ley N° 211 (“D.L. N° 211”).

2. Indica que Ferrovial es una sociedad constituida en Chile, cuyo giro se enfoca en el desarrollo de proyectos energéticos, particularmente la construcción, operación y mantenimiento de redes eléctricas. Pertenece al Grupo Ferrovial, un operador global de infraestructuras de transporte, construcción y explotación de plantas de tratamiento de agua, y soluciones para el desarrollo y la gestión de redes de transmisión eléctrica, entre otros.

3. Por su parte, el Coordinador es el organismo técnico e independiente encargado de coordinar la operación del conjunto de instalaciones del Sistema Eléctrico Nacional (“SEN”). Es una corporación autónoma de derecho público, sin fines de lucro, con patrimonio propio y de duración indefinida, que no forma parte de la Administración del Estado, razón por la cual no se le aplican las disposiciones generales o especiales que regulan al sector público, salvo expresa mención. La naturaleza pública del Coordinador se manifiesta a través de diversas funciones que le son propias, entre ellas, efectuar la licitación pública internacional de los proyectos de expansión de la transmisión.

4. Precisa que cada año la Comisión Nacional de Energía (“CNE” o “Comisión”), a través un plan de expansión, define las obras de expansión del Sistema de Transmisión Nacional (“STN”), que se deben ejecutar de manera obligatoria. Luego, este plan de expansión es formalizado por el Ministerio de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Energía (“Ministerio”) a través del respectivo decreto de expansión de la transmisión. La Ley General de Servicios Eléctricos actualmente vigente (D.F.L. N° 4/20018, en adelante “LGSE”) dispone que la expansión de los sistemas de servicio público de transmisión se debe realizar a través de obras nuevas y obras de ampliación.

5. Señala que las normas aplicables a las bases y procesos de licitación de obras de expansión del STN se encuentran contenidas principalmente en el artículo 95 de la LGSE y en el Título IV del Reglamento de los Sistemas de Transmisión y de la Planificación de la Transmisión, contenido en el Decreto Supremo N° 37 de 2019 del Ministerio de Energía (en adelante, “Reglamento”). El artículo 95° de la LGSE dispone que corresponde al Coordinador efectuar una licitación pública, de carácter internacional, para adjudicar las obras de expansión de cada plan anual de sistemas de servicio público de transmisión. Si bien el Coordinador es el encargado de dictar las bases de licitación de las obras nuevas y de ampliación, la referida disposición otorga a la CNE la facultad de fijar el valor máximo de las ofertas de las licitaciones de obras de expansión.

6. Indica que el artículo 95° de la LGSE faculta al Coordinador para agrupar una o más obras de ampliación y obras nuevas, con el objeto de licitarlas y adjudicarlas conjuntamente, en cuyo caso se les denomina “obras condicionadas”. Las obras nuevas y obras de ampliación que se licitan y adjudican conjuntamente son agrupadas bajo el mismo principio que gobierna la adjudicación de cada una individualmente consideradas, esto es, se adjudican a aquellas personas jurídicas que presenten la oferta conjunta más económica.

7. Según lo dispuesto en el artículo 99 de la LGSE, la adjudicación de la obra de ampliación a quien haya ofertado el menor valor de inversión (“V.I.”) sólo confiere el derecho a construir la obra, pagándose por el dueño de la obra de ampliación al adjudicatario el V.I. adjudicado; mientras que el dueño de dicha obra recibirá como remuneración el valor anual de la transmisión por tramo (“V.A.T.T.”), compuesto por la anualidad del valor de inversión (“A.V.I.”) adjudicado, más sus costos de operación, mantenimiento y administración (“C.O.M.A.”).

8. La A.V.I. de la obra de ampliación es determinada considerando el V.I. adjudicado y la tasa de descuento utilizada en el estudio de valorización vigente al momento de la adjudicación. La A.V.I. resultante corresponde a la remuneración del propietario de dicha obra por cinco períodos tarifarios a partir de su entrada en operación, transcurridos los cuales las instalaciones y su valorización deben ser revisadas y actualizadas en el proceso de tarificación cuatrienal de la transmisión.

9. Luego, señala que en el caso de agrupaciones de proyectos u obras condicionadas, el artículo 144 del Reglamento dispone que: “(...) *el*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Coordinador deberá procurar que la adjudicación cumpla con minimizar el valor total de los proyectos ofertados". En otras palabras, tratándose de un grupo de obras condicionadas, éste se adjudica a aquella persona jurídica que presente la oferta económica con el menor "valor global", el cual se determina considerando la sumatoria del V.A.T.T. ofertado para la obra nueva y la A.V.I. ofertada para cada una de las obras de ampliación del grupo de obras.

10. Destaca que, de acuerdo con el artículo 127 del Reglamento, las bases y el proceso de licitación de las obras nuevas y obras de ampliación deben sujetarse a los principios de legalidad, no discriminación arbitraria entre los oferentes y potenciales interesados, y estricta sujeción a las bases.

11. En cuanto a los hechos, manifiesta que el 31 de agosto de 2021 el Ministerio dictó el Decreto Exento N° 185/2021 ("D.E. N° 185/2021") que fijó las obras de ampliación 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 N° OC_G1 del proceso de licitación de 2022:

- (i) La obra de ampliación "**Aumento de Capacidad Línea 2X220 kV Tarapacá– Lagunas, Tramo Nueva Lagunas–Lagunas**", respecto de la cual se especificó que su adjudicación quedaría sujeta a la adjudicación de las obras "Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal" y "Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)"; y
- (ii) La obra de ampliación "**Ampliación en S/E Kimal 500 KV (IM)**", respecto de la cual se especificó que su adjudicación quedaría sujeta a la adjudicación de las obras "Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal" y "Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá – Lagunas, Tramo Nueva Lagunas – Lagunas".

12. Luego, el 4 de noviembre de 2021, el Ministerio fijó las obras nuevas correspondientes al plan anual de expansión de 2020, mediante la dictación del Decreto Exento N° 229/2021 ("D.E. N° 229/2021"), que contempló la obra nueva que luego pasaría a formar parte del grupo de obras N° OC_G1 de la licitación de 2022, a saber: "**Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2X500 kV Nueva Lagunas–Kimal**"; respecto de la cual se aclaró que su adjudicación quedaría condicionada a la adjudicación de las dos obras de ampliación referidas en el párrafo precedente.

13. En ambos casos, los decretos respectivos establecieron que las obras debían licitarse por el Coordinador.

14. Plantea que a principios de 2022 el Coordinador llamó a licitación pública internacional para la adjudicación de los derechos a la explotación de obras nuevas fijadas por Decreto Exento N° 229/2021 y los derechos de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

construcción de las obras de ampliación fijadas por Decreto Exento N° 185/2021, ambos del Ministerio (la “Licitación”). Las Bases Administrativas Generales de la Licitación (en adelante, las “Bases”), acompañadas en el segundo otrosí de la demanda, indican que el D.L. N° 211 es parte del marco normativo de la Licitación.

15. Entre las condiciones objetivas de las Bases, se establecieron las siguientes:

- (i) El objeto de la Licitación es adjudicar obras de expansión agrupadas en cinco grupos de obras condicionadas, las que tienen un carácter indivisible, y una obra nueva individual;
- (ii) La oferta económica que se presente por cada grupo de obras tiene carácter indivisible, de lo que se deriva que el proponente tiene la obligación de presentar una oferta económica, de manera conjunta, por las obras del grupo, y no por cada obra individual que la compone; y que el Coordinador tiene el deber de evaluar dicha oferta atendiendo estrictamente a su valor global, y no debe desagregar el precio por cada obra que compone el respectivo grupo;
- (iii) Se determinó un precio máximo por cada grupo de obras, el que se aplica a su valor global, y no al valor de cada obra que conforme el grupo; y,
- (iv) Existen causales específicas para eliminar o dejar fuera las propuestas económicas presentadas. No figura en las Bases causal alguna referida a no respetar un “precio mínimo” para la respectiva oferta económica. Una exigencia de esa naturaleza no está contemplada ni como requisito de la oferta económica, ni como causal de eliminación en las Bases.

16. Señala que, de este modo, el grupo de obras N° OC_G1 de la Licitación corresponde a un paquete de obras condicionadas de expansión del STN, compuesto por una obra nueva y dos obras de ampliación, estableciéndose en las Bases, que la adjudicación de dicho grupo, de carácter indivisible, debía hacerse en función de quien presentase la oferta económica con el menor valor global por el conjunto de todas esas obras.

17. Plantea que el valor global de la oferta económica presentada por Ferrovial para adjudicarse el grupo de obras N° OC_G1 fue de USD \$13.118.347,18, siendo la oferta económica de menor valor global presentada para ese grupo de obras. Asimismo, es un 16% menor a la oferta económica que le sigue, la de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. (“ISA”), cuyo valor global fue de USD \$15.281.087,70.

18. Añade que la oferta económica presentada por Ferrovial para adjudicarse el grupo de obras N° OC_G1, se compone del siguiente detalle:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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

19. Indica que este modo de ofertar, en que se valoriza desagregadamente el V.I. de las obras de ampliación en USD \$1, es consistente con otra oferta económica presentada por Ferrovial durante el proceso de licitación de 2020, la cual fue validada por el Coordinador.

20. Tras la apertura de las ofertas económicas, ocurrida el 6 de septiembre de 2022, mientras el Coordinador estaba en pleno período de evaluación de dichas ofertas, un competidor de Ferrovial, proponente también del grupo N° OC_G1, Transelec S.A. (“Transelec”), realizó acciones ante el Coordinador y el Ministerio para lograr la descalificación de la oferta económica presentada por Ferrovial respecto de ese grupo.

21. Por su parte, una semana después de la apertura de las ofertas económicas, el 13 de septiembre de 2022, cuando aún no se publicaba el acta de adjudicación de las ofertas económicas, ISA envió al Coordinador una carta por medio de la cual le solicitó no considerar la oferta de Ferrovial y, en consecuencia, adjudicar al proponente que quedó de segundo en el orden de elegibilidad (o sea, ella misma).

22. Ante las dos cartas recibidas, de dos oferentes y competidores de Ferrovial por adjudicarse el grupo de obras N° OC_G1, el Coordinador no ofició ni concedió traslado a Ferrovial.

23. A través del Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, publicada por el Coordinador en su página *web* con fecha 14 de septiembre de 2022, la Demandada decidió descalificar la oferta económica presentada por Ferrovial para el grupo de obras N° OC_G1, además de las otras tres ofertas económicas presentadas por Ferrovial en la Licitación, para otros grupos de obras (N° OC_G2, N° OC_G3 y N° OC_G4).

24. Según lo indicado en la referida acta de evaluación, la descalificación de Ferrovial se apoyó en lo dispuesto en el romanillo i. del Numeral 10.5.1 de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las Bases, aplicable únicamente, según su propio tenor, cuando “i. *La Propuesta está condicionada o no cumple con las Bases de Licitación*”. Argumentó el Coordinador que la oferta económica de Ferrovial, consistente en asignar USD \$1 al V.I. de cada una de las dos obras de ampliación del grupo N° OC_G1, en su concepto, no daría cumplimiento a la exigencia del numeral 8.5 de las Bases, en orden a internalizar los costos que implica la ejecución de ambas obras. Añadió que un V.I. de USD \$1 impediría la construcción del Precio del Contrato que debe suscribir el adjudicatario de la obra de ampliación con el propietario de la instalación ampliada, en este caso Transelec.

25. La descalificación de la oferta de Ferrovial en el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas se hizo sin invocar ninguna de esas causales específicas para la evaluación de las ofertas económicas, sino que se hizo con base en una causal genérica (“no cumple con las Bases de Licitación”), basada en un requisito agregado ex post por el Coordinador, a saber: la exigencia implícita de un precio mínimo de la oferta económica presentada respecto de cada obra de ampliación que conforma el grupo de obras N° OC_G1.

26. Como consecuencia de la decisión descalificatoria, el Coordinador decidió adjudicar dicho grupo a ISA.

27. El 27 de octubre de 2022, el Coordinador informó a la CNE el resultado de la Licitación, para que ésta, a su vez, remitiera el correspondiente Informe Técnico al Ministerio, conforme a lo dispuesto por el artículo 96 de la LGSE, a efectos de que dicho Ministerio dictase el decreto que establece los derechos de explotación y ejecución de las obras de expansión del SEN. El 7 noviembre de 2022 la CNE aprobó el Informe Técnico y lo remitió al Ministerio para la dictación del decreto respectivo.

28. A la fecha de interposición de la demanda no se había dictado el decreto del Ministerio, aun cuando el plazo para su dictación se encontraba cumplido.

29. Ferrovial argumenta que la objeción del Coordinador en torno a que el V.I. de USD \$1 no permite internalizar todos los costos de las obras de ampliación es incorrecta, y termina exigiendo que el proponente deba internalizar los costos de cada obra por separado en el V.I. de cada una. Sin embargo, no es efectivo que las Bases ordenen internalizar por separado en cada V.I. de las obras de ampliación, los costos para cada una de las partes de la oferta económica del grupo de obras.

30. Indica que el pretendido incumplimiento del numeral 8.5 de las Bases no es efectivo, toda vez que el precio ofertado por Ferrovial para adjudicarse el referido grupo de obras internalizó todos los costos para el desarrollo de las obras que conforman dicho grupo en el valor global ofertado en su oferta económica.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

31. Añade que no es efectivo que el V.I. de USD \$1 de las obras de ampliación haría que el contrato que debe suscribir el adjudicatario con el dueño de la obra de ampliación, carezca de uno de los elementos de su esencia. Dicho contrato surtirá todos sus efectos, manteniendo la misma calidad, regulando las responsabilidades, derechos y obligaciones de cada una de las partes en relación con la construcción y ejecución de las referidas obras de ampliación.

32. Al momento de postular a la licitación, Ferrovial asumió que al plantear su oferta global considerando una valorización de un V.I. a USD \$1 recibiría como contraprestación de parte del propietario de dichas obras un pago total ascendente al monto de USD \$1. Dicha oferta económica no es problemática para Ferrovial, de momento que, en la oferta económica presentada por el total de las obras del grupo N° OC_G1, están internalizados todos los costos para ejecutar todas esas obras.

33. Plantea que su decisión de estructurar de aquella forma su oferta económica global no es antojadiza. Por el contrario, dicha distribución de valorizaciones, entre otros factores, le permitió a Ferrovial presentar la oferta económica global más eficiente para el grupo de obras N° OC_G1, la que es un 16% inferior al precio ofertado por ISA. Lejos de tratarse de una oferta temeraria, la estrategia utilizada por Ferrovial se basó en conseguir eficiencias económicas y financieras, que permitieron ofertar un precio competitivo y conveniente para el sistema.

34. En concreto, la estructura de oferta económica presentada por Ferrovial respecto del grupo de obras N° OC_G1 tiene dos aspectos principales:

- (i) Maximiza el valor anual de transmisión por tramo o V.A.T.T. de la obra nueva respectiva para el adjudicatario, durante los primeros 20 años, siendo este V.A.T.T. prácticamente la totalidad de la remuneración desde el inicio de la construcción y durante los primeros 20 años desde la entrada en operación del respectivo grupo de obras; y
- (ii) Agrupa todas las necesidades de fondos para la ejecución del conjunto de proyectos que conforman el respectivo grupo.

35. Sostiene que, con estas premisas, se consigue optimizar las dimensiones financieras del grupo de obras, al incrementar los flujos anuales del proponente en el tiempo, agrupando en la misma estructura de financiamiento todas las necesidades de inversión (tanto para obras nuevas como obras de ampliación que conformen el grupo).

36. Por otra parte, la oferta administrativa, técnica y económica de Ferrovial presentada para adjudicarse el grupo de obras N° OC_G1 se enmarca en el compromiso natural de poner en funcionamiento la obra nueva de modo eficiente y oportuno, momento a partir del cual percibirá mayoritariamente el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

precio global ofertado por dicho grupo. En ese sentido, Ferrovial tiene la obligación de cumplir a cabalidad con la construcción, en tiempo y forma, de todas las obras de expansión incluidas en el grupo N° OC_G1, incluidas las dos obras de ampliación, bajo el incentivo económico consistente en que el funcionamiento oportuno de ambas obras de ampliación es requisito previo o habilitante para que la obra nueva pueda ser puesta en servicio y operar en términos constructivos y económicamente eficientes.

37. En cuanto al mercado relevante, desde la perspectiva de la oferta, considera que el mercado relevante del producto corresponde al servicio público de transmisión de electricidad, prestado a través de las instalaciones del STN, en el presente caso, a través de la obra nueva y las dos obras de ampliación que conforman el grupo de obras N° OC_G1.

38. Cuando Ferrovial o cualquier otro interesado, evalúa ingresar o expandir su presencia en el segmento del STN, no lo hace considerando como mercado relevante el conjunto de instalaciones ya existentes del STN, pues competir con ellas sería ineficiente económicamente. En el presente caso, el mercado relevante observado por Ferrovial, para continuar desafiando a los incumbentes del STN, corresponde al segmento del STN por la vía de adjudicarse la obra nueva y las dos obras de ampliación que conforman el grupo de obras N° OC_G1. Solamente en ese mercado, en donde se verifica la denominada “competencia por la cancha”, la regulación legal reconoce a Ferrovial y a cualquier otro interesado el derecho de ingresar y adjudicarse con exclusividad la operación de obras nuevas y la construcción de obras de ampliación, en la medida que proponga la oferta económica más eficiente.

39. Agrega que la dimensión geográfica del mercado relevante corresponde a todo el SEN, considerando que la naturaleza de todas las obras de expansión, que conforman el grupo de obras N° OC_G1, corresponden a obras del STN, cuya función es conformar un mercado eléctrico común, interconectando los demás segmentos de la transmisión (artículo 74° de la LGSE).

40. Respecto de la infracción anticompetitiva alegada, plantea que la decisión descalificatoria del Coordinador constituye un acto que impide la libre competencia, haciendo imposible que la Licitación alcance el resultado más eficiente posible, siendo que las licitaciones de obras de expansión buscan minimizar los costos del SEN que deben ser soportados por clientes finales. En efecto, todos los eventuales sobrecostos que surjan en este contexto, como consecuencia de cualquier limitación a la competencia en el mecanismo de licitación, redundan directa y completamente en sobrecostos soportados por los consumidores o clientes finales del SEN.

41. En el caso específico de procesos licitatorios que tienen por objeto entregar permisos o concesiones, incluyendo derechos de explotación, a

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

diferencia de aquellas en que el organismo público actúa como un demandante de bienes o servicios, este Tribunal ha razonado que, el examen de las bases de licitación tiene por finalidad “*velar porque las condiciones de competencia ex ante aseguren que la ausencia de rivalidad ex post se traduzca de todos modos en las más eficientes condiciones de prestación del servicio en términos de precio, cantidad y calidad ofrecidas*” (Sentencia N° 138/2014, c. 14°). Lo anterior se ha traducido en que el rol del Tribunal y de la Excma. Corte Suprema, en esta materia, sea el de velar por la mantención de las condiciones mínimas de rivalidad.

42. La Demandante considera que la descalificación su oferta ha suprimido las condiciones mínimas de rivalidad entre los agentes económicos que participaron en la Licitación respecto del grupo de obras N° OC_G1. La falta de rivalidad que enfrentó ISA en la etapa de competencia económica de la Licitación del grupo de obras N° OC_G1, como consecuencia de la decisión descalificatoria de la oferta económica de Ferrovial, implicará que los clientes finales del SEN deban soportar un sobre costo de más de USD \$59.000.000 en el horizonte de 20 años, en que estarán vigentes las componentes del V.A.T.T. y de la A.V.I. ofertados por ISA para dicho grupo de obras.

43. Agrega que, al dictar su decisión descalificatoria, el Coordinador ha incumplido con el especial deber de cuidado que le corresponde, en tanto ente rector de las licitaciones de obras de expansión del servicio público de transmisión. En consistencia con lo razonado por el Tribunal, le es aplicable el estándar de dictar sus regulaciones y decisiones provocando el menor daño posible a la competencia (por ejemplo, al optar entre dos o más alternativas interpretativas). La vulneración a dicho deber de cuidado se torna aún más grave si se considera, que, una vez abiertas las ofertas económicas, y previo a que el Coordinador resolviera la adjudicación (lo que, según las Bases, debía ocurrir ocho días después de abiertas las ofertas), dos competidores de Ferrovial, y proponentes también del grupo de obras N° OC_G1, solicitaron al Coordinador dejar fuera de la Licitación a Ferrovial, y no considerar su oferta económica, lo que finalmente ocurrió, sin que a esta parte se le informara de dichas comunicaciones, ni el Coordinador le diera la posibilidad de desmentir los argumentos esgrimidos en ellas. Uno de esos competidores terminó siendo hasta ahora el adjudicatario del grupo de obras N° OC_G1.

44. Señala además que la decisión descalificatoria constituye una discriminación arbitraria contraria a la libre competencia, pues el Coordinador ha dado un trato desigual a Ferrovial en relación con la forma en que procedió en otras licitaciones, tanto respecto de la misma Ferrovial como respecto de otros agentes económicos. Dicho trato diferenciado no tiene justificación económica, llevando a resultados menos eficientes que los observables en caso de que no se hubiese aplicado dicha discriminación. En efecto, en anteriores licitaciones de obras de expansión de sistemas de servicio público de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

transmisión, verificadas en los planes anuales de 2015, 2017 y 2021, otros agentes presentaron ofertas económicas con valorizaciones de USD \$0 para determinados componentes (A.V.I., C.O.M.A.) o etapas de ejecución (V.A.T.T.) de obras de ampliación y obras nuevas, que no se condicen proporcionalmente con los costos reales involucrados directamente en la construcción de dichas obras. En esas oportunidades, el Coordinador no planteó objeciones respecto a la pretendida falta de internalización de costos, ni las referidas ofertas fueron descalificadas.

45. Indica que el proceder del Coordinador, reiterado a lo largo de varios procesos de licitación, formó progresiva y continuadamente una creencia legítima en Ferrovial, de participar como competidor, en los términos en que tanto este como otros proponentes lo venían haciendo, pues hasta entonces, nada sugería ni hacía presagiar, como tampoco sucedió en la Licitación, que debía existir un relación de valor económico mínimo entre el valor de una oferta por obra individual y el valor global del grupo u obra integral al cual pertenecía la etapa u obra individual.

46. Ante la ausencia de reproches del Coordinador, y la no fijación de un precio mínimo en las bases de licitación de obras de expansión previas al año 2022, las ofertas de la A.V.I. y el C.O.M.A. por valor igual o inferior a USD \$1, realizadas en esos procesos, se consideraron favorables para la competencia, y respetuosas de la contratación pública.

47. Añade que en el presente caso se observa el cumplimiento estricto de todos los elementos que exige la jurisprudencia reciente de la Excma. Corte Suprema para la procedencia de la doctrina de los actos propios.

48. Sostiene que la exigencia de un “precio mínimo” para cada una de las obras que componen el grupo condicionado de obras, es una exigencia ex post establecida por el Coordinador, en la decisión descalificatoria. A tal punto que el 26 de octubre de 2022, cuando la decisión descalificatoria ya estaba dictada y publicada, la Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador, en su “Informe Semestral de la Competencia en el Mercado Eléctrico 2022”, sugirió, respecto a los procesos licitatorios de las obras de ampliación convocados por el Coordinador, *“establecer un criterio sobre valor mínimo de las obras cuya licitación debería realizar el Coordinador”*.

49. Manifiesta que la intempestiva y arbitraria interpretación de las Bases que subyace a la decisión descalificatoria resulta asimilable a una auténtica modificación “sobre la marcha” de las reglas de la Licitación de 2022, al introducir un nuevo requisito de admisibilidad de las ofertas económicas, el cual tiene lugar cuando ya se han presentado dichas ofertas y develado las propuestas de los proponentes.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

50. Esto altera elementos esenciales de la estructura de la Licitación de 2022 y los incentivos económicos que guiaron la formulación de las ofertas de los proponentes, a la luz de determinadas reglas contenidas en las Bases y otros documentos licitatorios, para decidir si concurrían o no a esta Licitación, así como los términos en que estaban dispuestos a compartir sus eficiencias económicas con las tarifas cobradas por adjudicarse obras de expansión del SEN. Esa alteración también restringe la libre competencia, por la vía de lesionar la confianza depositada en la estabilidad y aplicación inequívoca de las reglas fijadas por el adjudicador.

51. En suma, considera que la decisión descalificatoria de la Demandada constituye un acto que impide, restringe o entorpece la libre competencia, o que tiende a producir dichos efectos, infringiendo el artículo 3º, inciso primero, del D.L. N° 211.

52. En cuanto a los efectos de la conducta acusada, plantea que de no acogerse la demanda se terminarán de materializar distintos efectos restrictivos para la competencia. En primer lugar, se materializarán significativos daños a la reputación y credibilidad del adjudicador al dictar reglas en las bases de licitación que, posteriormente, no son cumplidas en su sentido estricto y genuino, con lo cual se introduce incertidumbre para entrantes que evalúan participar de estos procesos de licitación pública de carácter internacional.

53. En segundo lugar, será un hecho cierto que el proponente que quedó en segundo lugar con su oferta económica (ISA), y que contempla un precio un 16% más caro que la oferta económica de Ferrovial, se hará titular de los derechos de explotación y ejecución del grupo de obras N° OC_G1. La consecuencia de ello será que los clientes finales del SEN tendrán que soportar USD \$59.000.000 de sobrecostos, sin que exista justificación para ello, ni económica, ni técnica, ni jurídica.

54. En definitiva, solicita al Tribunal:

- a) Declarar que el Coordinador ha infringido el artículo 3º, inciso primero, del D.L. N° 211 al decidir descalificar la oferta económica presentada por Ferrovial respecto del grupo de obras N°OC_G1 en el marco de la licitación pública internacional de obras nuevas fijadas por D.E. N° 229/2021 y de las obras de ampliación condicionadas fijadas por D.E. N° 185/2021, ambos del Ministerio, restringiendo la libre competencia entre dicha oferta económica y las demás ofertas económicas presentadas respecto de ese grupo de obras.
- b) Disponer que, como consecuencia de dicha infracción, se deja sin efecto la descalificación de la oferta económica de Ferrovial, ordenándose al Coordinador retrotraer el proceso de licitación de 2022 exclusivamente respecto del grupo de obras N° OC_G1 a la etapa previa a la dictación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de la decisión descalificatoria, debiendo, dicha entidad, dictar una nueva Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, en la que se resuelva la Licitación aplicando estrictamente la regla del numeral 10.4.2, punto 3, de las Bases, en función de cuál proponente haya presentado la oferta económica con el menor valor global.

- c) Ordenar al Coordinador abstenerse, en lo sucesivo, de adoptar decisiones como la impugnada mediante esta demanda, tomando en especial consideración el deber de cuidado que le asiste, en tanto entidad que conduce las licitaciones de obras de expansión de los sistemas de servicio público de transmisión del SEN, consistente en emitir sus regulaciones y decisiones causando las menores restricciones posibles a la competencia.
- d) Imponer al Coordinador una multa a beneficio fiscal de 5.000 unidades tributarias anuales o, en subsidio, la que el H. Tribunal estime ajustada a derecho conforme al mérito del proceso. Asimismo, solicita condenarlo expresamente con las costas del presente juicio.
- e) Disponer cualquier otra medida preventiva, correctiva o prohibitiva que el H. Tribunal considere pertinente respecto de los hechos y actos contrarios a la libre competencia, que se vinculan con los hechos y actuaciones que han sido objeto de denuncia en este proceso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° inciso segundo del D.L. N° 211.

55. Paralelamente, en su demanda, Ferrovial solicitó al Tribunal decretar la medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de 12 de septiembre de 2022, en aquella parte que descalificó la oferta de Ferrovial por el grupo de obras N° OC_G1, para impedir los efectos negativos en la competencia que se siguen de la decisión descalificatoria y resguardar el interés común, en especial el excedente de los clientes finales que soportan los costos de las obras de expansión del STN.

56. La medida cautelar fue acogida, con citación, a folio 53. A folio 11 del cuaderno incidental el Coordinador hizo uso de la citación y solicitó su alzamiento, a lo cual se accedió por resolución de folio 17, en base a los argumentos expuestos en la oposición.

57. A folio 91 Ferrovial requirió nuevamente la medida cautelar sobre la base de los antecedentes aportados por la Demandada en su contestación. Entre otros, menciona el reconocimiento por parte de la entidad licitante de que en las Bases no existía precio mínimo y el hecho que la contestación plantea motivos distintos a los expresados en la decisión descalificatoria para intentar justificarla.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

58. La solicitud fue rechazada por resolución de folio 94, fundado en que no se acompañaron nuevos antecedentes que constituyan, a lo menos, presunción grave del derecho que se reclama.

59. Asimismo, a folio 227, la Demandante solicitó nuevamente que se decrete la medida, argumentando que se habrían verificado nuevos y graves antecedentes que lo justificarían. Entre ellos, menciona la toma de razón con alcance por parte de la Contraloría General de la República (“Contraloría” o “CGR”) del Decreto N° 15T del Ministerio de Energía, de 13 de junio de 2023, que fijó los derechos y condiciones de ejecución y explotación, así como las empresas adjudicatarias de la Licitación, la que habría evidenciado que durante el proceso de licitación estaba vigente la denominada “solución de prorrata” prevista en los artículos 135 inciso tercero y 147 inciso final del Reglamento, de tal modo que, de haber tenido el Coordinador aprensiones para adjudicarle el grupo de obras N° OC_G1 a Ferrovial, por supuestos efectos negativos a terceros, debió dar aplicación a ese mecanismo reglamentario en vez de descalificar su oferta.

60. Por resolución de folio 251 se rechazó la solicitud de la demandante, sobre la base de que los nuevos antecedentes aportados no permitían variar lo resuelto previamente, por cuanto el peligro en la demora debe ser evaluado a la luz del resguardo del interés común, según lo dispuesto en el artículo 25 del D.L. N° 211.

B. CONTESTACIÓN DEL COORDINADOR INDEPENDIENTE DEL SISTEMA ELÉCTRICO NACIONAL

61. A folio 78 el Coordinador contestó la demanda, solicitando su completo rechazo, con costas, según se expone a continuación.

62. En cuanto a los hechos, señala que el 6 de diciembre de 2022 el Ministerio dictó el Decreto Supremo N° 15T, que fijó los derechos y condiciones de ejecución y explotación, así como las empresas adjudicatarias de la construcción y ejecución de las obras objeto de la Licitación materia de la demanda de autos. Luego, el 30 de diciembre de 2022 el Ministerio remitió el decreto a la Contraloría para la toma de razón, trámite que se encontraba pendiente a la fecha de la contestación.

63. A continuación, manifiesta que los efectos del acto sobre el cual se dirige la demanda, al menos en lo que dicen relación con el Coordinador, se encuentran agotados, existiendo una serie de actos administrativos dictados con posterioridad y por distintas autoridades, que son terceros ajenos a este litigio, que no fueron impugnados por la Demandante. Esto implicaría que, de acogerse la demanda, no sería posible acceder a lo solicitado en cuanto a retrotraer la Licitación a la etapa previa a la descalificación de la oferta de Ferrovial. Sostiene

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

este argumento, en vista de que tales actos administrativos posteriores han sido dictados por otras autoridades, que serían terceros ajenos a este litigio, actos que no fueron impugnados por la Demandante.

64. Respecto al mercado relevante, considera que la definición realizada por la Demandante no es adecuada, ya que, particularmente en el caso de las obras de ampliación, lo adjudicado es simplemente la construcción de la ampliación de una obra de transmisión ya existente, de propiedad de un tercero. Añade que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema y del H. Tribunal, una licitación o concurso para la construcción de una obra de infraestructura no puede constituir un mercado relevante en sí mismo. Como es público y notorio, existen muchos otros actores distintos del Coordinador que demandan la construcción de obras de infraestructura a lo largo del país, por lo que no resulta adecuado circunscribir el mercado de autos a las obras objeto de la Licitación (citando la sentencia de 5 de octubre de 2020, autos Rol C.S. N° 8843-2019, que confirmó la Sentencia N° 169/2019 en “Constructora Luis Navarro SpA con Municipalidad de San José de la Mariquina”, y la Sentencia N° 114/2011, en “Demanda del Sr. Rossano Renzo Droghetti Lobos contra la Dirección de Compras y Contratación Pública”).

65. El demandado opuso las siguientes excepciones y defensas:

(a) Incompetencia absoluta del H. Tribunal

66. Al respecto, argumenta que el conflicto planteado por la Demandante no corresponde a uno de libre competencia, lo que salta a la vista del propio libelo, que está construido en base a conceptos propios del derecho civil y administrativo, tales como la teoría de los actos propios y de la confianza legítima, respectivamente. Añade que la jurisprudencia en esta materia es pacífica en cuanto a que, salvo casos excepcionales, el Tribunal 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 dichas bases. Indica que ese sería el caso de autos, en que Ferrovial cuestiona la decisión descalificatoria del Coordinador, adoptada con posterioridad a la dictación de las Bases y relativa precisamente a la aplicación de lo establecido en ellas.

67. Agrega que, a mayor abundamiento, este no sería un caso excepcional que justifique la intervención del H. Tribunal, toda vez que el Coordinador ha dado aplicación irrestricta a las Bases, de modo que no existe un real conflicto de competencia.

68. En consecuencia, solicita al H. Tribunal declarar su incompetencia absoluta para conocer del presente asunto.

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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

69. La demanda de Ferrovial no da cuenta de un problema de libre competencia, sino que se trata de una extemporánea disconformidad con las Bases.

70. El libelo se funda en una serie de hechos que se presentan como supuestas infracciones a la libre competencia, pero no indica de qué forma dichos actos podrían haberla afectado. En cuanto a los supuestos efectos anticompetitivos, menciona una hipotética afectación de la reputación del Coordinador, en circunstancias que este no participa del mercado y no tiene incentivos para afectar la libre competencia. Por otra parte, refiere un supuesto daño a los clientes finales del SEN, lo que tampoco se suscitara como una consecuencia de un eventual acto anticompetitivo del Coordinador.

71. Citando jurisprudencia, señala que sólo en el diseño y elaboración de las bases de una licitación pública se reconocen espacios de discrecionalidad para el ente licitante que puedan llegar a dar lugar a un acto anticompetitivo, afectando la competencia en la licitación respectiva. Sin embargo, Ferrovial no impugnó las Bases. En la aplicación de las bases, el ente licitante se encuentra constreñido a actuar con sujeción a las bases. En este caso, al haber actuado conforme a las Bases, el actuar del Coordinador no puede ser ilegal o arbitrario y no puede constituir un ilícito anticompetitivo.

72. Ferrovial no plantea un conflicto que sea relevante en sede de libre competencia. Por el contrario, se refiere a actos que ha realizado el Coordinador en ejercicio de potestades regladas y con estricta sujeción a las Bases, que no dejaban espacio alguno para discrecionalidades que pudiesen ser susceptibles de ser sancionadas por esta vía.

(c) Ferrovial incumplió las bases de licitación

73. Al presentar un V.I. de un dólar para las obras de ampliación, Ferrovial ofertó un precio que no internalizaba los costos necesarios, reales y razonables que conlleva la construcción y ejecución de tales obras, lo que se tradujo en un claro y grave incumplimiento de lo prescrito en las bases. Como se desprende de la definición de “Precio del Contrato” establecida en las Bases, este debe comprender todos los ítems o factores que allí se expresan, los que claramente no se ven cubiertos por un V.I. de un dólar.

74. Por otra parte, para la definición de V.I. las Bases se remiten al artículo 103 de la LGSE, que define que *“El VI 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 VI 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”*. El V.I. de un dólar notoriamente no considera las características físicas y técnicas de las instalaciones existentes,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y menos aún que estas hayan sido valoradas a los precios de mercado vigentes conforme a un principio de adquisición eficiente, por lo que la oferta de Ferrovial infringe el artículo 103 de la LGSE.

75. Además, incumplió lo dispuesto en el numeral 8.5 de las Bases, que exige que la oferta económica internalice todos los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada en operación, incluyendo expresamente aquellos costos derivados del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y el costo de la inspección técnica de obras del proyecto.

76. Esto es consistente con la forma requerida en las Bases para entregar una oferta por el grupo de obras condicionadas, donde los proponentes debían indicar un precio por cada obra y no un precio global, como argumenta erróneamente Ferrovial. El que todos los otros oferentes hayan presentado una oferta que internalizara los costos de cada obra por separado da cuenta de que las bases eran claras en ese sentido.

77. En definitiva, Ferrovial asignó valor únicamente a la obra nueva, que, a diferencia de las obras de ampliación (que son de propiedad de terceros), se incorpora al patrimonio del adjudicado, permitiéndole, mediante dicho subsidio cruzado, obtener un beneficio ilegítimo, lo que conlleva una serie de consecuencias negativas para los propietarios de las obras de ampliación y para el interés general.

(d) Ferrovial confunde la no exigencia de un precio mínimo con la necesidad de ofertar un precio que internalice los costos de la obra

78. Si bien es cierto que las Bases no exigen un precio mínimo, sí exigen que este internalice todos los costos para ejecutar las obras y permitir su entrada en operación. Además, como todo precio en nuestro ordenamiento jurídico, el precio ofertado debe ser real y serio.

(e) Efectos del incumplimiento de las Bases de la Licitación

79. El propietario de una obra de transmisión recibe una remuneración compuesta por dos elementos, una retribución por la inversión, que se paga como una anualidad y que se denomina A.V.I., y una remuneración por el costo de operación y mantenimiento, denominada C.O.M.A.

80. Respecto de la A.V.I., de haberse adjudicado la Licitación a Ferrovial, este debiese haberse actualizado de conformidad al V.I. ofertado, esto es, un dólar. Por su parte, la remuneración del C.O.M.A., al menos durante el primer periodo tarifario, también se habría calculado en función de un dólar. Esto no resulta razonable, pues pone en riesgo la adecuada operación y mantención de infraestructura crítica para el país y genera un evidente perjuicio económico al dueño de la obra.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

81. Además, si se hubiese adjudicado el grupo de obras N° OC_G1 a Ferrovial, hubiese tenido un fuerte incentivo para destinar sus recursos a la construcción y ejecución de la obra nueva, pues en ella se centraba casi en su totalidad su remuneración, y no en las obras de ampliación, lo que supone un riesgo para el STN y los usuarios.

82. Adicionalmente, las garantías y multas dispuestas en el respectivo contrato de construcción que debe suscribirse con el propietario de la obra de ampliación no asegurarían adecuadamente su construcción y ejecución, ya que debiesen haber sido calculadas en función del irrisorio precio ofertado.

83. Por otra parte, la oferta de Ferrovial afectaba los objetivos del Coordinador relativos a velar por la seguridad y continuidad del servicio público de transmisión, pues ponía en riesgo la ejecución oportuna de las obras de ampliación, con las correspondientes consecuencias en el STN.

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

84. A partir de los procesos de licitación de 2015, 2017 y 2020, Ferrovial alega una supuesta infracción del Coordinador a la doctrina de los actos propios. Sin embargo, tales procesos fueron sustancialmente distintos a la Licitación y, por lo demás, la doctrina de los actos propios solo aplica respecto del comportamiento jurídicamente relevante ejecutado por un agente frente a exactamente una misma situación, lo que no ocurre en este caso. No es exigible al Coordinador la mantención de determinados criterios objetivos si el marco de actuación y sus circunstancias varían, particularmente respecto de las bases administrativas de cada proceso licitatorio.

(g) Ausencia de discriminación arbitraria

85. No es posible afirmar que el Coordinador incurrió en discriminaciones arbitrarias, por cuanto se limitó a ejercer potestades regladas, aplicando la ley, las Bases y el Reglamento del mismo modo a quienes se encontraban en la misma situación.

(h) Sobre la independencia constructiva de las obras licitadas

86. La demandante alega que la obligación de construir en tiempo y forma las obras de ampliación estaría económicamente incentivada, en cuanto ello constituye un requisito previo obligatorio y habilitante para que tenga derecho a percibir la remuneración correspondiente a la obra nueva. Al respecto, señala que, si bien las obras fueron concebidas por la CNE para adjudicarse conjuntamente, este condicionamiento es solo para efectos de su licitación, pues desde un punto de vista constructivo sí pueden ser ejecutadas en forma separada y entrar en operación en la medida que cumplan con su alcance particular. No existe discusión respecto de que al menos una de las obras de ampliación es

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

totalmente independiente de la construcción de la obra nueva, bastando con ello para confirmar el riesgo levantado por el Coordinador referido a que Ferrovial no ejecute las obras o lo haga en forma tardía. En efecto, la obra nueva no está vinculada constructivamente desde el punto de vista físico ni sistémico, con la totalidad de los alcances asociados a las obras de ampliación. Cabe considerar que la infraestructura de la obra nueva pertenece a un nivel de tensión de 500 kilovoltios y la obra de ampliación “Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Lagunas” corresponde íntegramente a un nivel de tensión de 220 kilovoltios, lo cual marca una diferencia en lo referido a las independencias constructivas.

87. Asimismo, señala que las obras de ampliación, si bien necesarias para la correcta provisión del servicio de transmisión, en conjunto no son requisito habilitante para poner en operación la obra nueva de ese mismo grupo desde un punto de vista constructivo.

88. Por otra parte, desde un punto de vista normativo, la conclusión e ingreso en operación de las obras de ampliación, si bien necesarias para la correcta provisión del servicio de transmisión, tampoco es un requisito habilitante previo para poner en operación la obra nueva del mismo grupo de obras.

89. Con respecto a la remuneración, de acuerdo con la LGSE, para que la obra nueva comience a ser remunerada solo requiere entrar en operación, considerando su alcance constructivo. Así, se concluye que no habiéndose fijado un condicionamiento para que la entrada en operación de la obra nueva sólo se pueda verificar una vez que ello ocurra en ambas obras de ampliación, la obra nueva sí podría energizarse y entrar en operación sin que esté completo el íntegro alcance de las obras de ampliación, recibiendo el adjudicatario la remuneración correspondiente a dicha obra.

(i) Imposibilidad jurídica de acceder a lo solicitado en el petitorio de la demanda

90. La intervención y competencia del Coordinador en este proceso se agotó una vez que informó a la CNE el resultado de la Licitación. Luego, la Comisión aprobó el Informe Técnico y lo remitió al Ministerio, que dictó el respectivo decreto que establece los derechos de explotación y ejecución de las obras de expansión. Sin embargo, ninguno de los actos administrativos posteriores a la descalificación de la oferta de Ferrovial fue impugnado en la demanda, ni los órganos que los emitieron fueron emplazados en este proceso, lo que obsta a la posibilidad de retrotraer el proceso a la etapa de evaluación de las ofertas, como pretende Ferrovial.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

91. Concluye solicitando tener por contestada la demanda y en su mérito acoger la excepción de incompetencia o, en subsidio, rechazarla en todas sus partes, con expresa condena en costas.

C. TERCERO COADYUVANTE

92. A folio 82, Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. solicitó al Tribunal que se le tenga como tercero coadyuvante del Coordinador. Señala que tiene interés actual en el resultado del juicio, toda vez que se adjudicó el grupo de obras N° OC_G1 de la Licitación que es objeto del litigio. Añade que, para dar cumplimiento a los plazos establecidos para las obras, a la fecha de la presentación ya habría comenzado a realizar las inversiones y diligencias necesarias para su ejecución, y estimaba los gastos incurridos a mayo de 2023 en \$7 millones de dólares.

93. Por resolución de folio 94 se acogió la solicitud de ISA y se le tuvo como tercero coadyuvante del Coordinador.

D. RESOLUCIÓN QUE RECIBE LA CAUSA A PRUEBA

94. A folio 116 consta el texto refundido de la sentencia interlocutoria de prueba, que fijó como hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, los siguientes:

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.
 - 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

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

características de los procesos de licitación y evaluación de ofertas convocadas por el Coordinador entre 2017 y 2022.

E. ANTECEDENTES PROBATORIOS

E.1. Documentos acompañados

95. Ferrovial ofreció prueba documental pública a folios 36, 50, 129, 131, 149, 215, 227 y 347 del Cuaderno principal y a folio 13 del Cuaderno de medida cautelar.

96. Asimismo, ofreció prueba documental confidencial a folio 227, cuya versión pública definitiva consta a folio 275.

97. El Coordinador ofreció prueba documental pública a folio 11 del Cuaderno de medida cautelar.

E.2. Exhibiciones de documentos

98. El Coordinador exhibió documentos, a solicitud de Ferrovial, según consta en acta de folio 241, cuyos documentos fueron incorporados al expediente a folios 278 y 323.

E.3. Prueba testimonial

99. Ferrovial presentó como testigos a Javier Gómez Carrasco, Paulo Oyanedel Soto, María Consuelo Mengual Henríquez, Andrés Guzmán Clericus y Loreto Cortés Alvear, cuyas actas rolan a folios 173, 252, 258, 262 y 263 respectivamente y sus transcripciones definitivas rolan a folios 312, 267 y 273.

E.4. Absolución de posiciones

100. Absolvió posiciones en estos autos Ernesto Huber Jara por el Coordinador, cuya acta rola a folio 231 y su transcripción definitiva a folio 312.

F. INFORMES

F.1 Informes en derecho

101. Ferrovial acompañó a folio 215 del Cuaderno de medida cautelar, una primera versión del informe en derecho titulado “*Efectos en el derecho de la libre competencia de la descalificación de una oferta económica con infracción a las normas de una licitación pública*”, del autor Jaime Arancibia Mattar. Luego, acompañó una segunda versión de este, a folio 89 del Cuaderno principal.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

102. Asimismo, acompañó a folio 217 el informe en derecho titulado “*Los alcances de la toma de razón del Decreto N° 15 T de 2021 del Ministerio de Energía, y su efecto en el caso Ferrovial*”, del autor Carlos Carmona Santander.

103. ISA acompañó a folio 328 el informe en derecho titulado “*Legitimación y litisconsorcio pasivo necesario en el derecho de la competencia chileno. Omisión de la constitución de un litisconsorcio necesario impropio en la demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA contra el Coordinador Eléctrico Nacional*”, del autor Raúl Núñez Ojeda.

F.2 Informes económicos

104. Ferrovial acompañó a folio 215 el informe económico titulado “*Sobre la Licitación Pública Internacional del Coordinador Eléctrico por el Grupo de Obras G1: Aspectos Económicos de Libre Competencia y Eficiencia*” de los autores Mauricio Villena, Andrés Hernando y Valentina Apablaza.

G. SOLICITUD DE INFORMACIÓN AL MINISTERIO DE ENERGÍA Y COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA

105. A folio 302 el Tribunal ordenó oficiar al Ministerio de Energía y a la Comisión Nacional de Energía, a efectos de que informaran “*sobre los efectos que tendría en el sistema eléctrico, un retraso de seis a 12 meses en la puesta en marcha del grupo de obras N° OC_G1, en el marco de la licitación pública internacional realizada por el Coordinador Eléctrico Nacional de las obras nuevas fijadas por el Decreto Exento N° 229/2021, de 4 de noviembre de 2021, y de las obras de ampliación condicionadas fijadas por el Decreto Exento N° 185/2021, de 31 de agosto de 2021, ambos del Ministerio de Energía*”. Las respuestas respectivas rolan a folios 322 y 335.

H. VISTA DE LA CAUSA

106. El 23 de enero de 2024 tuvo lugar la vista de la causa, cuya certificación rola a folio 368. La causa quedó en estudio a solicitud del Ministro Sr. Barahona. Con fecha 7 de febrero de 2024, la causa quedó en estado de acuerdo, según consta en el certificado de folio 373.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

II. PARTE CONSIDERATIVA

CONSIDERANDO:

A. ANTECEDENTES NORMATIVOS E INDUSTRIA

Primero: Que el STN se encuentra constituido por las líneas y subestaciones eléctricas que interconectan los segmentos de la transmisión energética en el país. En ese sentido, de acuerdo con el artículo 87 de la LGSE, la Comisión realiza anualmente una planificación de la transmisión para un horizonte de al menos 20 años, donde se definen aquellas obras de expansión necesarias para dicho sistema y que eventualmente se plasmarán en un plan de expansión, abarcando obras para la transmisión nacional, de polos de desarrollo, zonal y dedicadas, según corresponda. El plan señalado se concretiza por el Estado en los respectivos decretos de expansión de la transmisión, dictados por el Ministerio de Energía, para iniciar su proceso de licitación conforme a lo dispuesto en el artículo 92 de la referida ley;

Segundo: Que el artículo 87 letra b) de la LGSE indica que la planificación de la transmisión debe considerar la creación de condiciones que promuevan la oferta y faciliten la competencia, propendiendo al mercado eléctrico común para el abastecimiento de la demanda a mínimo costo, con el fin último de abastecer los suministros al mínimo precio;

Tercero: Que, de esta forma, la planificación conlleva requerimientos de expansión e inversión de ejecución obligatoria, ya que los propietarios de las instalaciones afectadas por ampliaciones tendrán la obligación de llevar a cabo dichas obras de expansión y es por esto que la LGSE prevé que se presenten discrepancias de parte de los agentes que intervienen en el proceso y formulen observaciones a la propuesta. En efecto, el artículo 91 incisos sexto y séptimo de la LGSE permite que los participantes y usuarios e instituciones interesadas puedan presentar sus discrepancias a un Panel de Expertos, definido en el artículo 209 de la referida ley;

Cuarto: Que, por su parte, conforme al artículo 212-1 de la LGSE, el Coordinador es el organismo técnico e independiente encargado de la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del SEN que operen interconectadas entre sí. El Coordinador es una corporación autónoma de derecho público, sin fines de lucro, con patrimonio propio y de duración indefinida, que no forma parte de la Administración del Estado, de manera que no le son aplicables las disposiciones generales o especiales, dictadas o que se dicten para el sector público, salvo expresa mención;

Quinto: Que la coordinación de estas instalaciones debe realizarse con el fin de **(a)** preservar la seguridad del servicio en el SEN, **(b)** garantizar la operación

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

más económica para el conjunto de instalaciones de dicho sistema, y (c) garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión, en conformidad a la Ley General de Servicios Eléctricos (artículo 72-1 de la referida ley);

Sexto: Que, el artículo 95 de la LGSE mandata al Coordinador a efectuar una licitación pública internacional de los proyectos referidos en los decretos de expansión. En el mismo sentido, le corresponde elaborar las bases de licitación para las obras de expansión, debiendo especificar, a lo menos, la información técnica y comercial que deberán entregar los oferentes, así como los requisitos técnicos y financieros que deban cumplir, los plazos, las garantías, y la descripción del desarrollo del proceso y de las condiciones de adjudicación, entre otros elementos;

Séptimo: Que las obras de expansión a licitar se pueden clasificar en: (a) obras nuevas, que corresponden a aquellas líneas o subestaciones eléctricas que no existen y se estiman necesarias para aumentar la capacidad o la seguridad y calidad de servicio; y (b) obras de ampliación, que aumentan la capacidad o seguridad y calidad de servicio de las líneas y subestaciones ya existentes, de propiedad de una empresa transmisora (véase el artículo 89 de la LGSE);

Octavo: Que, respecto a las obras nuevas, el Coordinador licita los derechos de ejecución y explotación de éstas durante su vida útil (artículo 96 de la LGSE), la cual en varios casos se encuentra entre los 50 u 80 años (véase testimonio de Javier Gómez, director de transmisión y encargado de desarrollo y gestión de portafolio en Ferrovial, a folio 188, p. 19; y testimonio de Andrés Guzmán, ingeniero civil electricista que prestó servicios al Coordinador, a folio 273, pp. 25-26). En lo medular, cada oferente debe presentar una oferta económica constituida por un valor anual de la transmisión por tramo (“V.A.T.T.”), y el Coordinador procede a escoger aquella oferta de menor valor (artículo 99 de la referida ley).

El V.A.T.T. corresponde a la remuneración anual que recibirá el adjudicatario de la licitación, a cambio de incurrir en la construcción y eventual explotación de la obra nueva. El valor anual de la transmisión por tramo adjudicado aplicará durante 20 años desde la entrada en operación de la obra y será indexado anualmente según una fórmula previamente definida que considera, entre otros elementos, el índice de precios al consumidor publicado por el Banco Central de Chile (“IPC”) y el *consumer price index* publicado por el *Bureau of Labor Statistics* del Gobierno de los Estados Unidos de América (“CPI”, folio 17, p. 96). Luego de dicho periodo, este V.A.T.T. será revisado y actualizado conforme a la valorización de las instalaciones en el proceso de tarificación a cargo de la Comisión (artículos 99 y 102 de la LGSE).

A su vez, el V.A.T.T. se compone de la suma de dos parámetros: (a) una anualidad del valor de inversión (“A.V.I.”); y (b) los costos de operación,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

mantenimiento y administración (“C.O.M.A.”). El primero corresponde a una remuneración por invertir en la ejecución de la obra y el premio por riesgo de mercado que ello conlleva. El segundo es el importe por incurrir en los costos de mantener operativa y en uso la obra, ajustados por los efectos de impuesto a la renta. Ambos parámetros deben ser especificados en las respectivas ofertas.

Cabe indicar que la Comisión, al ejecutar la planificación anual de la transmisión, determina un valor referencial para la inversión de cada obra, así como también para el C.O.M.A. asociado a cada una. Estos valores se fijan en los decretos de expansión de la transmisión y su propósito es servir de referente para las inversiones y costos de explotación de las obras que serán licitadas, sin que necesariamente impongan condición alguna sobre las ofertas económicas que contemplen estos parámetros (artículo 99 inciso primero de la LGSE). Como se verá, es usual que algunos instrumentos como la garantía de seriedad de la oferta y ciertas remuneraciones iniciales al propietario de la obra, se determinen a partir de estos valores referenciales;

Noveno: Que, en el caso de las obras de ampliación, a diferencia de las obras nuevas, el Coordinador licita sólo los derechos de construcción y ejecución de estas (artículo 96 de la LGSE), de modo que el derecho a su explotación persiste en el propietario de la obra que será ampliada. Así, en términos generales, cada oferente debe presentar una oferta económica compuesta por un valor de inversión (“V.I.”) y el Coordinador adjudica la ampliación a aquella oferta de menor valor (artículo 99 inciso tercero de la LGSE). Este parámetro es la remuneración que recibirá el adjudicatario por construir la ampliación, la cual será pagada por el propietario de la instalación y es, en teoría, realizada antes de su entrada en operación. En efecto, el mensaje de 6 de mayo de 2002 de la Ley N° 19.940, indica que *“los propietarios de las instalaciones afectadas por las ampliaciones resultantes del Estudio, tendrán la obligación de llevar a cabo dichos proyectos de expansión en el sistema troncal respectivo”* (p. 11);

Décimo: Que, una vez ejecutada la ampliación de la obra por el adjudicatario, el propietario recibirá una remuneración anual, la que sigue la misma nomenclatura del V.A.T.T. descrito precedentemente.

Al respecto, la A.V.I. que recibirá el propietario será calculada considerando el V.I. adjudicado y la tasa de descuento correspondiente utilizada en el estudio de valorización de las instalaciones de transmisión vigente al momento de la adjudicación, el cual es coordinado y licitado por la Comisión, y se aplicará durante los primeros 20 años de operación de la ampliación (artículos 99 inciso cuarto y 108 de la LGSE). Luego de dicho periodo, al igual que el caso de las obras nuevas, será actualizado en el proceso de tarificación respectivo.

Por su parte, el C.O.M.A. a recibir por el propietario será calculado dependiendo del periodo en que se encuentre la operación de la ampliación. De este modo,

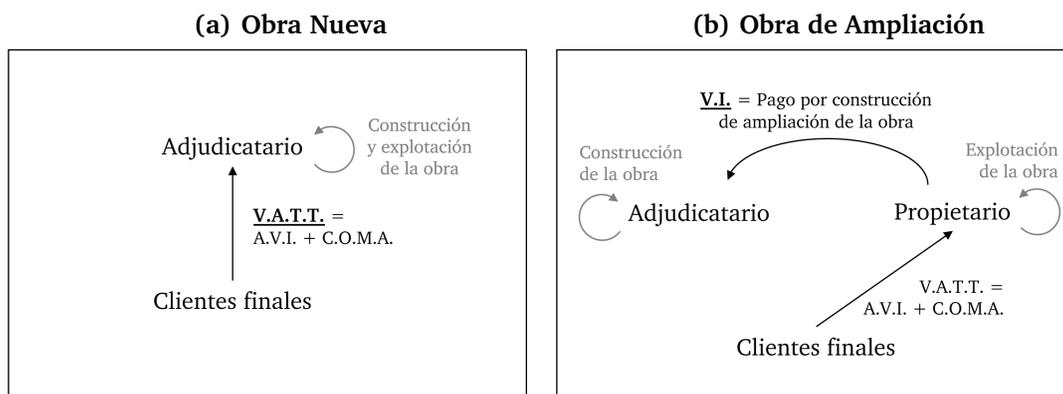
REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

(i) entre su entrada en operación y el siguiente proceso de valorización de la transmisión, se considerará la relación del C.O.M.A. referencial sobre el respectivo V.I. referencial utilizado en el proceso de licitación; y (ii) posterior a dicho periodo, será determinado a partir del C.O.M.A. de una única empresa eficiente y que opera las instalaciones permanentemente según los estándares establecidos en la normativa vigente, determinados en el citado proceso de valorización (véase artículo 105 de la LGSE y letras a. y c. del artículo 49 del Decreto Supremo N° 10 del Ministerio de Energía, que aprueba el reglamento de calificación, valorización, tarificación y remuneración de las instalaciones de transmisión);

Undécimo: Que, de acuerdo con el artículo 115 de la LGSE, el pago del V.A.T.T. será de cargo de los clientes o consumidores finales del Sistema Eléctrico Nacional. En la práctica, esto se materializa en las boletas o facturas a usuarios libres o regulados extendidas por sus respectivos suministradores, a través de un cargo que, entre otros conceptos, incluye el cobro por el uso de los sistemas de transmisión eléctrica (inciso tercero del artículo 115 de dicha ley);

Duodécimo: Que, para efectos de ilustrar todo lo anterior, la Figura N° 1 resume, a grandes rasgos, el flujo de pagos entre los actores que interactúan en la operación de cada tipo de obra, resaltando en letra negrita y subrayando la variable que se oferta en cada caso. En el cuadro de la izquierda, se observa que el adjudicatario es quien construye la obra nueva e incurre en su explotación, recibiendo a cambio el V.A.T.T. ofertado. En el de la derecha, el adjudicatario ejecuta la obra de ampliación, dejando su explotación a cargo del propietario, y recibe a cambio el V.I. que ofertó:

FIGURA N° 1
Diagrama de flujo de pagos en la licitación
y operación de obras de expansión



Fuente: Elaboración propia.

Decimotercero: Que el artículo 95 de la LGSE le entrega la facultad al Coordinador de poder agrupar una o más obras de ampliación y obras nuevas con el objeto de licitarlas y adjudicarlas conjuntamente. Tal disposición

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

encuentra su fundamento en los bajos incentivos que poseen los agentes del mercado para participar en licitaciones exclusivamente de obras de ampliación. En ese sentido, el inciso primero del artículo 135 del Reglamento indica que 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.

Al respecto, tres testigos en estrados confirmaron que la facultad del Coordinador para agrupar ambos tipos de obras responde a la necesidad de que las licitaciones por obras de ampliación no resulten desiertas:

- (a) Javier Gómez, director de transmisión y encargado de desarrollo y gestión de portafolio en Ferrovial, *“Abogados Ferrovial: (...) Si pudiera también, por su intermedio, señora Ministra, profundizar el testigo acerca de los motivos por los cuales se licitan de forma conjunta las obras de ampliación y las obras nuevas. Testigo Javier Gómez: (...) lo que [se] busca son eficiencias, sinergias, así como también tratar de evitar que ciertas obras de ampliación que pueden resultar menos atractivas, bien porque son pequeñas, tienen un valor de inversión pequeño y no resulta atractivo para una empresa poder pujar por ellas (...) Cuando Celeo se encontraba desarrollando una línea de 500 kilovoltios en tranco Alto Jahuel, en aquel momento no se podían agrupar las obras (...) ¿Qué ocurrió? que una de las obras de ampliación, la de la subestación Alto Jahuel, quedó desierta”* (folio 188, pp. 14-15);
- (b) Paulo Oyanedel, director de la unidad de monitoreo de la competencia del Coordinador, *“las obras de ampliación, se observa un comportamiento que es ... que están ... queda más desierta (...) entiendo que era un 30% de obras que quedaban desiertas y también se adjudicaban a precios más caros (...) en algunos casos convenía obras de menor valor que quedaban un poco sin oferente, poder de alguna forma agrupar las obras de mayor valor para efecto que el paquete sea más atractivo para el adjudicatario”* (folio 268, p. 12); y
- (c) Loreto Cortés, abogada socia de Ohmio Consultores, *“Abogado Ferrovial: (...) ¿cuál es el motivo de que se liciten, en general, en conjunto, las obras de ampliación con las obras nuevas? Testigo Loreto Cortés: Eficiencia. (...) La idea es que no queden obras desiertas, y que se adjudiquen las obras, y de acuerdo a las características, se faculta al Coordinador para poder agruparlas, para que la licitación tenga un buen resultado final y no sea perjudicial para los clientes finales. Si las licitaciones quedan desiertas o no resultan, el perjuicio finalmente es para los clientes”* (folio 284, pp. 7-8);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Decimocuarto: Que, en línea con la consideración anterior, resulta oportuno examinar las estadísticas públicas de la unidad de monitoreo de la competencia del Coordinador (p. 71, disponible en: <https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2023/04/Informe-Monitoreo-2022.pdf>). De ellas se observa que, en los procesos de licitación de transmisión entre 2021 y 2022, el 33% de las licitaciones exclusivas por obras de ampliación resultaron desiertas. Dicho porcentaje disminuye a un 19% cuando se trata de obras nuevas condicionadas a la construcción de obras de ampliación. Asimismo, en dicho periodo, sólo se licitó de forma exclusiva una obra nueva, la cual resultó adjudicada;

Decimoquinto: Que el artículo 144 inciso cuarto del Reglamento señala que el Coordinador, en el caso de agrupaciones de proyectos, deberá procurar que la adjudicación cumpla con minimizar el valor total de los proyectos ofertados. En la práctica, ello se manifiesta en que el criterio de adjudicación de estos grupos corresponde a la oferta de menor “valor global”.

El valor global es la adición de la sumatoria del V.A.T.T. de cada obra nueva y la sumatoria de la A.V.I. de cada obra de ampliación (*i.e.*, $\sum_i VATT_{obra\ nueva\ i} + \sum_j AVI_{obra\ ampliación\ j}$; véanse las bases de licitación de obras de transmisión acompañadas a folio 17, p. 75; folio 128, p. 72; y folio 218, p. 81).

Puesto que la A.V.I. de las obras de ampliación no es la variable que oferta cada participante (véase, Figura N° 1 *supra*), sino que corresponde a la remuneración que recibirá el propietario de la obra por incurrir en la ampliación de la misma, el Coordinador procede a estimarla para cada oferta económica, de acuerdo al V.I. ofertado (específicamente, la fórmula de cálculo de dicha anualidad es $VI / \sum_{n=1}^{20} \frac{1}{(1+r)^n}$, donde “r” corresponde a una tasa de retorno).

Por consiguiente, el valor global busca asimilar el pago anual en el que deberán incurrir los clientes finales del SEN, tanto por las obras nuevas como por las ampliaciones de las ya existentes;

Decimosexto: Que, por último, si bien el inciso primero del artículo 96 de la LGSE establece que el Coordinador es quien adjudica los derechos de ejecución, construcción y/o explotación de obras, según sea el caso, han de concurrir una serie de actos administrativos posteriores para que aquello se materialice. Así, primero, el Coordinador dejará constancia en acta de los actos de apertura y evaluación de ofertas e informará al Ministerio, la CNE y la Superintendencia de Electricidad y Combustibles de la evaluación y adjudicación de los proyectos. Luego, la Comisión remitirá al Ministerio un informe técnico con los resultados de la licitación, especificando el V.A.T.T. de las empresas propietarias de las obras de ampliación. Finalmente, el Ministerio dictará un decreto supremo, también denominado decreto de adjudicación, que fijará, entre otros aspectos, la empresa adjudicataria de las obras licitadas, así como las remuneraciones

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

resultantes para cada una (artículo 96 inciso 2° de la LGSE y artículos 138, 143, 147 y 148 del Reglamento);

B. RESUMEN DE LA CONTROVERSIA

Decimoséptimo: Que Ferrovial acusó al Coordinador de haber infringido el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211, al descalificar la oferta económica que presentó en la licitación pública internacional de 2022 por el grupo de obras N° OC_G1, conformado por:

- (a) La obra nueva denominada “Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2X500 kV Nueva Lagunas–Kimal”, fijada a través del D.E. N° 229/2021; y
- (b) Las dos obras de ampliación denominadas (i) “Aumento de Capacidad Línea 2X220 kV Tarapacá–Lagunas, Tramo Nueva Lagunas–Lagunas” y (ii) “Ampliación en S/E Kimal 500 KV (IM)”, fijadas por medio del D.E. N° 185/2021.

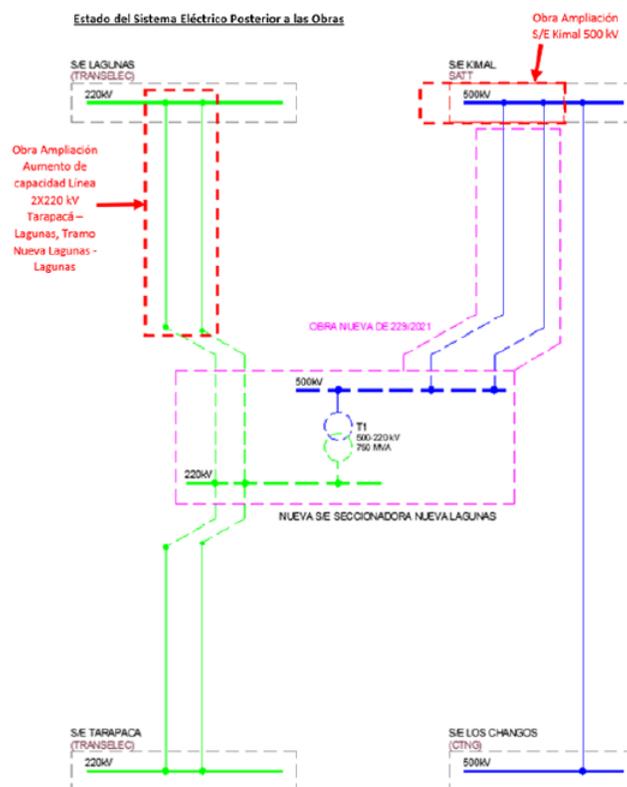
Esgrime que su oferta económica fue la de menor valor global, de modo que su descalificación restringió la libre competencia entre dicha oferta y las demás ofertas presentadas para ese grupo de obras;

Decimoctavo: Que el grupo N° OC_G1 fue uno de los cinco grupos de obras condicionadas –más una obra nueva individual– establecidos en la Licitación de 2022 y representa aproximadamente un 68,5% de la totalidad de la inversión referencial asociada a estos proyectos (folio 17, p. 18). Su plazo constructivo es de 48 meses contados a partir de la publicación de su decreto de adjudicación.

Para ilustrar la interconexión de este grupo de obras, la figura a continuación, aportada por la Demandada, muestra un esquema de la relación entre la obra nueva y las dos obras de ampliación previamente singularizadas (folio 18, pp. 24 y 25);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

FIGURA N° 2
Diagrama referencial de las obras de expansión en la
Licitación de 2022 para el grupo de obras N° OC_G1



Fuente: folio 78, p. 33.

Decimonoveno: Que la Tabla N° 1 siguiente resume las ofertas recibidas en la Licitación de 2022 para el grupo N° OC_G1, distinguiendo en cada una de ellas el V.A.T.T. de la obra nueva, los V.I. de las obras de ampliación, y su valor global. Como se observa, Ferrovial ofertó un valor de inversión de un dólar por cada obra de ampliación, con un valor global de aproximadamente \$13,1 millones de dólares estadounidenses, siendo este el menor de todas las ofertas. En el concurso también participó la empresa Transelec, propietaria de las dos obras cuyas ampliaciones fueron objeto de la Licitación (véase, folio 17, p. 16):

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TABLA N° 1

**Ofertas económicas recibidas para la Licitación de 2022 por el grupo de obras
N° OC_G1 en dólares estadounidenses**

Oferente	V.A.T.T. Obra Nueva	V.I. 1 ^{ra} Obra de Ampliación	V.I. 2 ^{da} Obra de Ampliación	Valor Global*
Ferrovial	\$13.118.347	\$1	\$1	\$13.118.347
ISA	\$14.658.000	\$3.980.000	\$2.621.000	\$15.281.088
Celeo Redes	\$16.431.339	\$3.349.921	\$1.765.783	\$16.914.226
Consortio Acciona	\$16.542.483	\$1.386.900	\$4.480.288	\$17.096.304
Transelec	\$16.776.000	\$4.032.979	\$2.656.374	\$17.407.428

Fuente: Elaboración propia a partir de la oferta económica de Ferrovial de folio 21, la Minuta Técnica de folio 26, p. 10, y el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de folio 27, p. 2.

*Valores aproximados, sin decimales.

Vigésimo: Que, al evaluar las ofertas recién expuestas, el Coordinador procedió a descalificar la oferta de Ferrovial para los cuatro grupos de obras en que ofertó, incluyendo el grupo N° OC_G1, puesto que, a su juicio, no cumplió con el numeral 8.5 de las Bases (Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, folio 27). Esta disposición, en su entendimiento, exigía que la oferta económica internalice todos los costos necesarios para la ejecución de las obras de expansión licitadas, tanto de manera global como para cada parámetro que componía la oferta (*i.e.*, V.A.T.T. de la obra nueva, y V.I. de cada obra de ampliación), e indicó que Ferrovial incumplió lo anterior con sus V.I. ofertados de un dólar estadounidense;

Vigésimo primero: Que, el Coordinador fundamentó en su acta de evaluación que *“dicho monto [el V.I.] incide directamente a los Contratos, que son parte integrante de las Bases de Licitación para las Obras de Ampliación, pues no permite construir el Precio del Contrato, el que según la definición contenida en el romanillo vi. y romanillo xlvii. de la sección 3 de las Bases Administrativas Generales y la sección 7.1 de las Bases de Ejecución para Obras de Ampliación, consiste en 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, por lo que los Contratos que, de acuerdo con lo señalado en el numeral 12.1 de las Bases de Licitación, deben suscribir los Adjudicatarios con los respectivos Propietarios de las referidas obras carecerían de uno de los elementos de su esencia”* (Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, folio 27);

Vigésimo segundo: Que, por consiguiente, el Coordinador adjudicó el grupo de obras N° OC_G1 de la Licitación de 2022 a ISA, quien fue el segundo postulante con la oferta de valor global más bajo, presentando un V.I. por las obras de ampliación que, a *contrario sensu*, sí internalizaría los costos necesarios para su ejecución, según lo sustentado por el Coordinador al descalificar la primera oferta;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Vigésimo tercero: Que la Demandante fundamenta su acusación en que: **(a)** el mercado relevante corresponde al servicio público de transmisión a través del grupo de obras N° OC_G1, en el cual la competencia se realiza “*por la cancha*” y donde el Coordinador es un agente cuyas decisiones producen consecuencias directas, como excluir a competidores del mercado; **(b)** la oferta económica de Ferrovial cumple con el numeral 8.5 de las Bases, puesto que internaliza globalmente todos los costos para el desarrollo de las obras del grupo N° OC_G1, pudiéndose construir el precio del respectivo contrato; **(c)** no concurre ninguna de las causales de las Bases para descalificar una oferta, ni tampoco figura en éstas la existencia de un precio mínimo; y **(d)** la decisión del Coordinador es arbitraria, al adoptar un cambio de criterio respecto de otras licitaciones en 2015, 2017 y 2020, donde Ferrovial y otros competidores presentaron ofertas similares que fueron admitidas e incluso, en ciertos casos, adjudicadas.

Concluye esgrimiendo que esta decisión implica que los clientes finales del Sistema Eléctrico Nacional tendrán que soportar un sobre costo del orden de \$60 millones de dólares estadounidenses durante los primeros 20 años en que aplica el V.A.T.T. de la oferta adjudicada (folio 36);

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 prorrateo del valor adjudicado del grupo de obras, el cual se analizará más adelante. En ese contexto, la Demandante añade a sus argumentos que, incluso si el Coordinador tenía aprensiones respecto de adjudicar el grupo N° OC_G1 a Ferrovial, debió aplicar lo que denomina la “solución de prorrata” contenida en dichos artículos (folio 227);

Vigésimo quinto: Que el Coordinador al contestar la demanda solicitó su rechazo total, con condena en costas. Indica que la Demandante se refiere a potestades suyas regladas y que, conforme a los artículos 127 y 137 del Reglamento, actuó bajo cobertura normativa respetando el principio de estricta sujeción a las Bases. Señala que Ferrovial no se refiere al diseño y elaboración de éstas últimas, cuestión que sí correspondería al ejercicio de facultades discrecionales que podrían ser sancionadas por esta vía, y enfatiza en que no posee incentivos para afectar la libre competencia.

Respecto de los argumentos expuestos por su contraparte, arguye que: **(a)** el Coordinador no es un agente del mercado, no participa ni como oferente ni como demandante de bienes y servicios; **(b)** Ferrovial incumplió los numerales 8.5 y 10.5.1 romanillo i. de las Bases, no siendo posible la construcción del precio del contrato según la definición de las mismas Bases (sección 3, romanillo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

xlvii.); (c) es efectivo que no existió un precio mínimo, pero el precio ofertado por Ferrovial no fue real ni serio, además de incumplir el artículo 103 de la LGSE y los artículos 127 y 128 del Reglamento; y (d) la decisión del Coordinador no ha sido contradictoria con procesos licitatorios anteriores, ya que nunca ha adjudicado ofertas económicas de un dólar estadounidense, debiendo las ofertas similares de Ferrovial en otros procesos entenderse como descalificadas al no ser adjudicadas, y en 2015 las licitaciones fueron gestionadas por el Centro de Despacho Económico de Carga –antecesor del Coordinador–, además de ser proyectos con diferencias sustanciales respecto de este caso.

Concluye que la Demandante, a través de su oferta económica, tuvo por objeto obtener un beneficio ilegítimo, en desmedro del interés común, del propietario de las dos obras de ampliación, y del desarrollo y operación del STN (folio 78);

Vigésimo sexto: Que, respecto de la toma de razón con alcance de Contraloría, el Coordinador señala que el argumento del prorrateo de Ferrovial no formó parte de las alegaciones que hizo presente en su demanda. Agrega que además dicho mecanismo no se encontraba establecido en las Bases de la Licitación de 2022 (folio 246);

Vigésimo séptimo: Que, como se observa, no existe controversia entre las partes respecto a que la oferta económica de Ferrovial, de haber sido evaluada, hubiera presentado el menor valor global para el grupo de obras N° OC_G1 de la Licitación. Tampoco fue cuestionado que no existió un precio mínimo dentro de dicho concurso;

Vigésimo octavo: Que, por tanto, en lo sucesivo se seguirá el siguiente orden: (a) se abordarán las excepciones de incompetencia absoluta y de litisconsorcio pasivo opuestas por el Coordinador; para luego, (b) esclarecer aquellos hechos que fueron asentados a lo largo del proceso; (c) determinar si la Demandada posee la capacidad de afectar la competencia en el mercado relevante de autos; y así proceder con (d) analizar la conducta acusada, en particular, la justificación del Coordinador para descalificar la oferta económica de Ferrovial. Finalmente, (e) se dispondrán las medidas pertinentes a la luz del examen realizado;

C. EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA Y LITISCONSORCIO

C.1 Incompetencia

Vigésimo noveno: Que la Demandada opuso la excepción de incompetencia absoluta, fundada en que Ferrovial no plantea un real conflicto de libre competencia, sino que trata de una extemporánea disconformidad con la aplicación de las Bases, por lo que excede el ámbito de competencia específica

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

y acotada que confiere el legislador a este Tribunal. Sostiene que la incompetencia del Tribunal salta a la vista del propio libelo, construido en base a conceptos propios del derecho civil y administrativo, como la teoría de los actos propios y la confianza legítima. Sostiene que el Tribunal no tendría competencia residual y son los tribunales ordinarios los llamados a conocer de aquellos asuntos que no han sido entregados a un tribunal diverso o especial, como ocurre en el caso de la pretensión de Ferrovial;

Trigésimo: Que el Coordinador añade que la jurisprudencia en esta sede es pacífica en cuanto a que el Tribunal 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 dichas bases, que sería precisamente el caso de autos. Al respecto, señala que la demanda se refiere a actos que ha realizado el Coordinador en ejercicio de potestades regladas y con estricta sujeción a la legislación aplicable y a las Bases, que no dejaban espacio alguno para discrecionalidades susceptibles de ser sancionadas por esta vía (contestación de la demanda, folio 78, pp. 9 y ss.);

Trigésimo primero: Que en ese sentido se pronuncia el informe en derecho de Francisco Agüero acompañado por el Coordinador en su presentación de folio 365, e incorporado a folio 364, que concluye que la competencia del Tribunal en materia de licitaciones públicas es acotada a la revisión de las condiciones mínimas de rivalidad de las bases de licitación y no es competente para conocer la impugnación de una adjudicación, que en este caso sería competencia de la justicia ordinaria (folio 364, pp. 38-39);

Trigésimo segundo: Que Ferrovial contraargumenta que la hipótesis de incompetencia definida por el Tribunal respecto de hechos posteriores a la aprobación de las bases de licitación se configura cuando la ley le ha entregado el conocimiento de estos asuntos al Tribunal de Contratación Pública (“TCP”) o a la CGR, cuestión que no ocurre en este caso, ya que ninguna de dichas instituciones es competente para conocer del proceder del Coordinador en la adjudicación de las licitaciones de obras de expansión del STN. Añade que, incluso en los casos en que el ordenamiento jurídico entrega atribuciones a tales entidades para conocer de impugnaciones en materia de licitaciones, el Tribunal ha reconocido que en casos excepcionales sería competente para conocer de los mismos hechos. Indica que, si bien la jurisprudencia del Tribunal no ha ahondado en cuáles serían esos casos excepcionales, el informe en derecho de Jaime Arancibia, acompañado por Ferrovial a folio 89, señala que uno de esos casos sería el incumplimiento de criterios de razonabilidad e igualdad de los oferentes previstos en las bases de licitación, que sería precisamente el caso de autos, por lo que el Tribunal sería competente para conocer de la demanda de Ferrovial (observaciones a la prueba de Ferrovial, folio 366, pp. 11-16; e informe en derecho Arancibia, folio 88, pp. 22-25);

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Trigésimo tercero: Que en virtud de lo dispuesto en los artículos 2°, 3° y 18 N° 1 del D.L. N° 211, por regla general este Tribunal es competente para conocer de cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, sin limitaciones en cuanto a la naturaleza de los hechos impugnados ni a la calidad o características de los agentes que los realizan. Sin perjuicio de ello, este Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones en el sentido que *“salvo casos excepcionales, cuando las bases de una licitación se ajustan a lo dispuesto en el D.L. N° 211, la competencia de este Tribunal para pronunciarse respecto de actos de autoridad que transcurran con posterioridad a su aprobación, cesa luego de completada la tramitación del acto administrativo aprobatorio. Tales asuntos dicen relación normalmente con el cumplimiento y apego a las bases de licitación y, consecuentemente, con el resguardo del principio de legalidad, al cual, por expreso mandato constitucional (replicado en la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado), están sujetos todos los órganos del Estado. Por esta razón, el ordenamiento jurídico suele entregar la competencia de estos asuntos a otras instituciones, tales como el H. Tribunal de la Contratación Pública (en el caso del artículo 24° de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios) o la Contraloría General de la República”* (Sentencia N° 138/ 2014, c. 12°). En ese mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema (v.gr., sentencia de 6 de agosto de 2014 en causa Rol N° 13972-2013, c. 16°);

Trigésimo cuarto: Que, según se desprende de la jurisprudencia citada en el considerando precedente, 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.

En consecuencia, en casos de licitaciones que no estén sujetas al control judicial o administrativo del TCP y la CGR, respectivamente, el Tribunal sí es competente para conocer de cuestionamientos relativos a actos posteriores a la aprobación de las 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 quinto: Que, en el presente caso, se debe considerar que el Coordinador es un organismo que tiene la calidad de corporación autónoma de derecho público, no obstante, la LGSE señala que no forma parte de la Administración del Estado. Por estas razones, se ha llegado a concluir que tiene caracteres que llevan a la entidad a ser más bien encuadrable en la categoría de agencia independiente (Mardones, Marcelo, 2017. *Naturaleza jurídica del coordinador independiente del sistema eléctrico*. Revista Jurídica Digital UANDES). De esta forma, si actuaciones de entidades estatales pueden estar

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sujetas al escrutinio en esta sede, como la jurisprudencia citada avala, con mayor razón resulta competente este Tribunal para conocer del proceder de un ente con las especiales características del Coordinador, como agencia independiente;

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;

C.2 Litisconsorcio

Trigésimo séptimo: Que, en la contestación de la demanda, el Coordinador alegó que su intervención y competencia en el proceso licitatorio se agotó cuando informó a la Comisión del resultado de la Licitación, el 27 de octubre de 2022, y que con posterioridad a ello se sucedieron una serie de actos administrativos de dicha Comisión y del Ministerio, que no fueron impugnados por Ferrovial. Estos actos administrativos son el informe de la Comisión sobre la evaluación de las ofertas, y el decreto de adjudicación del Ministerio que finalmente “materializó” la adjudicación que realizó el Coordinador. Añade que dichas entidades no fueron válidamente emplazadas en este proceso, por lo que la validez y eficacia de los actos administrativos dictados por ellas escapa a la competencia específica del Tribunal en estos autos. En consecuencia, no sería posible retrotraer el proceso a la etapa de evaluación de ofertas, como pretende Ferrovial;

Trigésimo octavo: Que a folio 322, se recibió la respuesta del Ministerio a una solicitud del Tribunal, en la cual señala que, si este Tribunal estimara que existe mérito suficiente para dejar sin efecto el acta de adjudicación o el proceso licitatorio del Coordinador, ello traería como efecto mediato la afectación del Decreto N° 15T, pues perdería los antecedentes que le sirvieron de fundamento para dictarlo, circunstancia que derivaría en su revocación, y que “[e]llo cobra relevancia toda vez que se produciría un efecto directo de la sentencia en el Ministerio de Energía sin que haya sido legalmente emplazado en la disputa vertida por Ferrovial en contra del mencionado sujeto pasivo, ocasionándose de esta forma una vulneración al efecto relativo de las sentencias contemplado en el inciso 2° del artículo 3° del Código Civil” (Oficio Ordinario N° 1590);

Trigésimo noveno: Que, con posterioridad a esta respuesta del Ministerio, a folio 382 ISA acompañó un informe en derecho de Raúl Núñez Ojeda, titulado “Legitimación y litisconsorcio pasivo necesario en el Derecho de la competencia

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

chileno. Omisión de la constitución de un litisconsorcio necesario impropio en la demanda de Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA contra el Coordinador Eléctrico Nacional (“Informe Núñez”). El informe consigna que el litisconsorcio pasivo necesario impropio “*es aquel proceso con la presencia necesaria de varios sujetos en la posición pasiva que de modo obligatorio deben formar parte de la relación jurídico-procesal, pero que se caracteriza por no estar expresamente establecido por la ley, debiendo determinarse su existencia de la naturaleza de la relación jurídico material deducida en el proceso*” (folio 372, p. 28). Añade que, a consecuencia de su inobservancia, se puede dar lugar a: **(a)** la absolución de instancia; **(b)** la nulidad de la sentencia; y **(c)** la inoponibilidad de la sentencia. En aplicación de la teoría al caso de autos, ISA indica que la demanda de Ferrovial solicita que se deje sin efecto la descalificación de su oferta económica, ordenándose al Coordinador retrotraer el proceso de licitación, lo que necesariamente requiere la participación de terceros no emplazados en el procedimiento, como la Comisión y el Ministerio. Argumenta que la omisión de Ferrovial de emplazar a dichas entidades les ha impedido intervenir en este proceso y ejercer su derecho a defensa, lo que redundaría en que el Tribunal se encontraría impedido de pronunciarse sobre el fondo de la demanda sin que ello signifique una afectación de la garantía del debido proceso. Adiciona que, incluso si se dicta sentencia sobre el fondo del asunto, esta sería inoponible al Ministerio y la CNE producto de su falta de emplazamiento;

Cuadragésimo: Que, luego, en sus observaciones a la prueba, el Coordinador se pliega a los argumentos expuestos en el Informe Núñez, y hace referencia a la respuesta y argumentación del Ministerio en el citado Oficio Ordinario N° 1590, en cuanto a que se podría ocasionar una vulneración al efecto relativo de las sentencias (folio 363, pp. 6-11);

Cuadragésimo primero: Que, a folio 361, Ferrovial hizo presente sus consideraciones respecto de lo expuesto en el Informe Núñez. En lo medular, señaló que el litisconsorcio pasivo necesario impropio es excepcional en sede de libre competencia, donde solo corresponde que sean demandados aquellos agentes económicos a quienes se pretende atribuir responsabilidad por haber incurrido en un ilícito anticompetitivo. Atendido que en el caso de autos ni la Comisión ni el Ministerio habrían participado en la ejecución de la conducta anticompetitiva imputada por Ferrovial al Coordinador, a saber, la descalificación injustificada de su oferta económica, estos no podrían ser legitimados pasivos de la acción incoada. Añade que, de acogerse la demanda, ni el Ministerio ni la Comisión sufrirían perjuicio alguno, y que, en todo caso, los efectos de que se acoja la demanda y que se declare el término de la vigencia de la decisión descalificatoria, consistentes en que deban ser modificados parcialmente ciertos actos administrativos subsecuentes dictados en base a esta, no se verificarían a partir de una orden del Tribunal respecto de la Comisión o

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el Ministerio, sino que se producirían como consecuencia legal de que dichos actos posteriores hayan perdido uno de los supuestos en virtud de los cuales fueron dictados;

Cuadragésimo segundo: Que, para efectos de evaluar las alegaciones de ISA y el Coordinador en esta materia, debe tenerse presente que, en virtud de lo establecido en el artículo 3° del D.L. N° 211, el sujeto pasivo de una acción infraccional en esta sede es el que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, quien será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 del mismo decreto ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. En consecuencia, las demandas y requerimientos por infracción al D.L. N° 211 deben deducirse en contra de aquellas personas naturales o jurídicas que hayan participado en la ejecución del hecho que se imputa como anticompetitivo. Esto es de toda lógica, teniendo en consideración que lo que se persigue en los procedimientos contenciosos en esta sede es precisamente atribuir responsabilidad a un agente por la vulneración de la normativa que resguarda la libre competencia o la tendencia a infringir la misma;

Cuadragésimo tercero: Que, en el caso de autos, la conducta que la Demandante imputa como anticompetitiva es la descalificación de su oferta económica por parte del Coordinador. Es esta entidad quien tomó la decisión de descalificar la oferta de Ferrovial, sin participación de la Comisión ni del Ministerio, quienes solo intervinieron con posterioridad en el proceso licitatorio dictando las resoluciones administrativas necesarias para hacer operativa la adjudicación de la Licitación una vez que la oferta de Ferrovial ya había sido desechada, y no fueron partícipes de la conducta imputada en autos. En consecuencia, no era necesario que Ferrovial dirigiese su acción también en contra de la CNE y del Ministerio, por lo cual la alegación de falta de litisconsorcio pasivo necesario impropio será desestimada;

Cuadragésimo cuarto: Que una cuestión distinta es determinar si la Comisión o el Ministerio, que no fueron emplazados en estos autos, pueden verse afectados de algún modo por la sentencia de término. Ante ello, es necesario distinguir **(a)** la posibilidad de que en la parte resolutive se dispongan medidas dirigidas a dichas entidades, de **(b)** las consecuencias derivadas del denominado “efecto reflejo” de las sentencias judiciales;

Cuadragésimo quinto: Que, cabe descartar desde ya la posibilidad de sancionar o imponer medidas a personas naturales o jurídicas que no hayan sido emplazadas en este procedimiento contencioso, toda vez que ello redundaría en una infracción de la regla del efecto relativo de las sentencias, establecida en el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

inciso 2° del artículo 3° del Código Civil (“C.C.”), sin perjuicio de las eventuales vulneraciones del derecho a defensa que se podrían hacer valer;

Cuadragésimo sexto: Que, con todo, tal como lo ha destacado la doctrina, la sentencia judicial corresponde tanto a un acto como un hecho jurídico. En el primer sentido, se define como “(...) *la declaración de voluntad del juez sobre el objeto sometido a su decisión una vez alcanzada una decisión sobre el mismo. Al resolver la controversia jurídica, del pronunciamiento del juez se derivan una serie de efectos queridos y previstos por el mismo en la resolución y perseguidos por las partes al promover el proceso. Son los efectos directos, esto es, los constitutivos, declarativos o de condena, dependiendo de la pretensión ejercitada, así como el efecto de cosa juzgada*”. En el segundo sentido, se ha establecido que “(...) *la sentencia se puede considerar también como hecho jurídico. Se alude con este concepto, al mismo fenómeno contemplado desde una perspectiva diversa: como acaecimiento desligado de la voluntad del juzgador. Por la mera existencia de un pronunciamiento judicial se constatan determinados efectos no queridos ni previstos por el juez en la resolución, ni perseguidos directamente por las partes al promover el proceso. Son los efectos indirectos, colaterales, secundarios o reflejos, cuando van referidos a los terceros. Puesto que no se pueden atribuir directamente a la declaración de voluntad en que consiste la sentencia, pues están fuera del objeto de la misma, su causa inmediata debe hallarse en una circunstancia diversa, esto es, en la ley o en la conexión de las situaciones jurídicas. La sentencia, como hecho jurídico, se integra en el supuesto de hecho de normas de las que se derivan efectos –colaterales o reflejos– con un contenido determinado y diverso en cada caso*” (Rosende, 2001, pp. 493-4, citado en Romero Seguel, Alejandro, “*La sentencia como medio de prueba*”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 39 N° 2, p. 263);

Cuadragésimo séptimo: Que, en relación con la eventual necesidad de evaluar la invalidación sobreviniente de actos administrativos, como consecuencia de que uno de sus actos fundantes ha perdido validez con motivo de la dictación de la sentencia, corresponde destacar que una sentencia judicial, “*puede producir efectos respecto de cierto tipo de terceros, que sin haber sido parte en el proceso, por tener respecto del objeto allí decidido una determinada posición jurídica terminan siendo vinculados con la declaración contenida en una sentencia firme y ejecutoriada*” (ibid.). En el caso de autos, esto se traduce en que la sentencia del Tribunal puede tener respecto de terceros que no fueron parte de la relación procesal, como la Comisión y el Ministerio, una eficacia refleja o efecto ultra partes, por tener respecto del objeto decidido una determinada posición jurídica conexas;

Cuadragésimo octavo: Que, en suma, si bien en un proceso contencioso el Tribunal no podría imponer sanciones ni medidas dirigidas a terceros que no han sido demandados en autos por infringir el D.L. N° 211, como la Comisión y el Ministerio, ello no obsta a que la sentencia, en su calidad de hecho jurídico,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

produzca efectos respecto de uno de los hechos fundantes de determinados actos administrativos dictados por aquéllos. Si bien los actos administrativos subsecuentes no se volverían ineficaces como consecuencia directa de la sentencia, podrían ser dejados sin efecto por parte de los órganos administrativos competentes en caso de estimarlo necesario, atendida la invalidación del acto previo del Coordinador que les servía de sustento;

D. HECHOS ESTABLECIDOS EN EL PROCESO

Cuadragésimo noveno: Que a continuación se describirán aquellos hechos relevantes que han quedado asentados a partir de la prueba aportada en autos;

D.1. Acontecimientos coetáneos a la Licitación de 2022

Quincuagésimo: Que el 17 de enero de 2022 el Coordinador realizó el llamado a licitación pública internacional por el grupo de obras N° OC_G1, junto con otros cuatro grupos de obras. Las respectivas Bases Administrativas Generales se publicaron el 19 de enero de ese año, y el plazo de recepción de ofertas técnicas y económicas fue entre el 24 y 29 de junio de 2022 (folio 17, p. 21).

El 6 de septiembre de 2022 se realizó la apertura de las ofertas económicas, quedando todas disponibles en el sitio *web* de Coordinador. El plazo para adjudicar la Licitación fue el 14 de septiembre de 2022 (*ibid.*);

Quincuagésimo primero: Que, durante la Licitación en curso y previo a la adjudicación, el 8 de septiembre de 2022 se realizó una audiencia entre funcionarios del Ministerio y representantes de Transelec, propietaria de las dos obras de ampliación del grupo N° OC_G1 y oferente en la misma. La audiencia se gestionó vía Ley N° 20.730 que regula el *lobby* y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios, constando del acta pública acompañada a folio 126 que la materia tratada fue “*el tema de Licitación Obras de Ampliación*” (disponible también en el enlace: <https://www.leylobby.gob.cl/instituciones/AU002/audiencias/2022/470060/573600>).

El mismo día de dicha audiencia, Claudia Carrasco, gerenta de regulación e ingresos de Transelec, envió una carta al Coordinador para manifestar la preocupación de dicha empresa respecto de la oferta de Ferrovial. Le informó que la empresa realizó un análisis sobre las consecuencias y perjuicios que podría acarrear la adjudicación a Ferrovial de estas obras de ampliación, y cómo se verían afectados sus ingresos y la gestión, ejecución y desarrollo de las mismas (folio 25). Junto a la carta envía una minuta realizada por la empresa Ohmio Energía SpA (“Minuta Ohmio”, folio 26);

Quincuagésimo segundo: Que la Minuta Ohmio evalúa los posibles efectos de la adjudicación a Ferrovial con los valores que ofertó para el referido grupo de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

obras. El documento identifica, a grandes rasgos, los siguientes riesgos (ibid., pp. 1 y 3-5):

- (a) Ferrovial tendría un fuerte incentivo para destinar todos sus recursos al desarrollo de la obra nueva y ninguno a las obras de ampliación, puesto que en la primera se centraría su remuneración. Esto conllevaría el riesgo de que las ampliaciones sean abandonadas;
- (b) Las garantías y multas de las Bases no garantizarían el desarrollo de las obras de ampliación, ni tampoco constituirían incentivo suficiente para que no sean abandonadas. Lo anterior, debido a que su magnitud oscila entre un 0,5% y 10% del precio del contrato (precio que, en este caso, sería de un dólar estadounidense);
- (c) El artículo 114 bis de la LGSE establece que ante retraso o indisponibilidad de una obra que provoque ingresos tarifarios reales superiores a los niveles normales referenciales, el exceso de ingresos se destinará como compensación a los generadores afectados, lo que redundaría en un alza del cargo a pagar por los clientes finales;
- (d) Transelec perdería el derecho a percibir la remuneración de la ampliación de la obra (A.V.I. calculado a partir del V.I. ofertado), aun cuando es responsable de operarla y mantenerla por 20 años, y de las reposiciones o fallas que pudieran afectarla durante su vida útil;
- (e) Transelec debería incurrir en la operación y mantención de la ampliación, recibiendo un C.O.M.A. equivalente al 1,6% del V.I. ofertado (véase, considerando décimo) hasta el siguiente proceso de valorización, lo que le generaría un perjuicio como propietario; y
- (f) De acuerdo con el artículo 72-20 de la LGSE, Transelec tendría que compensar a los clientes en caso de indisponibilidad del suministro a clientes finales causado por todo evento o falla ocurrido en instalaciones eléctricas de transmisión.

Agrega que *“Lo único que debe considerar el Coordinador a efectos de adjudicar la obra es el valor total ofertado por todo el grupo. La oferta económica de Ferrovial no se ajusta a lo anterior y no representa los costos reales de las obras, generando con ello distorsiones relevantes tanto para los clientes finales como para el propietario de la obra”* (pp. 4-5);

Quincuagésimo tercero: Que, ante los riesgos previamente identificados, la Minuta Ohmio entrega al Coordinador tres propuestas de acción (véase, folio 26, p. 1).

La primera, consiste en *“Aplicar la literalidad de los artículos 135 y 147 del DS37/2019 estableciendo las prorratas allí señaladas para efectos del valor de los contratos y de los valores establecidos en los decretos a que hace referencia el*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

artículo 96 de la Ley. Lo anterior se puede materializar mediante dos mecanismos

- Enviar una carta a todos los adjudicados indicando los valores resultantes de aplicar las prorratas.
- Aplicar las prorratas en el acta de evaluación económica, sin aviso previo a los oferentes".

Además, presenta una propuesta de prorratas a aplicar por el Coordinador respecto de las ofertas de menor valor global. Así, la adjudicación a Ferrovial quedaría con los siguientes valores:

TABLA N° 2
Aplicación de prorratas a la oferta económica de Ferrovial, sugerida por la Minuta Ohmio, en dólares estadounidenses

Obra	V.I. Referencial	Prorrata	Oferta original		Propuesta para adjudicar	
			V.A.T.T./A.V.I.	V.I.	V.A.T.T./A.V.I.	V.I.
Obra Nueva	\$194.462.361	96,9%	\$13.118.347	-	\$12.707.546	-
Obra de Ampliación 1	\$3.790.073	1,9%	\$0,09	\$1	\$247.670	\$2.623.821
Obra de Ampliación 2	\$2.496.381	1,2%	\$0,09	\$1	\$163.131	\$1.728.214
Valor Global			\$13.118.347	-	\$13.118.347	-

Fuente: Elaboración propia a partir de la Minuta Ohmio, folio 26, p. 10.

Nota: "Obra de Ampliación 1" corresponde a "Aumento de Capacidad Línea 2X220 kV Tarapacá-Lagunas, Tramo Nueva Lagunas-Lagunas" y "Obra de Ampliación 2" corresponde a "Ampliación en S/E Kimal 500 KV (IM)". Para el caso de la obra nueva, se muestra el V.A.T.T., y para el caso de una obra de ampliación, el A.V.I.

Es decir, el V.I. de un dólar ofertado por Ferrovial para las dos obras de ampliación ascendería a \$2,6 y \$1,7 millones de dólares estadounidenses, y el V.A.T.T. ofertado se reduciría a \$12,7 millones de dólares, manteniendo el valor global de la oferta original de la Demandante.

La segunda opción es "Dejar fuera de la licitación a Ferrovial por estimar que la oferta presentada contiene un vicio que justifica tal actuación", y la tercera y última opción sería "Dejar fuera de la licitación a Ferrovial o solicitar la nulidad de la adjudicación por estimar que Ferrovial actuó de mala fe al proponer un precio irrisorio viciando con ello el proceso o el contrato".

Agrega la referida minuta que "[e]n opinión de OHMIO la mejor alternativa es enviar la carta a los oferentes con las prorratas del artículo 135 del DS 37/2019". Se analizarán estas alternativas *infra* en la sección F de esta sentencia;

Quincuagésimo cuarto: Que, por su parte, el 13 de septiembre de 2022, ISA –oferente de la Licitación– envió una carta al Coordinador haciendo presente también su preocupación ante la oferta económica de Ferrovial por el grupo de obras N° OC_G1 (agregada al expediente a folio 28). En ella, señala que "no puede sino entenderse que [la oferta de Ferrovial] escaparía de una estrategia puramente competitiva, convirtiéndose eventualmente en una práctica de precios

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

predatorios que desvirtúa toda una institucionalidad, la ley y las prácticas adecuadas de la industria (...) y sienta un precedente preocupante para el futuro de esta clase de licitaciones por los desequilibrios que generaría a nivel tributario, contable, de titularidad de los activos, así como en términos remuneratorios de estos, de su costos de operación, mantenimiento, administración y renovación de dichas instalaciones” (pp. 1-2). En lo medular, esgrime que la oferta de un dólar estadounidense no cumple con: **(a)** la definición de “Precio del Contrato” dispuesta en el romanillo *xlvii.*, sección 3, de las Bases; **(b)** la definición de V.I. establecida en el artículo 103 de la LGSE; **(c)** el numeral 8.5 de las Bases, referido a la internalización de todos los costos en la oferta económica; y **(d)** el punto 7.1 y subpunto 7.1.1. de las Bases de Ejecución de Obras de Ampliación de la Licitación (disponibles a folio 19), nuevamente, en relación con el precio del contrato (pp. 2-4);

Quincuagésimo quinto: Que, conforme a los argumentos vertidos en el motivo anterior, ISA solicita al Coordinador: **(i)** no considerar la oferta de Ferrovial, debido a que adolece de errores, y adjudicar al proponente que quedó segundo conforme al orden de elegibilidad (*i.e.*, menor valor global, lo que correspondería a su propia oferta) o, en subsidio, suspender el proceso mientras no exista total claridad de los puntos abordados; e **(ii)** instruir a la unidad de monitoreo de la competencia del Coordinador analizar la oferta de Ferrovial con el objeto de examinar si se enmarca en la hipótesis del artículo 3° del D.L. N° 211, en lo relativo a una práctica predatoria, o que de alguna manera altere el régimen de licitaciones de la Ley General de Servicios Eléctricos u otra normativa relacionada (folio 28, p. 5);

Quincuagésimo sexto: Que el 14 de septiembre de 2022, el Coordinador emitió el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de la Licitación, donde descalificó las ofertas económicas de Ferrovial y adjudicó el grupo N° OC_G1 a ISA, esgrimiendo los argumentos de ISA transcritos en las letras (a), (c) y (d) de la consideración quincuagésimo cuarta;

Quincuagésimo séptimo: Que, con posterioridad a la adjudicación, el 28 de ese mismo mes, el Coordinador respondió a las cartas de Transelec e ISA, remitiéndose a lo resuelto en el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas. En la respuesta a ISA, el Coordinador añade que los antecedentes fueron remitidos a su unidad de monitoreo de la competencia (a folio 279, adjunto a certificado de folio 278). El 6 de diciembre de 2022, el Ministerio dictó el decreto de adjudicación respectivo (folio 143), a saber, el Decreto N° 15T, cuya toma de razón tuvo lugar el 13 de junio de 2023, posterior a la interposición de la demanda de autos;

Quincuagésimo octavo: Que la CGR tomó razón del Decreto N° 15T con el siguiente alcance:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

“La Contraloría General ha dado curso al decreto (...), 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 95° de la Ley General de Servicios Eléctricos.

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” (folio 143, p. 17).

Como ya se adelantó, los artículos 135 inciso tercero y 147 inciso final del Reglamento hacen alusión a la aplicación de una regla de prorrateo, procedimiento que será descrito con mayor detalle más adelante;

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;

D.2. Tratamiento de ofertas anteriores por parte del Coordinador

Sexagésimo: Que, respecto de la forma de proceder del Coordinador, en relación con las licitaciones llevadas a cabo durante 2015, 2017 y 2020 por obras de transmisión, a las que Ferrovial hace referencia en su acusación (véase, consideración vigésimo tercera), es posible afirmar lo siguiente;

Sexagésimo primero: Que el 23 de julio de 2015, la Dirección de Peajes del Centro de Despacho Económico de Carga del Sistema Interconectado Central (“CDEC SIC”, antecesor del Coordinador), llamó a licitación pública internacional por las obras nuevas fijadas por Decreto Exento N° 158/2015 de 16 de abril de 2015, del Ministerio. Entre ellas, el proyecto licitado N° 1 estuvo compuesto por: **(a)** una primera etapa, con la obra nueva “Subestación Seccionadora Nva. Diego Almagro”; y, **(b)** una segunda etapa, con las obras nuevas “Nueva línea 2x220 kV S/E Nva. Diego de Almagro - Cumbres” y “Banco de Autotransformadores 1x750 MVA 500/220 kV” (véase, bases contenidas en Resolución Exenta N° 364 de 15 de julio de 2015, de la Comisión, a folio 3);

Sexagésimo segundo: Que, como se observa de la Tabla N° 3, Celeo Redes Chile Ltda. y Ferrovial ofertaron un V.A.T.T. de cero dólares estadounidenses para la primera etapa del proyecto (Acta de Apertura de Oferta Económica, folio 4). No obstante, no consta en el expediente de autos la respectiva acta de evaluación de ofertas económicas para efectos de determinar si estas fueron o no descalificadas;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TABLA N° 3
Ofertas económicas recibidas para la licitación de 2015 por el proyecto N° 1
en dólares estadounidenses

Oferente	V.A.T.T. Etapa 1	V.A.T.T. Etapa 2	V.A.T.T. Total
Celeo Redes Chile Ltda	\$0	\$5.291.261	\$5.291.261
Consortio Saesa – Chilquinta	\$1.429.360	\$4.311.041	\$5.740.401
Transec Holdings Rentas Limitada	\$1.456.500	\$4.369.500	\$5.826.000
Consortio Enlasa (Energía Latina S.A. - Ingeniería Agrosonda SpA)	\$1.205.600	\$4.822.400	\$6.028.000
Consortio Red Eléctrica Internacional S.A. - Cobra Instalaciones y Servicios S.A.	\$2.072.130	\$6.249.680	\$8.321.810
Ferrovial	\$0	\$9.697.937	\$9.697.937

Fuente: Acta de Apertura de Oferta Económica a folio 4.

Sexagésimo tercero: Que las bases de esta licitación, contenidas en la Resolución Exenta N° 364 de 2015, de folio 3, difieren de aquellas que fueron aplicadas en la Licitación de 2022. Por ejemplo, el párrafo de la cláusula contenida en el numeral 8.5 (folio 17, p. 59) relativo a la internalización de los costos necesarios para ejecutar las obras y permitir su entrada en operación, dentro de la oferta económica, no se encuentra en la licitación 2015 (véase, folio 3, p. 36, numeral 9.4). Asimismo, tampoco se encuentra una definición del precio del eventual contrato resultante de la adjudicación. Sin perjuicio de lo anterior, se replican algunas cláusulas relativas a la incorporación de algunos costos dentro de la oferta económica;

Sexagésimo cuarto: Que el 28 de septiembre de 2017 el Coordinador llamó a licitación pública internacional por tres obras nuevas fijadas por Decreto Exento N° 422/2017 de 9 de agosto de 2017, del Ministerio (véanse, bases contenidas en Resolución Exenta N° 518 de 21 de septiembre de 2017, del Ministerio, disponibles en: <https://www.cne.cl/wp-content/uploads/2015/07/Res.-Ex.-CNE-518-2017-Bases-de-Licitaci%C3%B3n-Obras-Nuevas.pdf>).

Respecto de las obras pertenecientes al subconjunto B, a saber: (a) la obra nueva N° 1 “S/E Seccionadora Nueva Chuquicamata 220 kV y Nueva Línea 2x220 kV entre Nueva Chuquicamata – S/E Calama, tendido del primer circuito”; y (b) la obra nueva N° 3 “Línea Nueva Puerto Montt – Nueva Ancud 2x500 kV 2x1500 MVA, ambos energizados en 220 kV y S/E Nueva Ancud 220 kV”; se recibieron cinco ofertas económicas con un valor de cero dólares estadounidenses para el A.V.I., C.O.M.A. y/o V.A.T.T, correspondientes a la primera de dos etapas de cada una de ellas;

La especificación de las cinco ofertas recién mencionadas es la siguiente:

- (a) Para la obra nueva N° 1, y respecto de la Etapa 1 “construcción de la subestación seccionadora Nueva Chuquicamata – Calama con tendido del primer circuito”, los oferentes (i) Transec, (ii) Consortio Celeo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Redes Chile – España y (iii) Engie Energía Chile S.A., presentaron un A.V.I., C.O.M.A. y, por tanto, V.A.T.T., de cero dólares estadounidenses. La empresa (iv) Besalco Energía Renovable S.A. presentó sólo para el C.O.M.A. un valor de cero dólares; y

- (b) Para la obra nueva N° 3, y respecto de la Etapa 1 “construcción de la subestación Nueva Ancud junto con sus seccionamientos y todos sus elementos”, la sociedad (v) Transelec Holding Rentas Limitada presentó un A.V.I., C.O.M.A. y V.A.T.T. de cero dólares estadounidenses.

De las ofertas anteriores, sólo la obra nueva N° 1 resultó adjudicada a una oferta de cero dólares, a saber, la propuesta de Engie Energía Chile S.A. (Acta Final del Proceso de Licitación a folio 5);

Sexagésimo quinto: Que, de manera similar a la licitación de 2015 que fue examinada precedentemente, las bases de la licitación de 2017 presentan ciertas diferencias con las Bases de la Licitación de 2022, en relación con los mismos puntos descritos en el considerando sexagésimo tercero *supra*. Así, el párrafo que se encuentra en ambas bases de licitación, es decir, tanto en la efectuada en 2015 como en 2017, es el siguiente:

“El Proponente no incorporará en su Oferta Económica los costos por el uso de instalaciones comunes, terrenos, servicios auxiliares, servicios de comunicaciones y demás instalaciones relacionadas con el Sistema Interconectado correspondiente, que no formen parte del Proyecto, cuyo monto y pago por parte de los usuarios del sistema de transmisión será determinado posteriormente conforme a la normativa que se encuentre vigente. Del mismo modo, los costos asociados a obras complementarias o adicionales que aparezcan durante la construcción del Proyecto, o bien al momento de su conexión al sistema, deberán sujetarse a lo establecido anteriormente. Todos los otros costos se entenderán comprendidos en la Oferta Económica” (énfasis agregado, p. 56);

Sexagésimo sexto: Que, asimismo, el 28 de enero de 2020 el Coordinador llamó a licitación pública internacional por las obras de expansión fijadas por Decretos Exentos N° 198-2019 y N° 231-2019 del Ministerio (folio 128, Bases Administrativas Generales). En dicha ocasión, Ferrovial participó por el grupo de obras N° 9_198-231_OC_G02 compuesto por: (a) la obra nueva “Nueva S/E Seccionadora Loica y Nueva Línea 2x220 kV Loica – Portezuelo”; y (b) la obra de ampliación “Ampliación en S/E Portezuelo”. La oferta de la Ferrovial para el V.I. de la obra de ampliación fue de un dólar estadounidense, tal como se muestra en la Tabla N° 4 siguiente;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TABLA N° 4

**Ofertas económicas recibidas para la licitación de 2020 por el grupo de obras
N° 9_198-231_OC_G02 en dólares estadounidenses**

Oferente	V.A.T.T. Obra Nueva	V.I. Obra de Ampliación	Valor Global
Colbún Transmisión S.A.	\$1.783.474	\$7.974.000	\$2.536.163
Celeo Redes Chile Ltda.	\$1.759.839	\$11.291.994	\$2.825.723
Transelec	\$2.213.700	\$11.053.966	\$3.257.116
Ferrovial*	\$3.415.879	\$1	\$3.415.879
Engie Energía Chile S.A.	\$2.401.048	\$10.880.048	\$3.428.048
Transquinta S.A.	\$2.273.052	\$17.548.565	\$3.929.512
Besalco S.A.	\$2.526.026	\$15.672.244	\$4.005.375

Fuente: Elaboración propia a partir de la oferta económica de Ferrovial a folio 8 y el Acta Final del Proceso de Licitación a folio 10. *Ferrovial participó a través de Consorcio Ferrovial Power Infraestructure Chile SpA – Ferrovial Transco Chile IV SpA.

Sexagésimo séptimo: Que, cabe considerar que las cláusulas de las bases de licitación bajo las cuales el Coordinador fundamentó su decisión descalificatoria en la Licitación de 2022 (transcritas en las consideraciones vigésima y vigésimo primera), son las mismas que se encontraban vigentes dentro de este proceso licitatorio de 2020. En efecto, las bases correspondientes a dicha licitación contienen de igual forma los numerales 8.5 y 12.1 (pp. 55 y 76), relativos a la internalización de costos en la oferta y la suscripción del contrato entre adjudicatarios y propietarios, así como la definición de un “Precio del Contrato” en su sección 3, romanillo xxxviii. (folio 128, p. 12);

Sexagésimo octavo: Que el Coordinador publicó el Acta Final del Proceso de Licitación, el 27 de noviembre de 2020 (disponible a folio 10), donde se constata que Ferrovial también participó, y no fue descalificado por ofertar un dólar por el V.I. de la obra de ampliación. Más aun, el Coordinador indica en dicha acta que *“procedió a revisar que las Ofertas Económicas recibidas no presentan errores, omisiones, enmiendas, tachaduras ni condicionamientos de cualquier tipo; y que éstas se presentaron en Dólares y sin incluir IVA (impuesto al valor agregado) y cumplen con lo establecido en el ítem 10.4.2 de las Bases Administrativas Generales”* (p. 13). Asimismo, reitera lo anterior en el punto v) de la misma página recién citada, señalando que *“[r]especto de las restantes ofertas económicas [entre aquellas, la oferta de Ferrovial], el Coordinador ha verificado que estas no presentan errores y cumplen con lo establecido en el ítem 1 del numeral 10.4.2 de las referidas Bases, por lo cual se encuentran habilitadas para su evaluación”* (folio 10, p. 13). De aquello, se infiere que la oferta de Ferrovial de folio 8 fue considerada válida para el proceso de 2020, a pesar de haber ofertado un dólar por el V.I. de la obra de ampliación. Luego, se observa del mismo documento que el Coordinador procedió a evaluar el valor global de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la oferta de Ferrovial, posicionándola en cuarto lugar respecto del resto de ofertas recibidas (p. 15, al igual como se muestra en la Tabla N° 4 *supra*);

Sexagésimo noveno: Que, por último, para la licitación de 2021, el 18 de enero de 2021, el Coordinador dio curso a la licitación pública internacional por las obras nuevas fijadas por Decreto Exento N° 185/2020 y las obras de ampliación fijadas por Decreto Exento N° 171/2020, ambos del Ministerio (véase, Bases Administrativas Generales a folio 338). Si bien este concurso no fue abordado en la demanda, se acompañaron sus antecedentes por Ferrovial en escrito de folio 347, con el fin de acreditar el cambio de criterio del Coordinador en la Licitación de 2022 respecto de licitaciones pasadas.

En dicha oportunidad, destacaron las siguientes ofertas (Acta de Apertura Ofertas económicas a folio 339, pp. 3 y 5):

- (a) Celeo Redes Chile Ltda. ofertó para la obra nueva N° 20_185_ON_01 un C.O.M.A. de cero dólares estadounidenses; y
- (b) Besalco S.A. ofertó por el grupo de obras N° 20_185-171_G02 un V.I. de \$2.003.420 dólares estadounidenses. Dicho grupo estaba compuesto por (i) la obra nueva “Nueva S/E Seccionadora Baja Cordillera”, y (ii) la obra de ampliación “Aumento de capacidad Línea 2x220 kV Alto Jahuel – Baja Cordillera”, esta última, con un V.I. referencial de \$9.450.000 dólares estadounidenses.

De acuerdo con el Acta de Adjudicación de 28 de septiembre de 2021, a folio 341, el Coordinador adjudicó ambas ofertas con sus respectivos proyectos, conforme al menor V.A.T.T. en el primer caso, y al menor valor global para el segundo caso (Acta de Evaluación de Ofertas Económicas, folio 340);

Septuagésimo: Que, el 23 de septiembre de 2021, previo a la adjudicación de dicha licitación, Enel Transmisión Chile S.A. envió una carta al Coordinador comunicando su preocupación por la oferta económica de Besalco S.A. respecto de la obra de ampliación del grupo N° 20_185-171_G02. Esgrime que el V.I. referencial es 4,7 veces mayor que lo ofertado, y que la oferta no alcanza siquiera a cubrir los costos de los materiales requeridos para el proyecto. Indica que: *“vemos con preocupación que la subvaloración de la Obra de Ampliación Condicionada comprometa la materialización del proyecto sobre las instalaciones de mi representada, dado que en el caso de adjudicarse esta obra a Besalco, las pérdidas a asumir por el adjudicatario durante la construcción podrían ser mayores a los costos que le implique rescindir el respectivo contrato”* (folio 342);

Enel Transmisión Chile S.A. solicitó al Coordinador establecer un mecanismo que condicione la remuneración de la obra nueva a la entrada en operación de la obra de ampliación, en caso de adjudicar la oferta de Besalco S.A. (folio 342). No obstante, no obran en autos antecedentes que muestren que la adjudicación hubiere sido alterada, o de la aplicación de alguna condición como la solicitada;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Septuagésimo primero: Que las bases de la licitación de 2021 son idénticas a aquellas de la Licitación de 2022, en tanto contienen las mismas cláusulas 8.5 y 12.1 (pp. 60 y 81-82), referidas a la internalización de costos en la oferta económica y la suscripción del contrato entre adjudicatario y propietario, así como la definición del “Precio del Contrato” en su sección 3, romanillo xl. (folio 338, p. 13);

D.3. Aplicaciones del prorrateo descrito en los artículos 135 y 147 del Reglamento

Septuagésimo segundo: Que, teniendo en cuenta el alcance de Contraloría al cursar el Decreto N° 15T –decreto de adjudicación del grupo N° OC_G1– transcrito en el considerando quincuagésimo octavo, resulta necesario revisar el modo en que se aplicó el prorrateo de los valores adjudicados, mecanismo que fue utilizado en al menos dos ocasiones anteriores, durante licitaciones de 2018 y 2021;

Septuagésimo tercero: Que, por un lado, la Demandante en sus observaciones a la prueba hace alusión a una licitación de 2018 en que se utilizaron las mencionadas prorratas (folio 366, pp. 97-98). Al respecto, si bien, ni las bases o las instrucciones a los proponentes fueron acompañadas al proceso, es un hecho público que el 8 de octubre de 2018 el Coordinador llamó a licitación pública internacional por las obras de ampliación fijadas por Decreto Exento N° 418 de 2017 del Ministerio (véase, fuente de la Tabla N° 5 *infra*). En dicho proceso, se agruparon varias de estas obras, de manera que cada oferente debía ofertar un V.I. total por grupo y no individualmente. Asimismo, el Coordinador aclaró en las instrucciones de esa licitación que: “[e]n el caso de los Grupos de Obras con más de un Propietario, el Precio del Contrato se pagará por los respectivos Propietarios a prorrata de los A.V.I. referenciales de las obras incluidas en el respectivo Grupo” (documento Instrucciones a los Proponentes, p. 43);

Septuagésimo cuarto: Que, el 10 de diciembre de 2019, el Ministerio dictó el Decreto N° 11T, acompañado a folio 226, que fija las empresas adjudicatarias de la construcción de las obras de ampliación del sistema de transmisión zonal correspondientes al segundo llamado de la licitación de 2018 antes referida, señaladas en el artículo decimotercero transitorio de la Ley N° 20.936. En dicho decreto, se aplicó el prorrateo para el caso del grupo N° 17_418_Z_OA_G07. En efecto, se desagregó la oferta económica del oferente Consorcio Monlux Chile S.A. y Constructora RC Ingenieros Ltda. de modo que los V.I. adjudicados para cada obra de ampliación mantuvieran la misma proporción de los V.I. referenciales. A continuación, se ilustra la forma en que se aplicó el mecanismo;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TABLA N° 5
Aplicación de prorratas en licitación de 2018 para el grupo de obras N°
17_418_Z_OA_G07, en dólares estadounidenses

Grupo de obras N° 17_418_Z_OA_G07	V.I. total ofertado	V.I. Referencial	*Proporción %	V.I. adjudicado a prorrata
Ampliación S/E Pitrufquén	\$13.452.153	\$6.825.714	47,29%	\$6.361.281
Ampliación S/E Padre Las Casas		\$7.608.571	52,71%	\$7.090.872
Total	\$13.452.153	\$14.434.286	100%	\$13.452.153

Fuente: Elaboración propia a partir de la Tabla N° 1 de las observaciones a la prueba de Ferrovial, folio 366, p. 98, y del documento Instrucciones a los Proponentes, disponibles en: <https://www.coordinador.cl/desarrollo/documentos/licitaciones/ampliacion/obras-ampliacion-zonal-decreto-n-418/segundo-llamado-a-licitacion> (ruta: Segundo llamado > 02-Bases de Licitación > 01-Bases). *Proporción calculada a partir de los V.I. referenciales de cada obra.

Septuagésimo quinto: Que, respecto del segundo caso, la Demandada en sus observaciones a la prueba se refiere a una licitación de 2021 donde también se aplicó un prorrato en la oferta adjudicada (folio 363, p. 17). Al respecto, el 15 de noviembre de ese año, el Coordinador llamó a licitación pública internacional para las obras de ampliación fijadas por D.E. N° 185/2021 (véase, Bases Administrativas Generales, disponibles en el sitio *web* del Coordinador). Al igual que el proceso de 2018 al que se refiere la Demandante, en esta ocasión el Coordinador también incluyó en la página 48 de las bases el mismo extracto reproducido en la consideración septuagésimo tercera *supra*;

Septuagésimo sexto: Que, el 20 de septiembre de 2022, el Ministerio dictó el Decreto N° 13T que fija las empresas adjudicatarias de la construcción y ejecución de las obras de ampliación de los sistemas de transmisión nacional y zonal, contempladas en los Decretos Exentos N° 171 de 2020 y N° 185 de 2021. Para la oferta económica adjudicada al oferente B. Bosch S.A. por el grupo de obras N° G01, se puede concluir que se prorrató el V.I. ofertado, considerando que se debía ofertar un V.I. total por grupo y no individualmente. La aplicación de las prorratas se ilustra en la Tabla N° 6 siguiente;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

TABLA N° 6

Aplicación de prorratas en licitación de 2021 para el grupo de obras N° G01, en dólares estadounidenses

Grupo de obras N° G01	V.I. total ofertado	V.I. Referencial	*Proporción %	V.I. adjudicado a prorrata
Ampliación en S/E Nueva Pichirropulli 220 kV (IM)	\$6.030.234	\$929.523	25,48%	\$1.536.580,89
Ampliación en S/E Pichirropulli (RTR ATMT)		\$2.718.343	74,52%	\$4.493.653,11
Total	\$6.030.234	\$3.647.866	100%	\$6.030.234

Fuente: Elaboración propia a partir del Decreto 13T del Ministerio, Tabla 1, N° 22 y 23, y las Bases Administrativas Generales, disponibles en: https://cdec365.sharepoint.com/:f:/s/Licitaciones/EkO_uLiYm3LJs0GcHZ5_TGIBqq6nDMjfgmbWilcmVO8fA?e=w98RfO (ruta: 2021 Decreto Exentos N°185-N°171 > 02 Bases de Licitación > 01 Bases Administrativas > 01 Bases Administrativas Generales_BAG). *Proporción calculada a partir de los V.I. referenciales de cada obra.

Septuagésimo séptimo: Que, para dicha oferta económica, se observa de la tabla anterior que el valor de inversión total ofertado se prorrateó de tal forma que los V.I. finalmente adjudicados para cada obra de ampliación mantuvieran la proporción de los V.I. referenciales;

E. MERCADO RELEVANTE

Septuagésimo octavo: Que existe controversia respecto del mercado relevante de autos y el rol del Coordinador en el mismo. Sobre ello, Ferrovial arguye en su demanda que el mercado relevante es la Licitación de 2022. Especifica que la dimensión del producto corresponde al servicio público de transmisión de electricidad, prestado a través del grupo de obras N° OC_G1, y que su dimensión geográfica corresponde a todo el SEN. En ese sentido, indica que la competencia “por la cancha” se produce por la vía de adjudicarse el referido grupo de obras, para así desafiar a los incumbentes del sistema de transmisión, donde el Coordinador, sin ser un competidor directo, actúa como un agente regulador cuyas decisiones producen consecuencias directas en las licitaciones por obras de expansión (folio 36, pp. 9, 34, 48 y 62).

Asimismo, a folio 215, Ferrovial acompañó un informe económico elaborado por Mauricio Villena, Andrés Hernando y Valentina Apablaza, el cual, si bien no determina explícitamente un mercado relevante, señala que “*el ‘vendedor con poder de mercado o monopolístico’ es, en este caso, justamente el Coordinador Eléctrico, y es este organismo regulador el que ofrece el paquete de obras, y los ‘consumidores’ en este mercado son precisamente las empresas oferentes a las que el diseño del proceso licitatorio fuerza a competir entre sí*” (folio 214, p. 29);

Septuagésimo noveno: Que, por su parte, el Coordinador en su contestación esgrime que la definición de mercado relevante de la Demandante no es

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

adecuada, considerando que, en el caso de obras de ampliación, *“lo adjudicado es simplemente la construcción de la ampliación de una obra de transmisión ya existente, propiedad de un tercero”* y cita la sentencia de 5 de octubre de 2020 del máximo tribunal, Rol N° 8843-2019, para concluir que un concurso por la construcción de una obra no puede constituir un mercado relevante en sí mismo. Afirma además que, *“[c]omo es público y notorio, existen muchos otros actores, distintos del Coordinador, tanto públicos como privados, que demandan la construcción de diversas clases de obras de infraestructura a lo largo del país, ya sea a través de licitaciones u otros mecanismos de contratación”*, refiriéndose a lo resuelto por este Tribunal en la Sentencia N° 114/2011 (folio 78, pp. 7-9). Respecto a su rol en el mercado, indica que no es un agente del mercado, y por lo mismo, no participa del mercado relevante como oferente ni como demandante de los bienes y servicios pertinentes (folio 78, pp. 13-14);

Octogésimo: Que, en lo que respecta al mercado relevante, la Excma. Corte Suprema ha señalado que *“éste debe ser establecido para posicionar el análisis de la autoridad, puesto que el mismo revelará los elementos esenciales del comportamiento de los competidores, agentes económicos y participantes en la prestación del servicio –producto– (...)”*, reiterando que *“no puede en caso alguno el sentenciador abstenerse de determinar el mercado relevante, pues en sede de libre competencia el establecimiento del mismo es imprescindible, ya que en definitiva es dentro de él donde se deben analizar todos los antecedentes acompañados”* (Excma. Corte Suprema, sentencia de 7 de enero de 2014, Rol N° 6264-2013, c. 15°);

Octogésimo primero: Que, en primer lugar, cabe desestimar la alegación del Coordinador respecto a que, para estas obras de ampliación, lo licitado es la construcción de éstas. Como fue expuesto en los acápites A y B *supra* de esta sentencia, el grupo de obras en disputa se compone de una obra nueva –donde lo licitado son los derechos de ejecución y explotación de ella– condicionada a la ampliación de dos obras ya existentes, siendo de carácter indivisible y, por tanto, sólo pudiendo adjudicarse conjuntamente. De esta manera, no es posible analizar de forma aislada la construcción comprendida en aquellas obras que han de ser ampliadas, puesto que las mismas también conllevan la construcción y explotación de una obra nueva durante toda su vida útil, máxime si dicha agrupación responde al bajo interés que existe en la industria por las obras de ampliación.

En el mismo sentido, no corresponde analizar la existencia de otros actores, públicos o privados, que pudieren demandar construcciones de magnitudes similares, ya que ningún otro actor tiene las atribuciones del Coordinador para licitar y adjudicar derechos de construcción y, principalmente, de explotación de obras de expansión, que le fueron conferidas por los artículos 95 y 96 de la Ley General de Servicios Eléctricos;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Octogésimo segundo: Que, en segundo lugar, habiendo asentado lo anterior, corresponde seguir el mismo marco de análisis de este Tribunal en otras ocasiones para el contexto de licitaciones públicas (v.gr., sentencias N° 186/2023, c. 138°; y N° 168/2019, c. 10° y 11°). Así, para efectos de delimitar la dimensión del producto del mercado relevante, se debe determinar si el Coordinador, en su calidad de organismo mandatado a licitar pública e internacionalmente los proyectos de expansión, actuó como un agente económico, esto es, como demandante de bienes o servicios, o bien, como un ente regulador que asigna derechos o recursos escasos, reemplazando la competencia *en el* mercado por competencia *por el* mercado, para que el adjudicatario sirva un mercado de manera monopólica por un periodo de tiempo. Se ha dicho que, en el primer caso, el mercado relevante involucrado será aquel en el que inciden los bienes o servicios licitados (Sentencia N° 114/2011, c. 27° y ss.); mientras que, en el segundo, el mercado relevante será precisamente la licitación (Sentencia N° 138/2014, c. 10°);

Octogésimo tercero: Que, en el presente caso, a partir de los antecedentes allegados al proceso, se colige lo siguiente: **(a)** se trata de un grupo de obras cuya inversión –a modo de referencia– fue evaluada en aproximadamente \$200 millones de dólares estadounidenses (folio 17, p. 18), representando un 68,5% de la inversión total asociada a los proyectos ofrecidos en la Licitación de 2022, donde cada uno posee características particulares y un lugar de emplazamiento distinto, siendo entonces difícilmente equiparable los unos a los otros; **(b)** lo licitado corresponde, principalmente, a los derechos de ejecución y explotación de una obra nueva durante su vida útil –la cual, según los testimonios citados en el considerando octavo, es del orden de 50 u 80 años– y, accesoriamente, a la construcción de dos ampliaciones de obras ya existentes, de manera que lo que se otorga es el monopolio de los derechos para la transmisión eléctrica de un tramo específico e indispensable para el cumplimiento de la proyección del SEN; y **(c)** el mecanismo de asignación de la licitación de autos determina al mismo tiempo la tarifa por los servicios de transmisión, puesto que ella dependerá del V.A.T.T. adjudicado y, posteriormente, del respectivo proceso de tarificación, de modo que la competencia *por el* mercado reemplaza a aquella que no se generaría *en el* mercado, aspecto confirmado en estrados por el testigo Paulo Oyanedel, director de la Unidad de Monitoreo de la Competencia del Coordinador (folio 268, p. 16, “*aquí lo que estamos en vista es una competencia por la cancha donde la gente compite por la licitación y trata de llevarse esta obra*”), y por el informe económico de folio 214 acompañado por la Demandante (“*se opta por contratar la ejecución y operación de las obras mediante licitaciones de aprovisionamiento trasladando la competencia ‘en la cancha’ (donde es imposible o indeseable por ineficiente) a competencia ‘por la cancha’ (que es factible y, bajo ciertas condiciones, puede garantizar una asignación eficiente)*”, p. 8).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Todo ello, permite concluir, sin lugar a duda, que se está ante el segundo escenario descrito en la consideración anterior, ya que el Coordinador está adjudicando derechos de construcción y de explotación monopólicos por un vasto periodo de tiempo mediante un proceso de licitación;

Octogésimo cuarto: Que, en lo concerniente a la dimensión geográfica del mercado relevante de autos, resta señalar que las Bases exigen que las personas jurídicas extranjeras deben estar debidamente constituidas en Chile para poder participar de la Licitación (folio 17, pp. 23, 25 y 27). Por consiguiente, su extensión ha de corresponder a todo el territorio nacional;

Octogésimo quinto: Que, en definitiva, a juicio de este Tribunal, el mercado relevante 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);

Octogésimo sexto: Que, a propósito del rol y participación del Coordinador en el mercado relevante previamente establecido, lo relevante es determinar la capacidad de la Demandada para fijar unilateralmente las condiciones del mercado, elemento que, en la práctica, resulta análogo al poder de mercado. Al respecto, la doctrina ha señalado que esta capacidad *“tiene lugar toda vez que una autoridad pública, que no participa en un determinado mercado relevante como competidor, ejerce sus potestades públicas en un sentido tal que modifica la natural interacción de la oferta y la demanda, alejando los precios u otras variables relevantes del nivel competitivo y, por tanto, del óptimo social estimado para la asignación de recursos. (...) En cuanto al origen del poder de mercado, éste puede derivar de actos de autoridad pública que directa o indirectamente han beneficiado a un competidor, confiriéndole el carácter de monopolista parcial”* (Valdés, Domingo, 2006. *Libre Competencia y Monopolio*. Santiago: Editorial Jurídica, pp. 56-57);

Octogésimo séptimo: Que, si bien el Coordinador no participa como oferente ni como demandante propiamente tal en el mercado que es objeto de esta controversia, interviene como ente público a quien la ley encomienda la coordinación de la operación del conjunto de instalaciones del SEN que operan interconectadas entre sí. En el ejercicio de esas funciones, le corresponde ejecutar las licitaciones por obras de expansión, determinar sus condiciones y finalmente aplicarlas a los oferentes, de modo que, en los términos referidos en el considerando precedente, *“ejerce sus potestades públicas en un sentido tal que modifica la natural interacción de la oferta y la demanda”* y por lo tanto las características del mercado, así como la posibilidad de acceder a él. En ese

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

sentido, en el ejercicio de esas atribuciones, la Demandada posee la capacidad de afectar la libre competencia, con independencia de que no participe en el mercado como oferente ni como demandante de servicios;

Octogésimo octavo: Que, asimismo, los actos de autoridad pueden ser conocidos y juzgados en sede de competencia, toda vez que las normas del D.L. N° 211 constituyen una parte esencial del orden público económico, al estar destinadas a garantizar derechos consagrados por la Constitución Política de la República, y que deben ser respetados no solo por los privados, sino también por el Estado, sus organismos y cualquier agente que actúe en ejercicio de potestades públicas. Así, cuando se trata de actos de autoridad que asignan un recurso o derecho escaso, el D.L. N° 211 contribuye a tutelar la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 21, en la medida que prevenga o reprima situaciones en las que tal asignación produzca la expulsión, restricción o impedimento ilegítimo o injustificado al acceso o expansión de un competidor en un mercado, lo cual es aplicable en este caso;

Octogésimo noveno: Que, en conclusión, el Coordinador al ser quien define, elabora y ejecuta las bases de licitación para las obras de expansión del mencionado grupo N° OC_G1, puede con sus actos afectar la libre competencia dentro del mercado relevante de autos;

Nonagésimo: Que, la afectación de la libre competencia por parte del órgano licitante exige demostrar que actuó de modo arbitrario o injustificadamente discriminatorio, es decir, que abusó de su poder en el ejercicio de sus potestades y que con ello afectó la libre competencia dentro de un mercado, cuestión que se revisará en la sección siguiente;

F. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA

Nonagésimo primero: Que, la acusación de Ferrovial consiste, en lo fundamental, en que la decisión adoptada por el Coordinador, a saber, descalificar su oferta económica para el grupo N° OC_G1 de la Licitación de 2022 –decisión plasmada en el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de folio 27– carece de justificación razonable, constituyendo, por tanto, un acto que impide, restringe o entorpece la libre competencia, e infringiendo así lo dispuesto en el artículo 3° inciso primero del D.L. N° 211;

Nonagésimo segundo: Que, en la citada acta, el Coordinador fundamentó su decisión de descalificar las ofertas de Ferrovial, señalando lo siguiente:

“Durante el acto de apertura de Ofertas Económicas se procedió a la apertura de las ofertas presentadas por el Proponente Ferrovial Power Infraestructure Chile SpA (Ferrovial) para los Grupos de Obras N° OC_G1, OC_G2, OC_G3 y OC_G4, identificándose que el Valor de Inversión (VI) ofertado en cada una de las Obras de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ampliación incluidas en los citados grupos, asciende a la suma de USD 1 (un dólar de los Estados Unidos de América), todas las que serán descalificadas, de acuerdo con lo dispuesto en el romanillo i. del numeral 10.5.1 de las Bases Administrativas Generales.

Lo anterior, debido a que las ofertas para las Obras de Ampliación señaladas, al ser presentadas con el valor de USD 1, no cumplen, entre otras disposiciones de las Bases, con lo dispuesto en 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 [inspección técnica de la obra] del proyecto, en el VI para la ejecución de las Obras de Ampliación.

A mayor abundamiento, dicho monto incide directamente a los Contratos, que son parte integrante de las Bases de Licitación para las Obras de Ampliación, pues no permite construir el Precio del Contrato, el que según la definición contenida en el romanillo vi. y romanillo xlvii. de la sección 3 de las Bases Administrativas Generales y la sección 7.1 de las Bases de Ejecución para Obras de Ampliación, consiste en 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, por lo que los Contratos que, de acuerdo con lo señalado en el numeral 12.1 de las Bases de Licitación, deben suscribir los Adjudicatarios con los respectivos Propietarios de las referidas obras carecerían de uno de los elementos de su esencia” (folio 27 acompañado en demanda de folio 36, p. 1).

Asimismo, el párrafo del numeral 8.5 de las Bases, al que alude el Coordinador en la transcripción anterior, dispone lo siguiente:

“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” (folio 17, p. 59);

Nonagésimo tercero: Que la Demandante justifica su imputación sobre la base de los siguientes elementos principales que resultaron controvertidos:

- (a) Esgrime que la exigencia del numeral 8.5 de las Bases (folio 17, p. 59), referente a que la “oferta económica” debe internalizar todos los costos necesarios para ejecutar las obras y su entrada en operación, tiene que entenderse sobre el valor global de un grupo de obras, y no sobre cada

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

variable que compone la oferta económica (*i.e.*, V.A.T.T. de la obra nueva y A.V.I. de las obras de ampliación). Indica que existen eficiencias en costos derivadas del desarrollo conjunto de las obras de un grupo, de manera que el costo de inspección técnica de obras (“I.T.O.”) se encuentra incorporado en el denominado valor global. Asimismo, señala que su oferta sí permite la creación del precio del contrato, toda vez que Ferrovial hubiera recibido el pago de un dólar estadounidense por la construcción de cada ampliación, importe que hubiera sido a cargo de Transelec, al ser propietario de las dos obras que serían ampliadas; y

- (b) Arguye que la Demandada contravino sus propios actos en licitaciones anteriores. De esta manera, durante 2015 y 2017, el Coordinador recibió varias ofertas con un V.A.T.T. de cero dólares para la primera etapa de construcción de una obra nueva, admitiéndolas e incluso resultando adjudicadas a dicho valor. En 2020, Ferrovial ofertó de igual forma un dólar por una obra de ampliación, sin que esta fuera desestimada y quedando posicionada en cuarto lugar respecto de sus competidores, en el contexto de bases de licitación idénticas a las de 2022. Por último, en sus observaciones a la prueba (folio 366, pp. 92-93) añade que, en 2021, el propietario de una obra cuya ampliación se licitaba manifestó su preocupación por la adjudicación de una oferta con un V.I. que, a su juicio, subvaloraba el costo de dicha ampliación y, ante dichas circunstancias, el Coordinador mantuvo su adjudicación.

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 prorrateo contenido en los artículos 135 inciso tercero y 147 inciso final del Reglamento (folio 227);

Nonagésimo cuarto: Que el Coordinador solicita el rechazo total de la demanda. Aduce que las bases de una licitación son las que delimitan el marco normativo por el que se rige el ente licitante y, si no se constatare infracción a la competencia a partir de dichas bases, correspondería examinar si el órgano licitante actuó respetando el principio de estricta sujeción a éstas. Al respecto, señala que Ferrovial no cuestiona el diseño o elaboración de las Bases de la Licitación de 2022, asunto que correspondería al ejercicio de sus facultades discrecionales. Lo que se imputa corresponde a un acto emitido en estricto apego a las Bases y legislación aplicable, especialmente, de los artículos 127 y 137 del Reglamento, ejerciendo potestades regladas y que, por tanto, serían legales. Agrega que no posee ningún incentivo para afectar la libre competencia,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en tanto debe actuar conforme al ordenamiento jurídico, de modo que no tendría sentido económico que hubiere incurrido en una infracción;

Nonagésimo quinto: Que, para cada uno de los elementos invocados por la contraparte, la Demandada arguye, a grandes rasgos, lo siguiente:

- (a) Indica que la oferta económica de Ferrovial incumplió de forma grave y flagrante lo dispuesto tanto en las Bases como en la normativa sectorial, explicando con mayor detalle la concurrencia de los fundamentos dentro del Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de la Licitación. Esgrime que las Bases eran claras, puesto de los demás oferentes sí internalizaron los costos de construcción y ejecución de las obras de ampliación, y que Ferrovial era consciente de ello, ya que, de no ser así, no hubiera puesto una cifra para los valores de inversión ofertados. Con todo, alega que el precio ofertado no fue real ni serio, de modo que la estrategia de Ferrovial buscaba obtener un beneficio ilegítimo, que hubiera generado un perjuicio para el propietario de las obras que serían ampliadas, y una serie de consecuencias negativas para el STN y el interés general; y
- (b) Argumenta que no ha sido contradictorio en su comportamiento, debido a que los concursos citados fueron sustancialmente distintos a la Licitación de 2022 y a que nunca ha adjudicado a una oferta económica de un dólar. Para los procesos de 2015 y 2017, se contemplaban garantías de manera independiente del precio ofertado e, incluso, el concurso de 2015 fue llevado a cabo por el antecesor del Coordinador. Respecto de la licitación de 2020, indica que, al validar la mejor oferta, se hizo innecesario evaluar las demás, de modo que todas las ofertas económicas no adjudicadas deben entenderse en condición de descalificación económica, aun cuando la oferta de Ferrovial hubiere quedado en cuarto lugar.

En relación con los argumentos suscitados con ocasión de la toma de razón con alcance del Decreto N° 15T por parte de la CGR, la Demandada señala que aquello no formó parte de las alegaciones de Ferrovial en su demanda. Añade además que el mecanismo de prorrateo no se encontraba establecido en las Bases, y resalta que no hubo controversia de ello en la causa (folio 246). Con todo, esgrime en sus observaciones a la prueba que dicho alcance se refiere a los procesos de licitación que en el futuro instruya el Coordinador –y en los que corresponda aplicar el prorrateo– y que la misma toma de razón del referido decreto es, en definitiva, el acto de término que reconoce y ratifica sus decisiones (folio 363, pp. 26-27);

Nonagésimo sexto: Que por motivos de orden y para mayor claridad, el presente acápite seguirá una estructura distinta al orden en que fueron vertidas

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

las alegaciones de las partes. En ese sentido, primero se evaluará la pertinencia de los argumentos de la Demandante relacionados al prorrateo contemplado en los artículos 135 y 147 del Reglamento y, si procediere, sus implicancias dentro de la discusión de estos autos; luego se examinará si la descalificación de la oferta económica de Ferrovial constituye un acto discriminatorio, considerando para ello el proceder del Coordinador en otras licitaciones; y finalmente, se analizará el mérito de los argumentos contenidos en el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de la Licitación de 2022, para determinar si la referida descalificación carece de justificación razonable y, por tanto, si corresponde a una discriminación arbitraria contraria a la libre competencia;

Nonagésimo séptimo: Que, en este orden de ideas, el Coordinador ha sostenido que el *“mecanismo reglamentario de prorrateo (...) no formó parte de las alegaciones que Ferrovial hizo en su demanda”*, de modo que *“constituye un argumento que Ferrovial nunca esgrimió y que, por tanto, nunca incorporó como parte del presente litigio (...)”* (folio 230, p. 3, y folio 246, p. 5). Por su parte, la Demandante ha señalado que *“no es efectivo, como pretende el Coordinador, que por el hecho de que Ferrovial no haya mencionado la solución de prorrateo en su demanda, dicha solución no sea una dimensión normativa relevante a la hora de decidir este caso”* (folio 366, p. 102). En consecuencia, corresponde dilucidar si este Tribunal está facultado para aplicar a la controversia las normas reglamentarias que establecen el prorrateo, 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.

Esta determinación se relaciona directamente con la aplicación del 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, siempre y cuando no altere la naturaleza de la acción interpuesta ni afecte el derecho a defensa de los intervinientes. En ese sentido, la Excma. Corte Suprema ha sostenido que *“[...] aunque 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, alegaciones y defesas que las partes han sostenido en el pleito”* (sentencia de 7 de septiembre de 2012, Rol N° 2578-2012, c. 5°). Para efectos del análisis, entonces, es necesario esclarecer el alcance de la acción de autos; en particular, su objeto y la causa de pedir en que se funda.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, la causa de pedir es *“el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio”*. Es discutido en doctrina si la definición legal abarca únicamente los hechos que fundamentan la acción o también el derecho que invoca el demandante. Con todo, la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema ha decantado por considerar que incluye ambos, en el entendido que el

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

fundamento jurídico se limitaría a la naturaleza de la acción interpuesta. En esa línea, el máximo tribunal ha resuelto que “[...] es el juez el que debe establecer cuáles son las normas aplicables dentro de los límites en que las partes fijaron la controversia. Lo anterior es relevante, toda vez que esta Corte reconoce que la causa petendi tiene un elemento jurídico, pero aquel se relaciona con el tipo de acción ejercida. En efecto, ante el ejercicio de una acción, queda obligado por su naturaleza, sin que pueda decidir una cuestión distinta a la requerida. Es decir, si se ejerce una acción indemnizatoria, no se puede señalar y hacer lugar a una acción reivindicatoria por estimar que aquella se aviene más con la naturaleza de los hechos invocados. Empero, respetando la acción ejercida y los hechos invocados, es el juez quien determina el derecho aplicable al caso concreto, cuestión que es relevante al determinar la identidad de causa de pedir” (sentencia de 14 de febrero de 2020, causa Rol N° 24768-2018, c. 7°).

En el caso de autos, la acción interpuesta por Ferrovial se funda en la descalificación injustificada de su oferta económica por el grupo de obras N° OC_G1, a pesar de que habría sido la oferta de menor valor global. A su juicio, esta descalificación injustificada impide, restringe o entorpece la libre competencia, cuestión que sanciona el inciso primero del artículo 3° del D.L. N° 211. 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 3° del D.L. N° 211. De este modo, la aplicación de las normas reglamentarias que regulan el prorrateo, 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.

Por otra parte, se ha relevado que “la libertad del juez para aplicar el derecho al caso concreto no debería ser tan absoluta y la distribución de roles en el proceso civil debería encontrar un punto de equilibrio entre eficacia y respeto a las garantías procesales del justiciable” (Hunter, Iván. *Iura Novit Curia en la Jurisprudencia Civil Chilena*, en Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIII, N° 2, dic. 2010, pp. 197-221). Así, “[s]i el juez se aparta del material involucrado en el desarrollo del contradictorio y sorprende con una posición jurídica no discutida ni tratada en el proceso, coarta el derecho de defensa al decidir sin dar la posibilidad a las partes de efectuar sus alegaciones jurídicas” (*ídem*). Sin embargo, la aplicación de la normativa que regula el prorrateo 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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

documentos ofrecidos junto a la demanda de Ferrovial. En concreto, en la Minuta Ohmio, acompañada con citación bajo el N° 26 del segundo otrosí de la demanda. La referida minuta había sido acompañada por Transelec en su carta al Coordinador el 8 de septiembre de 2022, y de hecho le sugería la aplicación de prorratas en la Licitación del grupo de obras objeto de estos autos. Adicionalmente, varios de los testigos que declararon en estrados fueron interrogados acerca de la aplicabilidad de un prorrateo al caso concreto, tanto por los abogados de la Demandante como por los de la Demandada (ver, por ejemplo, declaración de los testigos Javier Gómez, p. 57 y Loreto Cortés, pp. 11-16, ambas a folio 313). A mayor abundamiento, ambas partes vertieron por escrito sus argumentos respecto de la aplicación de prorratas al caso de autos, tanto a propósito de la tercera solicitud de medida cautelar de Ferrovial (ver presentaciones de folios 227 y 246) como en sus observaciones a la prueba rendida (folios 363 y 366). 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;

Nonagésimo octavo: Que, una vez clarificado lo anterior, corresponde revisar la regulación del prorrateo previamente referido. Al respecto, los artículos 135 y 147 del Reglamento establecen 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

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

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”.

“Artículo 147.- Dentro de los cinco días siguientes a la recepción del informe de adjudicación del Coordinador al que se refiere el Artículo 143.- del presente reglamento, la Comisión remitirá al Ministro de Energía un informe técnico con los resultados de la licitación, incluyendo en el caso de las Obras de Ampliación el V.A.T.T. a remunerar a la empresa transmisora propietaria de dicha obra, con todos los antecedentes del proceso.

La Comisión deberá calcular el V.A.T.T. de las Obras de Ampliación de acuerdo a lo señalado en el reglamento de calificación, valorización, tarificación y remuneración de las instalaciones de transmisión.

Para efectos de la determinación de la vida útil de las Obras de Ampliación se considerará el valor representativo del conjunto de instalaciones que componen el proyecto, determinado en el Proceso de Planificación, conforme lo indicado en el Artículo 91.- del presente reglamento.

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”;

Nonagésimo noveno: Que entonces, corresponde determinar si concurren los supuestos de los preceptos recién citados y, en caso que aplicaren, establecer sus efectos dentro de la discusión de autos;

Centésimo: Que, en lo concerniente al artículo 135 del Reglamento, es posible observar que su primer inciso se refiere a la facultad del Coordinador para agrupar obras, con el objeto de licitarlas y adjudicarlas de manera conjunta. Tal es el caso del grupo N° OC_G1 de la Licitación de 2022, en donde, conforme al numeral 4.4.1 de las respectivas Bases (folio 17, p. 18), se agrupó una obra nueva y dos obras de ampliación, singularizadas en la consideración decimoséptima *supra*.

Seguidamente, el inciso segundo del referido precepto indica la forma en que los proponentes podrán realizar sus ofertas para estos casos. Así, en principio, señala que *“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”*, para precisar que, sin embargo, 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 otras palabras, se advierte la

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

posibilidad de que, aun cuando se hubieren agrupado ciertas obras, se podrían recibir ofertas individuales por algunas de ellas y éstas podrían ser adjudicadas entre distintos oferentes; pudiendo el Coordinador indicar los casos en que no aceptará ofertas individuales con el fin de que las obras de un grupo sólo se adjudiquen de manera conjunta, esto es, a un único oferente.

En este caso particular, las Bases en el mismo numeral citado precedentemente señalan lo siguiente: *“Los interesados en presentar una Propuesta por los Grupos de Obras Condicionadas señaladas en la Tabla 4 [entre ellas, el grupo N° OC_G1] 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”* (folio 17, p. 18). Por consiguiente, el Coordinador señaló en las Bases que no aceptaría ofertas individuales, en tanto no era factible que un proponente sólo se adjudicara alguna de las obras dentro de los grupos establecidos. Ello, con independencia de que para cada propuesta solicitara especificar el V.A.T.T., A.V.I., C.O.M.A. y V.I., según fuere el caso, para las obras contenidas en el grupo ofertado.

Posteriormente, el inciso tercero de dicho artículo señala que, en estos casos, *“se deberán utilizar los V.I. referenciales establecidos en los respectivos Decretos de Expansión para prorratar el valor adjudicado del grupo de obras, a efectos de que los valores resultantes sean incorporados en los respectivos contratos”*. A tal efecto, cabe señalar que los “valores resultantes” a ser incorporados en los contratos corresponden a aquellos fijados mediante decreto por el Ministerio, a saber, el V.A.T.T., A.V.I., C.O.M.A. y V.I., según sea el caso, conforme lo establecido en el artículo 96 de la Ley General de Servicios Eléctricos. En la misma línea, para el grupo de obras N° OC_G1, el “valor adjudicado” ha de entenderse como el valor global de una propuesta, que correspondía al parámetro de adjudicación de las ofertas económicas.

De esta manera, 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, de manera que los valores resultantes dispongan de la misma razón de proporción de sus valores referenciales. Así, el valor global de la oferta no debiera presentar variaciones luego de aplicar la prorrata, tal como se expuso *supra* a modo de ejemplo en la Tabla N° 2 del acápite D.

Finalmente, el último reglón del artículo señala que las bases establecerán el resto de las condiciones necesarias para dar aplicación al prorrato descrito, elementos que no se encuentran en las Bases de la Licitación de 2022;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo primero: Que, en conclusión, resulta parcialmente efectivo lo alegado por la Demandante, en tanto el uso del verbo “deberán” en el inciso tercero del artículo 135 del Reglamento, mandata el uso del prorrateo en los términos señalados, en caso de satisfacerse los supuestos allí indicados. Así, contrario a lo afirmado por Ferrovial, las prorratas no son una “solución” a disposición del Coordinador ante sus aprensiones respecto de alguna oferta, sino que se trata de una obligación condicional al cumplimiento de ciertos supuestos. En el caso de autos, todos esos supuestos se cumplen para el grupo N° OC_G1 de la Licitación de 2022, por lo que el artículo 135 del Reglamento debía ser aplicado a efectos de determinar los valores a ser incorporados en los respectivos contratos.

No obsta a la conclusión anterior que las Bases no hayan establecido explícitamente el uso del prorrateo en la Licitación de 2022, según aduce el Coordinador, toda vez que el Reglamento se entiende incorporado a las Bases por disposición expresa de éstas, según indica su numeral 2, romanillo xvii. (folio 17, p. 7). Tampoco altera dicha conclusión el que las Bases no hayan establecido “el resto de las condiciones necesarias” para el prorrateo, según mandata el inciso final del artículo 135 del Reglamento, ya que, por una parte, el Coordinador no puede eximirse de su obligación de aplicar dicho inciso fundado en su propia omisión en la redacción de las Bases, y, por otra, la norma reglamentaria contiene todos los elementos imprescindibles para su aplicación al caso concreto. Así, por ejemplo, si bien las Bases podrían haber incluido 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 prorrateo sobre la oferta de Ferrovial (folio 26, p. 10, y Tabla N° 2 *supra*);

Centésimo segundo: Que, en relación con el artículo 147 del Reglamento, su inciso cuarto establece que, para el caso del 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*”. Por consiguiente, se reafirma lo dispuesto en el artículo 135 del mismo cuerpo normativo, así como también las conclusiones vertidas en la consideración anterior, por cuanto se señala que, en el caso de un grupo cuyas obras fueron adjudicadas a un único proponente, los valores resultantes se determinarán a prorrata de los respectivos valores referenciales;

Centésimo tercero: Que, en la misma línea, conforme a la prueba allegada al proceso, se constató que en las licitaciones de 2018 y 2021 examinadas en la subsección D.3 *supra*, el Ministerio prorrateó los valores adjudicados para grupos compuestos por obras de ampliación, conservando la misma proporción

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de sus respectivos valores referenciales (véanse, Tablas N° 5 y N° 6). Si bien en aquellas ocasiones el Coordinador incluyó en las bases de licitación que el prorrateo se utilizaría para determinar el precio de los respectivos contratos (considerandos septuagésimo tercero y septuagésimo quinto), lo anterior da cuenta que los preceptos en discusión ya habían sido citados y aplicados con anterioridad a la Licitación de 2022;

Centésimo cuarto: Que, asentado lo anterior, corresponde en segundo lugar examinar si la descalificación por parte del Coordinador respecto de la oferta de Ferrovial constituyó o no un acto discriminatorio. Para ello, como se expuso en el considerando nonagésimo tercero, la Demandante alude a las acciones del Coordinador en licitaciones previas a la de 2022 para afirmar que contravino sus propios actos. Dichas licitaciones fueron precisadas en los considerandos sexagésimo primero y siguientes.

Al respecto, en relación con la licitación de 2015, el Coordinador alega que dicho concurso fue efectuado por su antecesor, el CDEC SIC, de manera que no pudo intervenir en ese proceso. En efecto, la Ley N° 20.936, que establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico, fue publicada el 20 de julio de 2016. Por tanto, no es posible atribuir una forma de actuar a la Demandada sobre la base de este proceso.

Por otro lado, sobre la licitación de 2017, a diferencia del caso anterior, esta sí se llevó a cabo por el Coordinador. En dicha ocasión, se recibieron cinco ofertas económicas que propusieron un V.A.T.T., A.V.I. y/o C.O.M.A. de cero dólares para la primera etapa de construcción de ciertas obras nuevas, las que fueron consecuentemente evaluadas y donde una de ellas resultó adjudicada. Así, consta del acta de evaluación de ofertas respectiva que el Coordinador procedió a evaluar las propuestas conforme al V.A.T.T. total asociado a cada una, indicando que *“se verifica que dichas ofertas cumplen con que cada uno de los sobres contiene una oferta económica con los valores de VATT y sus respectivos AVI y COMA, y, asimismo, las ofertas no presentan errores, omisiones, enmiendas, tachaduras ni condicionamientos de cualquier tipo”* (folio 5, p. 9). A este respecto, la Demandada arguye que existen diferencias sustanciales entre las bases de licitación de estos proyectos y las de 2022, especificando que en 2017 se contemplaban garantías de ejecución y operación de un proyecto de modo independiente al precio ofertado. Aduce que es cierto que adjudicó una oferta a cero dólares, pero *“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”* (folio 78, p. 30).

Sobre la materia, si bien resulta efectivo que dicho proceso licitatorio dista bastante de la estructura del concurso de autos, no puede pasar desapercibido

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

el hecho de que, en aquella ocasión, las bases de licitación también comprendían la incorporación de ciertos costos en la oferta económica (R.E. N° 518, de 21 de septiembre de 2017, del Ministerio, disponible en: <https://www.cne.cl/wp-content/uploads/2015/07/Res.-Ex.-CNE-518-2017-Bases-de-Licitaci%C3%B3n-Obbras-Nuevas.pdf>, numeral 8.4, p. 56) y que, evidentemente, si el Coordinador adjudicó esa licitación a una oferta de cero dólares para la primera etapa, entonces su análisis de costos en esa ocasión consideró la oferta total y no sólo aquella correspondiente a cero dólares.

Por último, en lo referente a la licitación de 2020, de los hechos asentados en el acápite D precedente, consta que efectivamente el Coordinador evaluó la oferta económica de Ferrovial por el grupo N° 9_198-231_OC_G02, compuesto por una obra nueva y la ampliación de una obra ya existente, en la cual propuso un V.I. de un dólar estadounidense para esta última (véase oferta de folio 8, y Tabla N° 4 *supra*). Así, el Coordinador posicionó, sin reparo alguno, la oferta de Ferrovial en cuarto lugar, enunciando explícitamente que dicha oferta, junto a otras propuestas, “no presentan errores (...) por lo cual se encuentran habilitadas para su evaluación” (folio 10, p. 13, considerando sexagésimo octavo). Cabe señalar además que, tal como afirma la Demandante, las bases de esta licitación contienen la misma cláusula del numeral 8.5 relativa a la internalización de los costos necesarios para ejecutar la obra y permitir su entrada en operación (folio 128, p. 55), que se encuentra en las Bases de la Licitación de 2022.

Sobre lo anterior, el Coordinador esgrime que “efectuó su evaluación económica en la oferta adjudicable que ocupó la primera posición, correspondiente al proponente Colbún Transmisión S.A., quien finalmente dio cumplimiento a los requisitos evaluados para efectos de la adjudicación. En esta línea, dado que el proceso, en esta etapa, logró adjudicar una oferta válida, es que todas las demás ofertas quedaron en una condición de descalificación económica. Ello de forma alguna permite concluir que dichas otras ofertas, necesariamente cumplían todas y cada una de las exigencias de las bases de la licitación respectiva, ya que, habiéndose validado la mejor oferta, se hizo innecesario evaluar las demás” (folio 78, p. 29). A este respecto, no resulta plausible la explicación de la Demandada, por cuanto *descalificar* a un oferente corresponde a eliminarlo de la competición dentro de la licitación por faltar a una norma o cláusula establecida, lo cual no sucedió, debido a que el Coordinador evaluó todas esas ofertas posicionándolas de acuerdo a su nivel competitivo (*i.e.*, menor valor global) y consideró, para ello, el dólar ofertado por la Demandante. Más aún, el Coordinador en el acta de evaluación de ofertas económicas correspondiente manifestó que la oferta de Ferrovial carecía de errores y que era apta de ser evaluada, lo que contradice la postura del Coordinador en su contestación.

Se suma a lo anterior que, en 2022, esto es, en la Licitación de autos, el Coordinador descalificó no sólo la oferta económica de Ferrovial por el grupo

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

de obras N° OC_G1, sino que también lo hizo respecto de sus ofertas por los grupos N° OC_G2, N° OC_G3 y N° OC_G4, pese a que para estos grupos dichas ofertas no habrían sido aquellas de menor valor global. Ello contradice todavía más los argumentos planteados por el Coordinador, por cuanto en esta ocasión descalificó en forma explícita ofertas que no ocupaban la primera posición, contradiciendo su conducta en la licitación de 2020 en que las ofertas más altas sucumbían por “descalificación económica”;

Centésimo quinto: Que, en conclusión, resulta manifiesto que, en la Licitación de 2022, la oferta económica de Ferrovial por el grupo N° OC_G1 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;

Centésimo sexto: Que, en tercer y último lugar del análisis, corresponde evaluar el mérito de los argumentos contenidos en el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de la Licitación de 2022, para identificar si la descalificación de la oferta de Ferrovial por el grupo N° OC_G1 efectuada por el Coordinador carece de justificación razonable, teniendo para ello presente que los artículos 135 y 147 del Reglamento debían aplicarse al caso concreto;

Centésimo séptimo: Que, sumado a los argumentos vertidos en el considerando nonagésimo tercero, Ferrovial aduce que su interpretación de la cláusula 8.5 en disputa, se confirmaría al revisar el numeral 10.4.2 de las Bases, pues allí indica que “*se determinará el valor global (...) de cada una de las ofertas económicas de Grupos de Obras Condicionadas y se elegirá la oferta que presente el menor valor global*” (folio 17, p. 75), de modo que la “oferta” es por el grupo de obras, que es la única oferta relevante para efectos de competir en la licitación.

Añade que adoptar la interpretación del Coordinador implicaría la obligación de valorizar proporcionalmente el V.A.T.T. y las A.V.I. que componen la oferta de un grupo de obras, en base a sus costos, lo que **(a)** sería imposible, al existir eficiencias de costos derivadas del desarrollo conjunto de las obras de un grupo; y **(b)** sería impracticable, ya que el Coordinador carecería de herramientas para evaluar su cumplimiento. Arguye que, en efecto, respecto de los costos de inspección técnica de la obra (I.T.O.), el numeral 4.3.4 de las Bases de Ejecución de Obras de Ampliación de la Licitación de 2022 (folio 19, pp. 42-43) indica que, si el inicio de las obras de un grupo no es simultáneo, “*el Contratista deberá presentar al Coordinador tres empresas de ITO candidatas a prestar los servicios de inspección para el grupo de obras*”, lo que confirma que dicho costo debe estar internalizado en el valor global de la oferta por un grupo de obras.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

En el mismo sentido, esgrime que, ante distintas consultas administrativas de las bases previamente citadas, el Coordinador confirmó **(a)** que para los grupos de obras condicionadas, el adjudicatario podrá desarrollar las obras nuevas y de ampliación a través de una misma persona jurídica, elemento que confirmaría que el costo de inspección deba ser considerado en el valor global de la oferta; y **(b)** que los costos asociados a la inspección técnica de las obras deben ser calculados por el contratista, sin que sea función del Coordinador entregar dicha información, de modo que cada proponente posee discrecionalidad para evaluar cómo cubrir su costo de I.T.O. dentro de su oferta económica;

Centésimo octavo: Que, por su parte, en adición a la postura plasmada en el considerando nonagésimo quinto, el Coordinador esgrime que su interpretación del numeral 8.5 de las Bases es consistente con otras disposiciones dentro de la LGSE y de las mismas Bases. Así, señala que el numeral 8.5.1 de éstas indica que “*Los Proponentes que presenten Propuestas para un Grupo de Obras Condicionadas indicado en la Tabla 4 [que incluye el grupo N° OC_G1], 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*” (folio 17, p. 60), de modo que resultaba claro que se debía indicar un precio por cada obra y no uno global. En la misma línea, añade que el referido Anexo 2 de la cita anterior contiene un formulario en el cual se incluyeron cuadros diferenciados para la presentación de dichos precios, como se muestra en la figura siguiente.

FIGURA N° 3
Formulario de ofertas económicas por el grupo de obras N°
OC_G1 de la Licitación de 2022

<p><i>(Nombre del Representante del Proponente)</i>, representante del proponente (<i>nombre de la empresa o consorcio</i>) presenta a continuación los valores correspondientes a la oferta económica.</p>			
<p>El Valor Anual de Transmisión por Tramo (VATT) para la correspondiente obra nueva es el siguiente:</p>			
<p style="text-align: center;"><i>Nombre de la Obra</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>AVI (USD)</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>COMA (USD)</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>VATT (USD)</i></p>
<p style="text-align: center;"><i>Nueva S/E Seccionadora Nueva Lagunas y Nueva Línea 2x500 kV Nueva Lagunas – Kimal</i></p>			
<p>Los Valores de Inversión (VI) para las correspondientes obras de ampliación es los siguientes:</p>			
<p style="text-align: center;"><i>Nombre de la Obra</i></p>	<p style="text-align: center;"><i>VI (USD)</i></p>		
<p style="text-align: center;"><i>Aumento de Capacidad Línea 2x220 kV Tarapacá - Lagunas, Tramo Nueva Lagunas - Laguna</i></p>			
<p style="text-align: center;"><i>Ampliación en S/E Kimal 500 kV (IM)</i></p>			
<p>Se deja constancia que los valores señalados anteriormente están en dólares de los Estados Unidos de América y que no se incluye el Impuesto al Valor Agregado, y que corresponde a la remuneración correspondiente a lo señalado en el artículo 99° de la Ley General de Servicios Eléctricos, modificado por la Ley N°20.936.</p>			

Fuente: folio 78, p. 21, Documento E-1: “Oferta Económica” en Anexo 2 de las Bases.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Asimismo, arguye que la sección 3 romanillo xlvii. de las Bases, al definir el precio del contrato que suscribirá el eventual adjudicatario con el propietario de la obra que será ampliada, indica que este 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.*” (folio 17, p. 13), lo cual claramente no se cubre con un valor de inversión de un dólar estadounidense. Junto a lo anterior, señala que el romanillo xlvi. de la misma sección define el V.I. conforme al artículo 103 de la LGSE, el cual lo identifica como “ *la suma de los costos eficientes de adquisición e instalación de sus componentes, de acuerdo con los valores de mercado*”, lo que tampoco se cumple con el V.I. ofertado por Ferrovial.

Así, concluye que por “ *oferta económica*” debía entenderse el valor asignado tanto a la obra nueva como también a las de ampliación. Aduce que la claridad de ello se confirma por cuanto el resto de los proponentes sí internalizaron los referidos costos de ejecución en el V.I. ofertado para cada ampliación. Por ejemplo, el resto los valores de inversión ofertados en la Licitación de 2022, fluctuaron entre \$1,3 y \$6,6 millones de dólares y entre \$1,7 y \$7 millones de dólares aproximadamente, para cada obra de ampliación, cifras que exceden con creces el dólar ofertado por Ferrovial.

Por tanto, señala que procedió a descalificar la oferta de Ferrovial en atención al numeral 10.5.1 romanillo i., que establece como causal para dejar a una oferta fuera de bases, que la misma no cumpla con las Bases;

Centésimo noveno: Que, además de los elementos anteriores, la Demandada señala que su decisión tuvo en consideración los efectos negativos que hubiere tenido en el SEN la adjudicación del grupo N° OC_G1 a Ferrovial. Explica que el propietario –en este caso, Transelec– hubiera tenido que desembolsar un dólar para la construcción de sus ampliaciones por parte de Ferrovial, recibiendo a cambio una remuneración anual compuesta por una A.V.I. y un C.O.M.A., los cuales dependían del V.I. ofertado. En ese sentido, indica que (i) la A.V.I. respectiva se hubiese actualizado conforme a un dólar, y (ii) el C.O.M.A. de los primeros cuatro años hubiere correspondido a 1,6% del dólar estadounidense ofertado, es decir, \$0,016 dólares por cada ampliación. De modo que no resulta razonable que con menos de dos dólares al año un propietario mantenga y opere adecuadamente las ampliaciones de sus obras.

Esgrime que con ello “ *se pone en riesgo la adecuada operación y mantención de obras de infraestructura estratégicas y críticas para el país y de paso se genera un evidente perjuicio económico para Transelec S.A., por no recibir una remuneración justa y acorde al mercado*” (folio 78, p. 26).

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Agrega que Ferrovial, de resultar adjudicado, hubiere tenido un fuerte incentivo para destinar sus recursos a la construcción y ejecución de la obra nueva por sobre las dos ampliaciones, pues en la primera se centraría casi la totalidad de su remuneración. Se suma a ello que las garantías y multas dispuestas en el contrato tampoco asegurarían adecuadamente la construcción de las obras de ampliación, debido a que se calculan en proporción al V.I. ofertado. A este respecto, señala que la garantía de fiel cumplimiento del contrato y correcta ejecución de las obras correspondería al 10% de un dólar, y que las multas por incumplimiento de la fecha de término de las obras ascenderían a un 1,5% de un dólar por semana, con un tope máximo de 10%. Todo ello podría haberse traducido en un riesgo para el sistema eléctrico y sus usuarios, puesto que las ampliaciones pudieren no ejecutarse o hacerlo con serias deficiencias o retrasos.

Aduce que, si Ferrovial no ejecutara las dos obras de ampliación a tiempo, se producirían una serie de efectos nocivos, entre ellos, una reducción de la energía renovable, un menor ingreso de nuevos proyectos renovables, una mayor dependencia del suministro eléctrico del país en mercados extranjeros y mayores costos para la provisión del servicio, contraviniendo los objetivos y resguardos del Coordinador al momento de fijar las Bases.

Concluye que la estrategia comercial de Ferrovial buscaba traducirse en la obtención de un beneficio ilegítimo, en desmedro del interés común, del STN y del propietario de las respectivas obras, asignando valor únicamente a la obra que se incorporaría a su patrimonio, permitiéndole dicha estrategia extraer una mayor rentabilidad en el tiempo;

Centésimo décimo: Que las objeciones recogidas en la consideración anterior también fueron compartidas por dos de los proponentes de la Licitación de 2022 –Transec e ISA– mediante cartas y reuniones con la Demandada durante la etapa de evaluación de ofertas económicas. En particular, se observa que el Coordinador tuvo en cuenta y recogió en el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas los argumentos formulados por ISA, para concluir que la oferta de Ferrovial incumplía las Bases y luego adjudicarle la Licitación (consideración quincuagésimo cuarta);

Centésimo undécimo: Que, en consecuencia, se debe determinar si la referencia al concepto de “oferta económica” en el numeral 8.5 de las Bases, **(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. Al respecto, como se observa en los argumentos de las partes, las Bases utilizan indistintamente el término “oferta económica” para referirse, por un lado, a la oferta por un grupo de obras y, por otro lado, a las variables que corresponden a la obra nueva o de ampliación dentro de un grupo (véanse numerales 8.5.1 y 10.4.2 de las Bases). De modo que no es posible interpretar

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

la cláusula en disputa tomando únicamente en consideración el tenor literal de las Bases.

En consecuencia, para efectos de la interpretación del numeral 8.5 de las Bases, es útil recurrir a las normas de interpretación contractual que establece el Código Civil, que pueden ser aplicadas por analogía en la medida que resulten pertinentes al caso. Así, debe tenerse en consideración que el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno (art. 1562 C.C.); que en aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato (art. 1563 C.C.); y que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (art. 1564 C.C.). En consecuencia, debe optarse por la interpretación que dote de efectos a la cláusula y que concuerde mejor con el objeto de las Bases en su totalidad.

Asimismo, atendido que el Coordinador es una corporación de derecho público que ejerce potestades establecidas por ley, debe preferirse una interpretación sistemática y armónica con la normativa aplicable que mandata al Coordinador a realizar las licitaciones correspondientes al STN, en particular, la Ley General de Servicios Eléctricos y su Reglamento. Por tanto, la interpretación de la cláusula controvertida debe resultar lógica y coherente con el resultado que se busca en estas licitaciones;

Centésimo duodécimo: Que, dicho lo anterior, para estos sentenciadores 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 prorrateo 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 prorrateados 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. A mayor abundamiento, aquello se puede ilustrar a partir de los cálculos de la Minuta Ohmio, encargada por Transelec, la cual sostiene que, de haber resultado adjudicada la oferta de la Demandante y haberse prorrateado los valores adjudicados, los V.I. a incorporar

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

en los contratos para las dos obras de ampliación hubieran sido de \$2,62 y \$1,72 millones de dólares estadounidenses, y no de un dólar (Tabla N° 2 *supra*).

Por tanto, pese a las aprensiones del Coordinador en torno a los problemas que hubiera generado el adjudicar dichas ampliaciones al valor de un dólar, lo cierto es que dicho escenario ya había sido previsto por la normativa sectorial, al incorporar los vastamente citados artículos 135 y 147 del Reglamento;

Centésimo decimotercero: Que lo anterior no podría ser de otro modo, habida cuenta que, de no aplicar en este caso los preceptos relativos a las prorratas, el mecanismo de adjudicación de estas licitaciones no dispondría de suficientes incentivos económicos para asignar eficientemente inversión a las obras de ampliación. Así, en principio, los proponentes se verían fomentados a incorporar en sus ofertas económicas un mayor importe al V.A.T.T. de las obras nuevas, en desmedro del valor de inversión de las ampliaciones, ya que de las primeras recibirán una mayor remuneración. Esta es precisamente la situación de Ferrovial, que formuló su oferta económica de modo que casi la totalidad del valor global ofertado se tradujera en la remuneración que recibiría por la obra nueva del grupo N° OC_G1, a costa de las remuneraciones que pudiera haber recibido el propietario de las dos obras que debían ser ampliadas, y siendo incompatible con los instrumentos que buscan garantizar su adecuada ejecución (*i.e.*, multas por incumplimiento y garantía de fiel cumplimiento del contrato, entre otros).

Pues bien, la normativa previó dicha situación y la corrigió por la vía del prorrateo de los valores finales a incorporar en los contratos, de manera que, ante la presentación de ofertas como la de Ferrovial, el prorrateo forzoso del valor global corrige cualquier exceso de remuneración que pudiera intentar obtener un proponente en perjuicio de los propietarios ya mencionados;

Centésimo decimocuarto: Que los mismos reparos aplican al resto de los argumentos esgrimidos por el Coordinador. En efecto, no existirían problemas con la definición del precio del contrato ni tampoco con la del valor de inversión, puesto que los V.I. resultantes del prorrateo serían proporcionales a los valores referenciales de las obras de ampliación y, por tanto, distintos de un dólar estadounidense;

Centésimo decimoquinto: 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).

Más aún, la Demandada optó por una interpretación inconsistente con los incentivos dispuestos en estas licitaciones, puesto que sus aprensiones ya habían

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

sido previstas y subsanadas con la normativa aplicable, y además contraria al objetivo de competencia en estas mismas, ya que adjudicó a la segunda mejor oferta, negándole así el derecho de los usuarios finales del sistema de acceder a un menor precio por el servicio de transmisión;

Centésimo decimosexto: Que, por otra parte, cabe descartar el argumento del Coordinador referido a que no posee incentivos para afectar la libre competencia y por tanto no tendría sentido económico que haya incurrido en una infracción (folio 78, pp. 17 y 36; y folio 363, pp. 31 y 46). En efecto, atendido que el Coordinador interviene en el mercado relevante afectado como entidad que ejerce potestades establecidas por ley en el diseño, ejecución y adjudicación de las licitaciones relativas al SEN, no es necesario que su conducta responda a incentivos económicos para que tenga el potencial de afectar la competencia;

Centésimo decimoséptimo: Que, en consecuencia, se desprende del análisis que la descalificación de la oferta económica de Ferrovial por el grupo de obras N° OC_G1 de la Licitación de 2022 carece de justificación razonable y, por ese motivo, ha de ser calificada como una acción discriminatoria y arbitraria por parte del Coordinador, que restringió la competencia dentro de la Licitación;

G. DETERMINACIÓN DE MEDIDAS A APLICAR

Centésimo decimoctavo: Que, sobre la base de la conclusión del acápite anterior, se acogerá la demanda de Ferrovial. Por ello, corresponde determinar las medidas aplicables por la infracción cometida durante la evaluación de ofertas económicas para el grupo de obras N° OC_G1 de la Licitación de 2022;

Centésimo decimonoveno: Que Ferrovial solicitó tres medidas concretas, a saber: **(a)** dejar sin efecto la descalificación de la oferta económica de Ferrovial por parte del Coordinador, ordenando retrotraer la Licitación de 2022 respecto del grupo de obras N° OC_G1, debiéndose dictar una nueva Acta de Evaluación de Ofertas Económicas en que se aplique estrictamente el numeral 10.4.2 punto 3 de las Bases, es decir, que se escoja la oferta económica de menor valor global; **(b)** ordenar al Coordinador abstenerse, en lo sucesivo, de adoptar decisiones como las impugnadas en esta causa, considerando el deber que le asiste de emitir regulaciones y decisiones causando las menores restricciones posibles a la competencia; e **(c)** imponer al Coordinador una multa a beneficio fiscal de 5.000 unidades tributarias anuales (“UTA”) o, en subsidio, el monto que este Tribunal estime ajustado a derecho, con las costas del juicio. Asimismo, solicita disponer cualquier otra medida preventiva, correctiva o prohibitiva que este Tribunal considere pertinente (folio 36, pp. 74-75);

Centésimo vigésimo: Que, respecto de la solicitud de dejar sin efecto la descalificación de la oferta de Ferrovial por parte del Coordinador, cabe

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

señalar que el pronunciamiento de este Tribunal se limita a la acción de “dejar sin efecto” el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de la Licitación de 2022, sin que pudieren imponerse medidas sobre el Ministerio o la Comisión, como se explicó en el acápite C.2 de esta sentencia. En ese sentido, en caso de invalidar dicha acta, son los organismos encargados los que deberían estimar la necesidad de modificar sus actos administrativos subsecuentes y, en definitiva, evaluar si la Licitación debiera retrotraerse al punto de evaluación de ofertas económicas, o bien, entre otros escenarios, si debiera volver a licitarse el grupo de obras en cuestión;

Centésimo vigésimo primero: Que, previo a evaluar la medida, cabe recordar que en reiteradas ocasiones la Excm. Corte Suprema ha manifestado que “[l]a libre competencia comprende principalmente los derechos y libertades de los productores de bienes y servicios, pero sin desconocer el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado de conservar un mercado altamente competitivo” (sentencia de 26 de julio de 2023, Rol N° 7.600-2022, c. 1°). Asimismo, el máximo tribunal ha citado lo resuelto por la ex Comisión Resolutiva, en cuanto a que “la finalidad de la legislación antimonopolios, contenida en el cuerpo legal citado, no es sólo la de resguardar el interés de los consumidores sino más bien la de salvaguardar la libertad de todos los agentes de la actividad económica, sean ellos productores, comerciantes o consumidores, con el fin último de beneficiar a la colectividad toda, dentro de la cual, por cierto, tienen los consumidores importante papel. En otras palabras, el bien jurídico protegido es el interés de la comunidad de que se produzcan más y mejores bienes y se presten más y mejores servicios a precios más convenientes, lo que se consigue asegurando la libertad de todos los agentes económicos que participen en el mercado” (Resolución N° 368 de 1992, c. 2°. En el mismo sentido, sentencias de 18 de abril de 2022, Rol N° 125.433-2020, c. 20°; de 6 de septiembre de 2021, Rol N° 94.189-2020, c. 4°; de 5 de octubre de 2020, Rol N° 8.843-2019, c. 2°; de 14 de agosto de 2020, Rol N° 15.005-2019, c. 4°; y de 8 de junio de 2020, Rol N° 26.525-2018, c. 6°, todas de la Excm. Corte Suprema).

Así, para alcanzar dicho fin, las medidas que disponga este Tribunal no se restringen o limitan al resguardo de intereses privados o individuales, debiendo proteger el interés común y el bienestar general de la sociedad, y buscando preservar el orden económico de el o los mercados relevantes afectados. En el presente caso, tratándose de un mercado cuyos efectos son percibidos por una amplia cantidad de consumidores, resulta esencial tener en consideración tanto los beneficios como los perjuicios económicos aparejados a la petición de invalidar la adjudicación del Coordinador;

Centésimo vigésimo segundo: Que, en este orden de ideas, para un primer escenario, en caso de mantener los efectos del Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de la Licitación de 2022, Ferrovial señala que la descalificación de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

su oferta por parte del Coordinador trae como consecuencia que los clientes finales del SEN deban soportar un sobrecosto total de más de \$59 millones de dólares estadounidenses. Lo anterior, corresponde a la suma para un horizonte de 20 años de la diferencia anual entre el V.A.T.T. de las ofertas económicas de ISA y Ferrovial, considerando el valor anual de la transmisión por tramo de las obras nuevas y de las dos obras de ampliación, junto a su respectiva indexación anual (folio 36, pp. 47, 59, 61-63, 72-73 y 84, y minuta acompañada a folio 50 e incorporada a folios 55 y 379 según certificados de folios 54 y 378, que respalda sus cálculos);

Centésimo vigésimo tercero: Que el Coordinador, en sus observaciones a la prueba, esgrime que la diferencia entre las ofertas no corresponde al monto indicado por su contraparte, siendo en realidad de aproximadamente \$2,17 millones de dólares estadounidenses anuales. Explica que no existe necesidad de indexar y traer a valor presente dicho importe anual, puesto que las ofertas ya se encuentran expresadas en moneda actual, y que tampoco se debe acumular por el horizonte indicado debido a que, a su juicio, *“esta es la diferencia total de las ofertas, y las adjudicatarias reciben el total ofertado en anualidades por la extensión de la vida útil de las obras establecida en la licitación”* (folio 363, pp. 30-31);

Centésimo vigésimo cuarto: Que, para esclarecer los efectos que pudo generar la decisión del Coordinador, es necesario estimar el actuar de Ferrovial ante la aplicación del prorrateo descrito en los artículos 135 y 147 del Reglamento.

Al respecto, el artículo 143 del Reglamento establece que el adjudicatario tiene un plazo de cinco días desde la comunicación del resultado de la licitación para aceptar la adjudicación del Coordinador. Por tanto, de haber sido adjudicado, Ferrovial podía no haber aceptado la adjudicación si estimaba que, por ejemplo, los valores resultantes del prorrateo disminuirían sus utilidades económicas.

Pues bien, tomando como referencia las prorratas propuestas para Ferrovial en la Minuta Ohmio de folio 26, la remuneración anual de la Demandante por el V.A.T.T. de la obra nueva disminuiría en \$0,41 millones de dólares, durante cinco periodos tarifarios que equivalen a 20 años (es decir, USD \$8,21 millones aproximadamente), a cambio de recibir un mayor pago por valor de inversión de parte del propietario (alrededor de USD \$4,35 millones). Es decir, en suma, los ingresos de Ferrovial se reducirían en cerca de \$3,85 millones de dólares estadounidenses producto del prorrateo, cuantía que hubiera sido percibida por Transelec como propietario de las dos obras de ampliación.

Sin embargo, considerando los ingresos totales de Ferrovial por el V.A.T.T. resultante del prorrateo, y tomando el valor referencial de inversión de las obras del grupo N° OC_G1 (de USD \$200,75 millones), lo cierto es que era altamente probable que la Demandante aceptara la adjudicación en esos términos;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo vigésimo quinto: Que entonces, la diferencia entre el valor global de las ofertas de ISA y Ferrovial resulta adecuada para determinar una cota inferior del sobrecosto anual del SEN como consecuencia del actuar del Coordinador. En efecto, como se explicó en la consideración decimoquinta, este parámetro considera el V.A.T.T. de la obra nueva y las A.V.I. de las dos obras de ampliación del grupo N° OC_G1. De esta forma, su cómputo asciende al quantum aproximado de \$2,16 millones de dólares estadounidenses anuales.

Cabe señalar que el único elemento que no incorpora el valor global es el C.O.M.A. de dichas ampliaciones. A tal efecto, como indica la Demandante en su minuta a folio 379, *“al estar asociados a una misma obra estos [costos] serán similares entre las empresas Proponentes, por lo que, a efectos de evaluar la diferencia entre los valores globales calculados a 20 años para cada una, estos deberían anularse”* (p. 9). Así, solo podría existir un diferencial durante los primeros años de operación de dichas ampliaciones –puesto que, como se señaló en el considerando décimo, su valor en esos años correspondería a 1,6% del V.I. ofertado– lo que, en ningún caso, desvirtúa el hecho de que esta estimación constituya una cota inferior del sobrecosto que enfrentarán los consumidores.

Respecto del horizonte a considerar para la cuantía anterior, este Tribunal no comparte los argumentos esgrimidos por el Coordinador, ya que, de acuerdo con el artículo 99 de la LGSE, el V.A.T.T. adjudicado será remunerado anualmente durante cinco periodos tarifarios, es decir, por 20 años. De modo que el perjuicio de los clientes finales ha de considerar el sobrecosto durante todo el periodo afectado.

Sin embargo, como esgrime el Coordinador, el cómputo de Ferrovial yerra al sumar el valor futuro o indexado del sobrecosto anual (folio 379, pp. 9 y 10), puesto que lo que debe evaluarse es la suma del valor presente del mismo. De esta manera, al no presentarse en autos una tasa de interés real comparativa para efectuar tales cálculos, se considerarán las ofertas en su moneda actual como aproximación, es decir, sin la referida indexación.

Por consiguiente, es posible afirmar que la infracción del Coordinador genera un sobrecosto de –a lo menos– \$43,25 millones de dólares estadounidenses, lo que se materializará en las boletas o facturas a usuarios libres y regulados, como se indica en el artículo 115 de la Ley General de Servicios Eléctricos;

Centésimo vigésimo sexto: Que, por otro lado, en un segundo escenario, al dejar sin efecto el Acta de Evaluación de Ofertas Económicas de la Licitación de 2022, a juicio de estos sentenciadores, resultaría improbable que el concurso pudiera retrotraerse al punto de evaluación de ofertas económicas, sin necesidad de realizar una nueva licitación.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Para ilustrar lo anterior, basta revisar algunas de las disposiciones de las Bases que, bajo su tenor literal, no son del todo replicables al retrotraer la Licitación de 2022. Así, por ejemplo:

- (i) Respecto de la validez de las ofertas: El numeral 8.1.4 de las Bases (p. 31) indica que cada propuesta tendrá una validez de 240 días hábiles contados desde la fecha de cierre del periodo de recepción de ofertas. Plazo que culminó el 13 de junio de 2023 (romanillo viii. Del numeral 8.2.5 del mismo documento, p. 36), de manera que ninguno de los oferentes se encontraría obligado a mantener su propuesta; y
- (ii) Respecto de la validez de las garantías: El numeral 8.2.5 de las mismas (p. 35) señala que los proponentes deberán entregar garantías de seriedad de la propuesta, cuyo monto corresponde al 2,5% del V.I. Referencial de cada grupo de obras. Asimismo, su numeral 8.2.5.1 dispone que las garantías de aquellos oferentes que no resulten adjudicatarios serán devueltas y/o liberadas dentro de 15 días hábiles desde la verificación del íntegro cumplimiento de las obligaciones de los adjudicatarios, por lo que las ofertas a evaluar no estarían respaldadas con sus respectivas garantías.

Adicionalmente, en caso de realizarse una nueva licitación, debiese considerarse que el plazo para este tipo de licitaciones es cercano a ocho meses, desde la publicación de las bases hasta la evaluación de las ofertas, y de once o doce meses, hasta la dictación del respectivo Decreto de Adjudicación del Ministerio (véase, sección D.2 *supra*, licitaciones de 2017, 2020, 2021 y 2022);

Centésimo vigésimo séptimo: Que, adicionalmente, ISA –adjudicataria del grupo de obras N° OC_G1 de la Licitación de 2022– señala en su minuta de alegato en la vista de esta causa (folio 369, incorporada según certificado de folio 368) que *“ha debido realizar inversiones cuantiosas para avanzar en el proceso de construcción de las obras. Sólo a modo de ejemplo, para el fin del presente mes (enero de 2024) ISA proyecta haber incurrido en un costo real de más de 9 millones de dólares. Sumado a ello, ISA ya ha adjudicado y/o firmado contratos o se encuentra en proceso de firma de los mismos por aproximadamente 115 millones de dólares”* (pp. 4-5, indicado también en su presentación de folio 245, pp. 7-8, párrafo 36). Aspecto también mencionado por el Ministerio a folio 322 (p. 6, *“quienes se encuentran de buena fe realizando inversiones para la correcta ejecución de los proyectos”*);

Centésimo vigésimo octavo: Que, teniendo en cuenta lo anterior, por resolución de folio 302 este Tribunal ofició a la CNE y al Ministerio para que informaran *“sobre los efectos que tendría en el sistema eléctrico, un retraso de seis a 12 meses en la puesta en marcha del grupo de obras N° OC_G1”* de la Licitación de 2022 (cuyos certificados constan a folios 303 y 304). Ello, con motivo de

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

evaluar los perjuicios que podría conllevar el retraso en la adjudicación del grupo de obras en disputa y la eventual demora en su construcción y operación, debido a que ninguna de las partes acompañó antecedentes al respecto.

A folios 322 y 335, el Ministerio y la Comisión, respectivamente, respondieron sobre la materia consultada. La Comisión evaluó el impacto económico que tendría en el sistema eléctrico una pérdida en la eficiencia operacional como consecuencia del atraso en la puesta en marcha del grupo N° OC_G1 y señaló que el *“aumento en los costos en la operación del sistema se produce porque el grupo de obras en cuestión habilita a que nuevas centrales de generación renovable –eólica y fotovoltaica–, cuyos costos variables son igual a cero, puedan despachar su energía en una zona altamente congestionada y que, por tanto, el abastecimiento de la demanda se realice a menor costo. Por el contrario, un eventual atraso en la entrada en operación del Grupo de Obras G1 implica aumentar el despacho de centrales térmicas, cuyos costos variables están asociados al precio de los combustibles y, por ende, abastecer la demanda a un mayor costo”*.

Concluyó 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”*. Añadió que, *“[s]in perjuicio de lo expuesto, resulta necesario relevar que un eventual atraso en la entrada en operación del Grupo de Obras G1, no provocaría problemas en el abastecimiento de la demanda y/o energía no suministrada a clientes finales, sino que produciría ineficiencias en la operación del sistema eléctrico según las magnitudes previamente mencionadas”*. El Ministerio, por su parte, se limitó a ahondar en materias distintas de lo consultado, de manera que no procede analizarlas para esta medida;

Centésimo vigésimo noveno: Que, asimismo, cabe recordar que el grupo N° OC_G1 forma parte del proceso de Planificación de la Transmisión de 2022. A tal efecto, el artículo 87 inciso segundo de la Ley General de Servicios Eléctricos señala que *“la planificación de la transmisión deberá realizarse considerando:*

- a) *La minimización de los riesgos en el abastecimiento, considerando eventualidades, tales como aumento de costos o indisponibilidad de combustibles, atraso o indisponibilidad de infraestructura energética, desastres naturales o condiciones hidrológicas extremas; (...)*
- c) *Instalaciones que resulten económicamente eficientes y necesarias para el desarrollo del sistema eléctrico, en los distintos escenarios energéticos que defina el Ministerio en conformidad a lo señalado en el artículo 86°, y (...)*”

De manera que estas instalaciones no pueden ser examinadas aisladamente, sino que han de evaluarse como parte de un conjunto de proyectos de ejecución obligatoria que son necesarios para la infraestructura y desarrollo del SEN;

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Centésimo trigésimo: Que, sobre la base de los antecedentes analizados precedentemente, se concluye que la medida solicitada por la Demandante, consistente en la 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_G1;

Centésimo trigésimo primero: Que, sobre la **solicitud de ordenar al Coordinador abstenerse de adoptar decisiones como las impugnadas en esta causa**, a juicio de estos sentenciadores, resulta inoficioso ordenar a la Demandada a cumplir dichas exigencias, por cuanto son obligaciones que pesan sobre ella por mandato legal con independencia de lo resuelto en estos autos. Lo anterior, sobre todo, considerando que la Contraloría ya ha formulado un alcance al tomar razón del Decreto N° 15T –decreto de adjudicación del grupo N° OC_G1–, ordenando al Ministerio adoptar las medidas que correspondan para cautelar que en lo sucesivo se aplique el prorrateo contemplado en los artículos 135 inciso tercero y 147 inciso final del Reglamento (considerando quincuagésimo octavo *supra*);

Centésimo trigésimo segundo: Que, respecto de la **multa a beneficio fiscal solicitada** de 5.000 UTA o la que estime este Tribunal arreglada a derecho, Ferrovial no desarrolla justificación alguna para el monto solicitado. El Coordinador, por su parte, tampoco elaboró una defensa sobre esta materia;

Centésimo trigésimo tercero: Que, al amparo de la letra c) del artículo 26 del D.L. N° 211, este Tribunal puede:

“Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción. En el evento de que no sea posible determinar las ventas ni el beneficio económico obtenido por el infractor, el Tribunal podrá aplicar multas hasta por una suma equivalente a sesenta mil unidades tributarias anuales. (...)

Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias: el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese; la gravedad de la conducta, el efecto disuasivo, la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, la capacidad económica del

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

infractor y la colaboración que éste haya prestado a la Fiscalía antes o durante la investigación”;

Centésimo trigésimo cuarto: Que el objetivo que tuvo el legislador al momento de establecer los límites dispuestos en el referido artículo, de conformidad a la historia fidedigna de su establecimiento, da cuenta que “(...) *resulta necesario establecer un límite máximo flexible que permita al Tribunal aplicar una multa superior al beneficio económico obtenido por los infractores y que, para aquellos casos en que resulte sumamente complicado determinar dicho beneficio, se le autorice al Tribunal a fijar las multas basándose en estándares que se han considerado por el derecho comparado y la literatura como una aproximación certera de tales beneficios. De esta manera, el proyecto propone que el monto máximo de la multa ascienda hasta una suma equivalente al doble del beneficio económico obtenido como resultado de la infracción, si es que éste puede ser claramente determinado por el Tribunal, o, en caso contrario, al 30% de las ventas del infractor correspondientes al período durante el cual la infracción se haya prolongado*” (Historia de la Ley N° 20.945, p. 5);

Centésimo trigésimo quinto: Que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema, y en concordancia con pronunciamientos recientes en esta sede (Sentencia N° 186/2023, c. 199°, y Sentencia N° 190/2024, c. 112° y 113°), se dispondrá **(a)** el cálculo del umbral superior de la multa que puede ser impuesta, en caso que aquello resultare factible por medio de los supuestos del citado artículo; para, posteriormente, **(b)** evaluar las circunstancias en torno a la infracción (v.gr., Excma. Corte Suprema, 14 de agosto de 2020, Rol N° 15.005-2019, c. 30°; 8 de abril de 2020, Rol N° 9361-2019, c. 44°; 27 de enero de 2020, Rol N° 278-2019, c. 22°; 12 de octubre de 2016, Rol N° 5.128-2016; y 29 de diciembre de 2015, Rol N° 32.149-2014, c. 19°);

Centésimo trigésimo sexto: Que, en primer lugar, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 212-11 de la LGSE, los ingresos para el financiamiento del Coordinador se establecen mediante un presupuesto anual que será aprobado por la CNE en forma previa a su ejecución. Asimismo, dicho artículo especifica que podrá obtener financiamiento, créditos, aportes o subsidios, previa aprobación de la misma institución. Para financiarse, la Demandada recibe ingresos que pueden clasificarse en: **(a)** aquellos relativos a la tarifa de Cargo por Servicio Público; y **(b)** aquellos referentes a otros ingresos, como la venta de bases de licitación e inversión de los saldos de caja disponibles, entre otros (véase, por ejemplo, el *Reporte del Estado de Situación Financiera y Presupuestaria, Cumplimiento de la Programación y Proyecciones del Coordinador Eléctrico Nacional*, de 2024, pp. 8-10. Disponible en: https://www.coordinador.cl/wp-content/uploads/2024/02/Informe-IV-Trimestre-2023_Coordinador-Eléctrico-Nacional.pdf). Cada uno de ellos se describirá con mayor detalle a continuación:

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

- a) El Cargo por Servicio Público, de acuerdo con el artículo 212-13 de la LGSE, es un cobro fijado anualmente por la Comisión e incorporado en las cuentas, boletas o facturas que los usuarios finales deben pagar a la empresa distribuidora. Se calcula considerando, por una parte, la suma de los presupuestos anuales del Coordinador, el Panel de Expertos y el estudio de franja, dividido por la suma de la energía proyectada total a facturar a los suministros finales para el año calendario siguiente y, por otra parte, un pago para financiar el Fondo de Estabilización de Tarifas descrito en el artículo 212-14 de la misma ley.
- b) Respecto a los otros ingresos, como indica la Demandada en el reporte recién citado, el Coordinador también percibe ingresos con motivo de la venta de bases de licitación y por mayor valor de cuotas de fondos mutuos en los que invierte, entre otros ejemplos (p. 9).

Adicionalmente, el artículo 212-12 de la Ley General de Servicios Eléctricos indica que “[e]l patrimonio del Coordinador estará conformado por los bienes muebles, inmuebles, corporales o incorporales, que se le transfieran o adquieran a cualquier título, como asimismo por los ingresos que perciba por los servicios que preste.

Los ingresos a que se refiere el inciso precedente deberán imputarse al ejercicio de cálculo del presupuesto correspondiente del año siguiente (...)”.

De esta manera, en ningún caso podrían existir excedentes o utilidades para la Demandada, aun cuando su financiamiento pudiera superar al presupuesto anual que le fue determinado;

Centésimo trigésimo séptimo: Que, en definitiva, el Coordinador no percibe mayores o menores ingresos en función de los procesos que realiza, en el contexto de las obras de expansión licitadas, ni tampoco se ha comprobado que en el caso concreto haya obtenido algún beneficio producto del resultado de la Licitación de 2022. Por consiguiente, no son aplicables los supuestos del artículo 26 letra c) del D.L. N° 211, relativos al beneficio económico del infractor o a las ventas de una línea de productos o servicios asociada a la infracción, de modo que la cota superior para la multa que será impuesta corresponde a la suma de 60.000 UTA, según se indica en el artículo 26 letra c) del D.L. N° 211;

Centésimo trigésimo octavo: Que, el hecho de que el Coordinador no hubiera recibido o percibido ingresos por su infracción no debe impedir que se le imponga una multa, dado que la negligencia con la que actuó demuestra falta de controles e involucramiento, actuar que afectó la competencia en la Licitación y, con ello, la asignación eficiente de este grupo de obras;

Centésimo trigésimo noveno: Que, en segundo lugar, determinada la cota superior de la multa que puede imponerse, resta examinar cada una de las circunstancias en torno a la infracción, a saber: **(a)** el beneficio económico

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

obtenido con motivo de la infracción, en caso que lo hubiese, **(b)** la gravedad de la conducta, **(c)** el efecto disuasivo, **(d)** la calidad de reincidente por haber sido condenado previamente por infracciones anticompetitivas durante los últimos diez años, y **(e)** la capacidad económica del infractor; labor que se realizará a continuación;

Centésimo cuadragésimo: Que, pese a que fue establecido que el Coordinador no obtuvo beneficio económico con ocasión de la infracción, lo cierto es que sus acciones generaron un sobre costo para el sistema de al menos \$43,25 millones de dólares estadounidenses. No obstante, al no existir ventas o beneficios percibidos por la Demandada que puedan ser evaluados para fijar una base de cálculo de una sanción, no se pueden aplicar en este caso los criterios inherentes a una empresa o corporación con fines de lucro. En consecuencia, la entidad de la multa se centrará en su efecto disuasivo (v.gr., sentencias N° 184/2022, c. 105°);

Centésimo cuadragésimo primero: Que el Coordinador se erige como entidad mandatada a efectuar las licitaciones públicas internacionales de las obras de expansión. Si bien para ello posee facultades discrecionales (como, por ejemplo, la agrupación de obras contemplada en el artículo 95 inciso tercero de la LGSE), su actuar no puede contravenir, en ningún caso, los principios de la coordinación de la operación descritos en el artículo 72-1 del citado cuerpo normativo, entre los que se encuentra: *“Garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico”* (véase, considerando quinto). Asimismo, versa del artículo 72-10 de la misma norma que, *“[c]on el objetivo de garantizar los principios de la coordinación del sistema eléctrico, establecidos en el artículo 72°-1, el Coordinador monitoreará permanentemente las condiciones de competencia existentes en el mercado eléctrico”*.

Además, como se concluyó en el acápite anterior, la aplicación de prorratas no es una facultad discrecional del Coordinador de acuerdo con lo enunciado en el artículo 135 del Reglamento, en tanto dicho precepto indica que, en caso de cumplirse los supuestos de la norma, *“se deberán utilizar los V.I. referenciales establecidos en los respectivos Decretos de Expansión para prorratear el valor adjudicado del grupo de obras”* (subrayado agregado);

Centésimo cuadragésimo segundo: Que, de esta forma, al desestimar la oferta de menor valor global y adjudicar en cambio a la segunda mejor propuesta, el Coordinador desatendió uno de los objetivos principales que gobiernan su actuar, a saber, garantizar la operación más económica para el SEN. Por el contrario, su decisión generó un sobre costo considerable para los clientes finales de dicho sistema, sin que existiera una justificación razonable para sus acciones.

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Más aún, la Demandada hizo caso omiso a la aplicación del prorrateo descrito en el artículo 135 del Reglamento, encontrándose en completo conocimiento del mismo, puesto que tal asunto le fue expuesto por el propietario de las obras de ampliación del grupo N° OC_G1, durante la evaluación de las ofertas, quien llegó incluso a calcular una propuesta de las respectivas prorratas que debían, a su juicio, ser aplicadas al caso;

Centésimo cuadragésimo tercero: Que se ha dicho en esta sede que el Estado (o en este caso quien diseña estos procesos de licitación y luego los asigna) tiene una obligación especial de promover la máxima competencia (Sentencia N° 114/2011, c. 35°). En el mismo sentido, el máximo tribunal ha indicado que los agentes económicos con posición dominante poseen un especial deber de cuidado de no dañar la libre competencia (Excma. Corte Suprema, sentencias de 6 de septiembre de 2021, Rol N° 94189-2020, c. 26° y de 23 de julio de 2013, Rol N° 8243-2012, c. 5°). Dicho estándar es aplicable de forma equivalente a este caso, pues el Coordinador dispone de atribuciones que le permiten definir de manera autónoma las condiciones del mercado relevante de autos;

Centésimo cuadragésimo cuarto: Que, debido a lo anterior, la infracción del Coordinador resulta grave para la competencia, y contraria al interés colectivo, sin que sea posible de corregir sin irrogar un perjuicio aún mayor para los consumidores finales del Sistema Eléctrico Nacional. En efecto, cualquier multa que se le aplique al Coordinador, tiene el potencial de ser finalmente traspasada a tarifas que pagan los consumidores;

Centésimo cuadragésimo quinto: Que, además, no puede pasar desapercibido la incertidumbre que generó en el mercado el actuar del Coordinador, situación que ha sido reflejada en sus licitaciones posteriores por obras de expansión. En efecto, como indicó la Demandante en sus observaciones a la prueba (folio 366, p. 102), consta en autos que durante el período de consultas de la licitación por las obras nuevas de los Decretos Exentos N° 257/2022 y N° 229/2021, y las obras de ampliación de los Decretos Exentos N° 200/2022 y N° 185/2021, cuyo llamado fue en marzo de 2023 (folio 218), algunos participantes preguntaron lo siguiente:

- (i) *“Se solicita al Coordinador especificar el valor mínimo de VATT a ofertar para obras nuevas y VI para obras de ampliación, para evitar que se repita el caso Ferrovial de [sic] proceso anterior, que quedó eliminado por presentar un valor ‘excesivamente bajo’ sin que esté expresamente definido qué se entiende por aquello señalado entre comillas”* (folio 219, p. 14); y
- (ii) *“[D]urante el proceso de evaluación de las ofertas económicas ¿Se va a utilizar un valor mínimo para el Valor Anual de Transmisión por Tramo (‘VATT’) ofertado por una Obra Nueva y para el V.I. de las Obras de*

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

Ampliación, por debajo del cual la oferta presentada sea descalificada?”
(folio 219, p. 80).

Ello solamente puede resultar negativo para la competencia en futuras licitaciones del Coordinador, por cuanto, ante el riesgo de que una oferta resulte descalificada, los oferentes tienen incentivos a no disminuir el V.I. ofertado para las obras de ampliación, sin que exista criterio alguno para descalificar una oferta si presenta un V.I. de menor quantum. Máxime si el criterio de adjudicación es de conformidad al menor valor global, lo que, al mismo tiempo, garantiza la operación más económica para el conjunto de instalaciones del sistema;

Centésimo cuadragésimo sexto: Que, así, la conducta del Coordinador es reprochable, puesto que, como institución encargada de guiar los procesos de licitación señalados, era el que debía impedir situaciones lesivas para la competencia y, en cambio, ante un mal diseño de incentivos dentro del mecanismo de asignación de la Licitación, no utilizó el prorrateo que le fue mandatado por el legislador, sino que derechamente redujo la competencia en un mercado con repercusiones a nivel nacional;

Centésimo cuadragésimo séptimo: Que, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, de manera similar a lo expuesto en las sentencias N° 77/2008 y N° 184/2022 (c. 70° y 106°, respectivamente), ha de considerarse la capacidad económica del infractor y el efecto disuasivo de la multa. Sin embargo, lo adecuado en este caso es que la cuantía de la multa sea de menor entidad, puesto que la aplicación de una sanción económica relevante hacia el Coordinador podría generar un perjuicio mayor para todos los usuarios del sistema, que sería adicional a la merma sobre las condiciones de libre competencia que deberán soportar los clientes finales producto de las falencias en la adjudicación de la Licitación de 2022;

Centésimo cuadragésimo octavo: Que la Demandada no ha sido condenada anteriormente por infracciones anticompetitivas;

Centésimo cuadragésimo noveno: Que, de esta manera, la descalificación de la oferta económica de Ferrovial en la Licitación debió requerir especial cuidado por parte del Coordinador, pues de habersele asignado a esa empresa en lugar de ISA, hubiera representado un ahorro significativo para los consumidores;

Centésimo quincuagésimo: Que si bien la oferta de Ferrovial habría intentado aprovechar lo que pudo interpretarse como una suerte de vacío regulatorio, que la indujo a recomponer los parámetros de su oferta de modo de no remunerar al dueño de las instalaciones que debían ser ampliadas (Transec), lo cierto es que el Coordinador debió considerar las prorratas de los artículos 135 y 147 del Reglamento, lo que corrige el problema y permite que el propietario reciba una remuneración adecuada;

**REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Centésimo quincuagésimo primero: Que, la adjudicación con el prorrateo 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 base a los valores referenciales establecidos en las Bases, el Coordinador debió saber que la aceptación por parte de Ferrovial hubiera aumentado el pago al dueño de la infraestructura en aproximadamente \$3,85 millones de dólares respecto de su oferta original, es decir, hubiera significado una reducción de sus utilidades en ese monto. No obstante, también en base del valor inversión referencial de \$200,75 millones de dólares (Bases, p. 18) y de los ingresos requeridos por Ferrovial, el Coordinador debió saber que la aceptación de las prorratas por éste era virtualmente un hecho, por el alto margen que Ferrovial habría obtenido a pesar de su aplicación.

En el caso que Ferrovial hubiese aceptado el prorrateo, que el Coordinador descartó, se habría producido un ahorro para los consumidores de al menos \$43,25 millones de dólares estadounidenses en valor presente;

Centésimo quincuagésimo segundo: Que si bien el Coordinador no es una institución que haya podido obtener una ganancia producto de su conducta y que su financiamiento proviene de un presupuesto que debe ser aprobado por la CNE, y que finalmente se carga a los consumidores, este Tribunal debe aplicarle una multa por su actuar negligente que dañó a los consumidores, con el fin de disuadirla. Así, no es esperable que cualquier multa por un actuar negligente sea validada y pasada al presupuesto futuro de la Demandada y, consecuentemente, a los consumidores, sin que al menos la autoridad y la propia institución demandada tome medidas para impedir que a futuro se repitan conductas con repercusiones tan negativas como las de estos autos;

Centésimo quincuagésimo tercero: Que, en conclusión, en virtud de las circunstancias examinadas en las consideraciones precedentes, en particular, aquellas referidas a la gravedad de la infracción, el efecto disuasivo que debe contemplar la sanción y los efectos contrarios a la libre competencia producto de la decisión del Coordinador, este Tribunal fijará una multa a beneficio fiscal ascendiente a la cuantía de 500 UTA;

Centésimo quincuagésimo cuarto: Que, atendido lo expuesto, se condenará en costas al Coordinador.

III. PARTE RESOLUTIVA

Y TENIENDO PRESENTE lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 3° y 19 y siguientes del Decreto Ley N° 211,

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

SE RESUELVE:

ACOGER la demanda interpuesta por Ferrovial Power Infrastructure Chile SpA a folio 36, contra el Coordinador Independiente del Sistema Eléctrico Nacional, en cuanto a:

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.

Redacción a cargo de la Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Pronunciada por los Ministros Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa, Sr. Rafael Pastor Besoain y la Sra. María de la Luz Domper Rodríguez.

Notifíquese personalmente, por cédula o por correo electrónico a las partes que lo hayan designado para efectos de la notificación.

Inclúyase en el estado diario la resolución precedente y publíquese una vez que las partes se encuentren notificadas.

Archívese en su oportunidad.

Rol C N° 476-22.

Firmada por los Ministros Sr. Ricardo Paredes Molina, Sr. Jaime Barahona Urzúa, Sr. Rafael Pastor Besoain y la Sra. María de la Luz Domper Rodríguez. Autorizada por la Secretaria Abogada Sra. Valeria Ortega Romo.



5F75A793-7E0D-4257-94BF-F1FD8A4B4A06

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tdlc.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.