

2190

RECURSO DE RECLAMACIÓN.



**HONORABLE TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Álvaro Ortúzar Santa María, Nicolás Vergara Correa, Cristián Boetsch Gillet y Juan Sebastián Valdés Rojas, abogados, en representación del Banco de Crédito e Inversiones ("BCI" o el "Banco"), en estos autos caratulados "**Requerimiento de la FNE en contra de Banco Crédito e Inversiones**", Rol C -379-2019, al H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respetuosamente decimos:

Que, de conformidad con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 27 del Decreto Ley N° 211 ("DL 211"), y, encontrándonos dentro de plazo, deducimos recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 186/2023 del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), notificada a BCI con fecha 12 de octubre de 2023 ("Sentencia"), solicitando que ésta sea revocada en todas sus partes por la Excma. Corte Suprema, rechazándose el requerimiento deducido por la Fiscalía Nacional Económica (el "Requerimiento" y "FNE", respectivamente) en todas sus partes, en virtud de los argumentos de hecho, derecho y económicos que se pasan a exponer a continuación.

I.

**CONSIDERACIONES PRELIMINARES:**

**EL REQUERIMIENTO DE LA FNE Y LA SENTENCIA RECLAMADA**

La Sentencia reclamada fue dictada por el TDLC en el marco del Requerimiento interpuesto por la FNE en contra de BCI, por una supuesta infracción al artículo 3° incisos primero y segundo letra b) del DL 211 en el contexto de la licitación del seguro de desgravamen "Póliza Colectiva de Desgravamen Asociada a Créditos Hipotecarios" del año 2017 (la "Licitación").

En concreto, la FNE acusó a nuestra representada de explotar de un modo abusivo a sus clientes hipotecarios<sup>1</sup> por supuestamente haber excluido arbitrariamente<sup>2</sup> la oferta que contenía el menor precio –correspondiente a la oferta conjunta presentada por Rigel Seguros de Vida S.A. ("Rigel") y Burgos y Compañía Corredores de Seguros Limitada ("Burgos")– en base a la exigencia de un requisito que no estaría contemplado en las Bases de la Licitación ("Bases" o "Bases de Licitación"), con el objeto de adjudicar la Licitación a una compañía aseguradora cuya oferta incluía la intermediación de su filial, BCI Corredores de Seguros S.A. ("BCI Corredores").

En base a lo anterior, la FNE formuló cuatro peticiones concretas al TDLC: (i) declarar que el Banco infringió el artículo 3º incisos primero y segundo letra b) del DL 211; (ii) ordenar, respecto de futuras licitaciones para seguros colectivos obligatorios de desgravamen, que se desarrollen en condiciones que aseguren la consecución de efectiva competencia de los oferentes y la debida transparencia de los procesos licitatorios, así como imponer que en tales procesos se garantice la ponderación objetiva, imparcial y razonable de las ofertas en vistas de adjudicar el mejor oferente, que se establezcan claramente los requisitos que deben cumplir las empresas, sin establecer exigencias innecesarias y que no se favorezca arbitrariamente a entidades relacionadas al licitante; (iii) la imposición a BCI de una multa de 3.500 Unidades Tributarias Anuales o el monto que el TDLC estimare conforme a derecho; y (iv) ordenar al Banco el pago de las costas.

Al respecto, BCI sostuvo que la Licitación, su desarrollo y resultado se ajustaron plenamente a la normativa aplicable y a las Bases, no habiendo incurrido en ninguna infracción al DL 211 ni a ninguna otra norma. En particular, el Banco sostuvo que la decisión de dejar fuera de Bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos en la Licitación, se debió a que ésta no había cumplido con lo dispuesto en las Bases, al no haberse acompañado una copia autorizada ante notario de la escritura pública en la que constaban las facultades del representante legal de Burgos para representar a dicha compañía.

Por otra parte, específicamente respecto de la imputación de abuso de posición dominante, BCI dio cuenta de la falta de concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para que tenga lugar

---

<sup>1</sup> Requerimiento, página 1.

<sup>2</sup> Requerimiento, página 1.

dicho ilícito anticompetitivo, a saber, la existencia de una conducta abusiva; la existencia de una posición dominante en el mercado relevante; la generación o potencial generación de efectos contrarios a la libre competencia; y la falta de justificación de la conducta.

Pues bien, mediante la Sentencia N° 186/2023 el TDLC acogió el Requerimiento de la FNE, declarando que BCI incurrió en un abuso de posición dominante, y condenando al Banco al pago de una multa ascendente a 1.162,4 Unidades Tributarias Anuales ("UTA").

Para arribar a esta decisión, **el TDLC siguió el razonamiento que se expone a continuación:**

EN PRIMER LUGAR, el TDLC examina e interpreta lo dispuesto en las Bases de Licitación para luego proceder a analizar lo dispuesto en los artículos 421 y 425 del Código Orgánico de Tribunales ("COT") y su aplicación a las Bases de Licitación.

Con respecto a lo primero, la Sentencia afirma que los términos "oferta" y "oferentes" –utilizados por las Bases al requerir la acreditación de las facultades de los representantes mediante una copia autorizada ante notario– no se encontraban definidos, y que solo se referirían a las compañías de seguros. Con ello, el TDLC opta por descartar la tesis de BCI de que dichos vocablos comprendían tanto a la compañía de seguros como a la corredora de seguros y que, por ende, los requisitos referidos a la acreditación de las facultades de los representantes legales aplicaban respecto de ambas.

En relación con la interpretación de los artículos 421 y 425 del COT, la Sentencia acoge la tesis de la FNE sosteniendo que un Notario solo puede otorgar copias autorizadas del artículo 421 del COT mientras tiene bajo su poder el protocolo respectivo. De esta forma, según el TDLC, una copia autorizada por el mismo Notario que otorgó la escritura original sería asimilable a una copia autorizada por un Notario diferente si, al momento de autorizar la copia, el primero de ellos no tenía bajo su poder el protocolo respectivo. De acuerdo con la Sentencia, en ambos casos se trataría de una copia autorizada del artículo 425 del COT.

En lo que se refiere a la aplicación de los artículos 421 y 425 del COT a las Bases de Licitación, el TDLC concluye que, al emplear el concepto "copia autorizada ante Notario", éstas no exigían

que se acompañara una copia autorizada del artículo 421 del COT, sino que bastaría con una copia del artículo 425 del mismo cuerpo legal. Esto, dado que las Bases no contienen una referencia expresa a la primera disposición legal.

EN SEGUNDO LUGAR, en base a lo concluido respecto de las Bases y sobre la interpretación de los artículos 421 y 425 del COT, la Sentencia se detiene en la conducta acusada con el objeto de determinar si BCI discriminó arbitrariamente a Rigel y Burgos al declarar fuera de las Bases de Licitación a su oferta conjunta.

Por una parte, la Sentencia concluye que la oferta de Rigel y Burgos sí cumplía con las Bases de Licitación, y que los poderes acompañados por el oferente que se adjudicó la Licitación (BICE Vida S.A. y BCI Corredores) constaban en copias autorizadas del artículo 425 y no del artículo 421 como lo señalaba BCI. Producto de lo anterior, según el TDLC, *“la exclusión por parte de BCI de la oferta de Rigel en consideración a la forma en que acreditó la designación y facultades del representante de Burgos configura una conducta discriminatoria”*<sup>3</sup>.

Adicionalmente, el TDLC arriba a la conclusión de que dicha discriminación fue además arbitraria. Esto, toda vez que BCI habría realizado *“esfuerzos por encontrar otras razones que permitieran excluir la oferta de Rigel, a sabiendas de que era la más económica de las presentadas en la Licitación de 2017”*<sup>4</sup>; dichos “esfuerzos” –consistentes en consultar a la Superintendencia de Valores y Seguros sobre la calidad de corredor de seguros del señor Burgos– solo habrían sido desplegados respecto de Burgos y no respecto de los demás oferentes<sup>5</sup>; y dado que la discriminación efectuada por BCI no se habría basado en una *“justificación racional, sino en una interpretación errada de las normas jurídicas aplicables, que otorgó un peso mayor a una circunstancia irrelevante (...) con el agravante de que el efecto de la discriminación fue privilegiar la oferta de una compañía de seguros que concurría a la Licitación de 2017 con la corredora relacionada a BCI”*<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Sentencia, c. 112°.

<sup>4</sup> Sentencia, c. 114°.

<sup>5</sup> Sentencia, c. 115°.

<sup>6</sup> Sentencia, c. 116°.

EN TERCER LUGAR, la Sentencia examina si BCI tenía una posición dominante, para lo cual procede primero a determinar el mercado relevante, para luego establecer la participación del Banco en el mismo.

En primer término, respecto del mercado relevante, el TDLC analiza el servicio “seguro de desgravamen para un crédito hipotecario” desde dos perspectivas: (a) “desde la demanda que realizan las entidades crediticias, entre ellas BCI, por cuenta y cargo de sus clientes, por un seguro de desgravamen colectivo”; y (b) “desde la del deudor hipotecario que requiere un seguro de desgravamen para su crédito, debiendo optar entre el seguro colectivo ofrecido por la entidad crediticia u otro contratado en forma individual”<sup>7/8</sup>.

Desde la primera perspectiva, el TDLC concluye que el mercado relevante corresponde a *“la provisión de seguros de desgravamen colectivos, junto con su intermediación o corretaje, destinados a entidades crediticias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley de Seguros (dimensión del producto), dentro de todo el territorio nacional (dimensión geográfica)”*<sup>9</sup>.

Así, para efectos de determinar si BCI detenta una posición dominante en este mercado, la Sentencia procede a identificar la participación de BCI como demandante de este producto entre las entidades crediticias que licitan esta clase de seguros, concluyendo que ésta asciende a un 10,2% en base al número total de seguros de desgravamen licitados por empresas bancarias, y a un 13,5% si se observa el monto asegurado de dichos seguros. Producto de lo anterior, el TDLC concluye que BCI no detentaba una participación significativa en la demanda de seguros de desgravamen para efectos del artículo 40 de la Ley de Seguros y que, por ende, sus acciones **no pudieron generar la exclusión de Rigel y Burgos de este mercado relevante**<sup>10</sup>.

Desde la segunda perspectiva, el TDLC procedió a determinar el mercado relevante identificando la oferta de seguros de desgravamen asociados a créditos hipotecarios disponibles para dichos deudores. Para estos efectos, y como se expondrá en el acápite correspondiente, la Sentencia

<sup>7</sup> Sentencia, c. 135°.

<sup>8</sup> En esta presentación, todos los destacados y subrayados son nuestros, a menos que se indique expresamente lo contrario.

<sup>9</sup> Sentencia, c. 138°.

<sup>10</sup> Sentencia, c. 145°.

concluyó que el mercado relevante corresponde a “*la provisión de seguros de desgravamen a clientes hipotecarios de BCI, junto a su intermediación o corretaje, destinados a asegurar el saldo insoluto de su deuda ante su fallecimiento (dimensión del producto), a lo largo de todo el país (dimensión geográfica)*”<sup>11</sup>, excluyendo del mismo a las pólizas individuales.

Luego de determinar el mercado relevante, el TDLC procedió a analizar la participación de BCI en el mismo, señalando, en primer lugar, que BCI sí participaba en él al contratar por cuenta y cargo de sus clientes hipotecarios el seguro de desgravamen licitado colectivamente. Una vez resuelto lo anterior, la Sentencia concluye que BCI es la única proveedora del bien de que se trata y que, por ende, tuvo una posición dominante a la fecha de ocurrencia de las conductas acusadas, esto es, entre julio de 2017 y agosto de 2019<sup>12</sup>.

Finalmente, EN CUARTO LUGAR, habiendo concluido que BCI –ostentando una posición dominante en el mercado relevante– discriminó arbitrariamente a Rigel y Burgos, el TDLC resuelve que el Banco cometió una infracción al literal b) del artículo 3° del DL 211, por lo que decidió aplicarle una sanción.

Para efectos de determinar la sanción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 letra c) del DL 211, el TDLC calcula la suma a la que ascendería el 30% de los ingresos percibidos por BCI a través de su filial BCI Corredores, por concepto de comisión por intermediación de seguros colectivos resultantes de la Licitación de 2017, que corresponde a la línea de productos o servicios asociada a la infracción. Como resultado de lo anterior, el TDLC resuelve imponer a BCI una multa ascendente a la suma de 1.162,4 Unidades Tributarias Anuales<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Sentencia, c. 182°.

<sup>12</sup> Sentencia, c. 187°.

<sup>13</sup> Sentencia, c. 209°.

## II.

**LA SENTENCIA INCURRE EN UNA SERIE DE ERRORES Y OMISIONES  
QUE INFLUYEN EN LO DISPOSITIVO DE LA SENTENCIA**

Habiéndonos referido a los aspectos fundamentales de la Sentencia, cabe asentar desde ya que la misma incurrió en diversos y graves errores que, repercutiendo en lo dispositivo de la misma, fundan el presente recurso de reclamación:

- (i) En primer lugar, la **Sentencia yerra al establecer que BCI discriminó a Rigel y Burgos al declarar fuera de las Bases su oferta conjunta**. Dicho error es el resultado de dos errores previos en los que el TDLC incurrió en su análisis de las Bases de Licitación.

Por una parte, el TDLC concluye erradamente que los conceptos de “oferente”, “Compañía” y “Compañías” utilizados por las Bases únicamente se referían a la compañía de seguros, no así a la corredora de seguros, de lo que se derivaría que la exigencia de acompañar una copia autorizada ante notario de los poderes del representante legal del oferente no habría sido aplicable a Burgos.

Por otra parte, la Sentencia yerra al interpretar la expresión “copia autorizada ante Notario” de forma tal de sostener que las Bases se referían a las copias del artículo 425 del COT y no a las del artículo 421 de dicho cuerpo legal. En base a esta interpretación extensiva del concepto de “copia autorizada” –que por lo demás es contraria a la ley y al principio jurídico de estricta sujeción a las bases– el TDLC sostiene que BCI no aplicó a los adjudicatarios de la Licitación –BICE Vida y BCI Corredores– el mismo criterio que a Rigel y Burgos.

- (ii) En segundo lugar, la **Sentencia comete un error al determinar que la decisión de declarar fuera de Bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos fue arbitraria**.

Para arribar a tal conclusión, el TDLC sostiene que la decisión de BCI no se basó “*en una justificación racional, sino que en una interpretación errada de las normas jurídicas aplicables, que otorgó un peso mayor a una circunstancia irrelevante*”<sup>14</sup>.

Pues bien, como se verá en el capítulo respectivo, la decisión del Banco de declarar fuera de las Bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos en caso alguna fue arbitraria, toda vez que se basó en una interpretación de las Bases y de los artículos 421 y 425 del COT que, lejos de ser caprichosa o irracional, fue completamente justificada y razonable, realizada por sus abogados externos asesores en materia de seguros, confirmada por sus abogados internos y sustentada tanto por jurisprudencia nacional que fue desconocida por el TDLC y por respetados autores nacionales.

- (iii) En tercer lugar, **el TDLC yerra al definir el mercado relevante y al establecer que BCI tendría una posición dominante que le permitiría explotar a sus clientes hipotecarios**

Lo anterior, por cuanto, según explicaremos más adelante, el TDLC no consideró en su real dimensión la importancia de los seguros individuales de desgravamen, así como tampoco los efectos que tenía que la Licitación se refiriera al total de la cartera de créditos hipotecarios del BCI, y no sólo a aquellos que se contrataren durante el periodo de vigencia de la póliza respectiva.

Adicionalmente, el TDLC cometió serios errores al analizar la forma como interactúa el mercado de los seguros de desgravamen con sus mercados conexos, a saber, el mercado de los créditos hipotecarios y el mercado de los demás productos financieros del BCI.

- (iv) En cuarto lugar, **la Sentencia yerra al no considerar que uno de los elementos del tipo “abuso de posición dominante” es precisamente la configuración de una conducta “abusiva”, y no realizar ningún análisis del elemento subjetivo propio de dicha figura respecto de BCI.**

---

<sup>14</sup> Sentencia, c. 116º.

En efecto, como se verá, pese a que, en materia de libre competencia –al igual que en materia de derecho sancionador– para que exista un ilícito es menester que se acredite la concurrencia de los elementos del tipo infraccional y se acredite que el presunto infractor actuó con culpa grave o dolo, o al menos se acredite su culpabilidad, el TDLC omitió cualquier análisis sobre este aspecto simplemente presumiendo la mala fe de nuestra representada, en circunstancias que BCI actuó siempre de buena fe, y siguiendo el consejo de sus asesores jurídicos, quienes además se basaron en una interpretación razonable de la legislación aplicable, la que además se encontraba sustentada en jurisprudencia de la Excm. Corte Suprema.

- (v) En quinto lugar, **la Sentencia yerra al condenar a BCI en costas**, toda vez que el Banco no fue completamente vencido. Lo anterior, por cuanto el TDLC rechazó expresamente, en su fallo, una de las peticiones concretas formuladas por la FNE.

### III.

#### **BCI NO INCURRIÓ EN UN ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE**

Como se expondrá a lo largo de esta presentación, para que una conducta pueda ser calificada como abuso de posición dominante se requiere la concurrencia de múltiples requisitos, a saber, que se configure efectivamente un “abuso”; que el agente económico cuente con una posición dominante en el mercado relevante; que la conducta afecte o potencialmente pueda afectar la libre competencia; y que la conducta carezca de una justificación.

Como veremos, al dar por cumplidos todos los requisitos mencionados el TDLC incurre en múltiples errores que vuelven imperioso que la Sentencia sea dejada sin efecto.

#### III.A.

##### **BCI NO INCURRIÓ EN UN ABUSO**

Como se señaló precedentemente, para que se verifique un abuso de posición dominante, en primer lugar, es menester que el agente económico haya incurrido en un comportamiento

abusivo. En términos generales, es posible identificar tres tipos de abusos: explotativos, exclusorios y mixtos.

Los primeros persiguen explotar las oportunidades que entrega la posición de dominio para afectar directamente a uno o más agentes de mercado. Los segundos persiguen excluir a determinados agentes económicos o generar una desventaja artificial con respecto a los rivales. Finalmente, los abusos mixtos corresponden a aquellos que tienen un componente exclusorio y uno explotativo.

Algunas de estas conductas son mencionadas, como ejemplos, por el DL 211 en su artículo 3 letras b) y c):

*“Artículo 3. [...] Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:*

*[...]*

*b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.*

*c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.*

Pues bien, el abuso que la FNE imputó a BCI, y por el cual el TDLC sanciona al Banco en su Sentencia, consiste en supuestamente haber explotado de un modo abusivo a sus clientes hipotecarios al excluir arbitrariamente a Rigel y Burgos de la Licitación. Dicha exclusión, según la FNE y el TDLC, habría significado una **discriminación arbitraria**, toda vez que se habría justificado en una interpretación errada de ciertas normas jurídicas y materializado por medio de la exigencia de un requisito no contemplado en las Bases de Licitación que, según se afirma, tampoco habría sido cumplido por los oferentes que se adjudicaron la licitación.

Así las cosas, es posible concluir que el abuso que la FNE imputó a BCI habría tenido un carácter mixto, cuestión que el TDLC abordó al analizar el mercado relevante en que habría incidido la conducta en cuestión.

En efecto, la FNE imputó al BCI "(a) la exclusión de la aseguradora Rigel y la corredora Burgos, al haber sido su oferta desestimada arbitrariamente, afectando la competencia entre los participantes de la Licitación; y (b) la explotación de los clientes hipotecarios de BCI, que se vieron obligados a soportar un precio mayor que aquel que hubiere resultado en una situación de competencia, afectando el mercado final en el que incide la Licitación"<sup>15</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que **la primera de estas imputaciones, a saber la supuesta exclusión de Rigel y Burgos del mercado de la provisión de seguros de desgravamen colectivos, fue rechazada íntegramente por el TDLC en la Sentencia,** habiendo analizado los antecedentes aportados al proceso<sup>16</sup>.

Dicho lo anterior, pasaremos a explicar que la Sentencia yerra al sostener que BCI discriminó arbitrariamente a Rigel y Burgos al decidir declarar fuera de las Bases su oferta conjunta, y que eso habría configurado una explotación abusiva de una supuesta, pero inexistente, posición dominante.

### III.A.1.

#### **BCI NO DISCRIMINÓ A RIGEL Y BURGOS AL CONSTATAR QUE SU OFERTA CONJUNTA NO SE AJUSTÓ A LAS BASES DE LICITACIÓN**

El TDLC sostiene en su Sentencia que "*la exclusión por parte de BCI de la oferta de Rigel en consideración a la forma en que acreditó la designación y facultades del representante de Burgos configura una conducta discriminatoria. En efecto, se ha acreditado que BCI dio a Rigel un trato distinto a aquél otorgado a los demás oferentes, al habersele exigido un requisito formal –la utilización de copias autorizadas de conformidad al artículo 421 del COT–, cuyo incumplimiento determinó la exclusión de su oferta, que no estaba establecido en las Bases de la Licitación de 2017 ni fue aplicado ni exigido a los demás participantes de la licitación, incluyendo a aquél que resultó adjudicatario*"<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Sentencia, c. 137°.

<sup>16</sup> Sentencia, c. 145°.

<sup>17</sup> Sentencia, c. 112°.

Como veremos a continuación, la Sentencia arriba a dicha errónea conclusión producto de una errada interpretación de las Bases de Licitación y de los artículos 421 y 425 del COT. En efecto, el “*requisito formal*” exigido a Rigel y Burgos sí estaba establecido en las Bases de Licitación, y sí fue cumplido por el participante de la Licitación que resultó adjudicatario.

### 1. El “requisito formal” exigido a Rigel y Burgos sí estaba establecido en las Bases de Licitación.

El TDLC arribó a la conclusión de que el “requisito formal” exigido por BCI a Rigel y Burgos no se encontraba establecido en las Bases de Licitación producto de una errónea interpretación de estas últimas.

En concreto la **Sentencia incurre en dos errores al interpretar las Bases**: por una parte, sostiene que los conceptos “*oferta*” y “*oferente*” utilizados por ellas únicamente se referirían a la compañía aseguradora, debiendo solo ella –y no la corredora de seguros– cumplir con el requisito de acreditar las facultades de su representante legal mediante copia autorizada ante Notario<sup>18</sup>; y, por otra parte, establece que la “*copia autorizada ante Notario*” a la que se refieren las Bases de Licitación correspondería a las copias a las que se refiere el artículo 425 del COT y no el artículo 421 del mismo Código. Veamos.

- 1.1. La Sentencia yerra al interpretar las Bases de modo tal de afirmar que éstas no exigían que se presentara una copia autorizada ante Notario de la escritura pública donde constara el poder del representante legal del corredor de seguros.

La Sentencia señala que “*aunque las Bases no definen los conceptos de ‘oferente’, ‘Compañía’, o ‘Compañías’, en varios pasajes de ellas, dichos conceptos se refieren únicamente a las compañías de seguros y no a las corredoras*”<sup>19</sup>, y que “*a partir de lo dispuesto en el artículo III.29*

<sup>18</sup> En el punto III.12 letra e) de las Bases de Licitación se señalaba:

“**Las ofertas deberán contener:** [...] e) **Documentos que acrediten las facultades de los representantes legales de los oferentes, en conformidad a lo contemplado en el N° III.16 siguiente, en original o copia autorizada ante notario**”. A su turno, el referido numeral III.16 de las Bases de Licitación se indicaba lo siguiente: “*Las ofertas de seguros deberán haber sido suscritas por los representantes legales de las Compañías, quienes deberán gozar de facultades suficientes para hacerlo. Para estos efectos, dicho/s apoderado/s deberá/n acreditar su designación y las facultades que invoque/n, mediante los instrumentos públicos pertinentes, en original o copias autorizadas ante notario de tales antecedentes, los que en todo caso deberán adjuntar conjuntamente con la oferta*”.

<sup>19</sup> Sentencia, c. 74°.

de la NCG N° 330 (...) debe entenderse que quien realiza la oferta en el marco de la Licitación de 2017 es una compañía de seguros, la que puede incorporar la intervención de uno o más corredores, pero que estas últimas no tienen el carácter de oferentes<sup>20</sup>.

Así, en virtud de dichos argumentos concluye que “las Bases de Licitación de 2017 no establecían la obligación de que los poderes de los representantes legales de la corredora de seguros que intervenía en la oferta fuesen acreditados con la misma formalidad que los poderes de los representantes legales de los oferentes, esto es, de las compañías de seguros que presentaron las ofertas en la Licitación”<sup>21</sup>.

Pues bien, a este respecto cabe señalar que, a diferencia de lo sostenido por el TDLC –quien equivocadamente señala que en la Licitación de 2017 la oferta **podía** incorporar la intervención de uno o más corredores<sup>22</sup>, el punto III.6 de las Bases de Licitación, en línea con lo permitido por el artículo 40 de la Ley de Seguros y el número 4 de la sección III.5 de la NCG 330 vigente a esa fecha, disponía expresamente el carácter imperativo que tenía la comparecencia conjunta de un corredor de seguros en la oferta, en el sentido que “[l]as compañías **deberán incluir en sus ofertas la participación de uno o más de sus corredores de seguros** para la intermediación de la cuenta”.

Así, y como por lo demás lo comprueban las restantes disposiciones de las mismas Bases, **la oferta se encontraba indisoluble e indivisiblemente compuesta por la propuesta de la Compañía de Seguros y de la Corredora**, de modo que ambas debían satisfacer las exigencias de la Licitación.

De hecho, precisamente por ello es que explícitamente se indicó y destacó en el punto III.12 de las Bases de Licitación que “[l]a oferta con todos sus antecedentes, deberá presentarse en sobre cerrado [...]” (subrayado en el original).

<sup>20</sup> Sentencia, c. 75°.

<sup>21</sup> Sentencia, c. 77°.

<sup>22</sup> Sentencia, c. 75°: “... debe entenderse que quien realiza la oferta en el marco de la Licitación de 2017 es una compañía de seguros, la que puede incorporar la intervención de uno o más corredores ...”.

Por lo demás, esta interpretación del TDLC resulta derechamente absurda, dado que si ese fuera el entendimiento razonable de los conceptos “oferentes” y “Compañías”, no tendría ningún sentido que para todas las ofertas recibidas en la Licitación los corredores de seguros se hubieran tomado la molestia de incluir copia de las escrituras de los poderes de sus representantes.

Por otro lado, resulta también absurdo siquiera pensar que BCI, o cualquier otra entidad crediticia que llevara adelante un proceso de licitación de seguros de desgravamen, pidiera ciertas formalidades a las compañías de seguro para cerciorarse que sus apoderados actúan con poderes suficientes, y no lo hiciera respecto de las corredoras de seguros, que por ley son las entidades que tienen la relación directa con los deudores hipotecarios asegurados, y que por ende, resulta tanto o más importante que sus actuaciones sean realizadas por quienes tienen las facultades necesarias para representarlos.

- 1.2. La interpretación extensiva del concepto de “copia autorizada ante Notario” que hace la Sentencia es contraria a la ley y al principio jurídico de “estricta sujeción a las bases”.

Respecto a las copias autorizadas a las que se refieren las Bases, la Sentencia sostiene que *“las Bases de Licitación no hacen alusión a alguna norma en específico al referirse a la manera en que debían ser acompañados los documentos que allí se indican, ni replican la redacción del artículo 421 del COT, sino que se limitan a exigir que se acompañen en original o copia autorizada ante notario, los ‘instrumentos públicos pertinentes’”*<sup>23</sup>. Asimismo, la Sentencia añade que, dado que no es posible acompañar el “original” de un instrumento público, con dicho vocablo las Bases se habrían referido necesariamente a las copias del artículo 421 del COT, mientras que con la expresión “copias autorizadas” se habrían referido a las copias del artículo 425 del COT<sup>24</sup>.

En virtud de dichos argumentos es que el TDLC concluye que *“para acreditar válidamente la representación de los oferentes, podían presentarse copias obtenidas tanto de la forma prescrita en el artículo 421 como aquella establecida en el artículo 425 del COT”*<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Sentencia, c. 85°.

<sup>24</sup> Sentencia, c. 88°.

<sup>25</sup> Sentencia, c. 89°. En el mismo sentido, Sentencia, c. 90°.

Pues bien, en este respecto es menester dar cuenta que la interpretación que hace el TDLC del concepto legal de "copia autorizada ante Notario" constituye un simple ejercicio de voluntarismo que contraviene lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico y, que además resulta contraria al principio jurídico de estricta sujeción a las bases.

(a) La interpretación extensiva del concepto de "copia autorizada ante Notario" por la que opta la Sentencia es contraria a la ley.

De conformidad a nuestro ordenamiento jurídico, **en Chile existe una sola forma de otorgar una copia autorizada ante notario: la establecida en el artículo 421 del Código Orgánico de Tribunales**, norma que expresamente dispone lo siguiente:

**"Sólo podrán dar copias autorizadas de escrituras públicas o documentos protocolizados el notario autorizante, el que lo subroga o suceda legalmente o el archivero a cuyo cargo esté el protocolo respectivo"**.

Esta norma debe ser concordada con el inciso segundo del artículo 456 del COT, el cual dispone:

**"Los archiveros judiciales podrán dar copia autorizada de las escrituras contenidas en los protocolos de su archivo, en todos aquellos casos en que el notario que haya intervenido en su otorgamiento **habría podido darlas**"**.

Esta interpretación de las normas citadas, además de aparecer del claro tenor de la ley, es el mismo de la jurisprudencia nacional.

En efecto, y como bien observa Emilio Rioseco al analizar la prueba ante la jurisprudencia, la **Corte Suprema** ha resuelto que **"[n]o es copia autorizada de escritura pública la fotocopia autorizada por notario distinto del que autorizó la escritura misma"**<sup>26</sup>; este autor comenta que tal decisión se adoptó precisamente en una causa relativa a una "fotocopia de otra fotocopia

<sup>26</sup> Sentencia de fecha 22 de septiembre de 1994, publicada en Fallos del Mes N° 430, p. 554; citada por RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio, *La prueba ante la jurisprudencia*, t. I, 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2016, p. 313.

de escritura pública, no autorizada la primera por el notario autorizante de la escritura ni por su subrogante o sucesor legal ni por el archivero respectivo”<sup>27</sup>.

En este mismo sentido, en una sentencia dictada en el año 2010 –la que pese a haber sido acompañada en estos autos **no fue siquiera mencionada por la Sentencia**– la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco se pronunció en los siguientes términos:

“3°.- Que del examen del documento donde constaría la personería de don Fernando Arzola Burgos para representar en juicio al Banco Estado de Chile, **aparece que aquél no reviste la calidad de copia autorizada de escritura pública, por no haber sido otorgada por el competente funcionario de conformidad con lo previsto en el artículo 421 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, el notario autorizante, el que lo subroga o suceda legalmente o el archivero a cuyo cargo esté el protocolo respectivo.** Por el contrario, tal instrumento fue autorizado por un notario distinto al que correspondía, en el caso de autos, por don Humberto Toro Martínez-Conde, notario titular con asiento en Temuco. De esta manera no resulta idóneo y ajustado a la ley la personería o representación judicial que se invoca para comparecer en juicio, pues no se han cumplido las formalidades del mandato judicial, establecidas en el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil, y por lo tanto, debe acogerse la excepción de que se trata”<sup>28</sup>.

Cabe añadir que esto fue ratificado por don Raúl Tavolari, Ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, quién en su informe en derecho acompañado en autos sostuvo lo siguiente:

“A la luz del claro y simple texto legal, responder a la interrogante no exige mayores reflexiones: un “notario diferente” es un personaje que, mencionado sin calificación adicional, no aparece incluido en la nómina de los sujetos facultados para otorgar las referidas copias autorizadas (...) De este modo, **no puede dudarse el que una copia de una escritura pública autorizada por un Notario diverso** a uno de los que menciona el citado artículo 421,

<sup>27</sup> RIOSECO, Op. Cit., p. 314.

<sup>28</sup> Sentencia dictada por la ltma. Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 24 de diciembre de 2010, en la causa Rol N°1334-2010. En el mismo sentido, ltma. Corte de Apelaciones de Antofagasta en la causa Rol N°887-2010.

**no constituye una 'copia autorizada', desde que su origen no satisface la exigencia básica de la disposición mencionada**<sup>29</sup>.

Por tanto, de lo hasta ahora expuesto, resulta **irrebatible** que:

- Es un hecho cierto que las **Bases de Licitación**, en sus puntos III.12 letra e) y III.16, **expresa y especialmente** dispusieron que los poderes de los oferentes debían ser acreditados mediante los "instrumentos públicos pertinentes, en original o copias autorizadas ante notario";
- Es jurídicamente inequívoco que en nuestro país **sólo existe una forma de obtener una copia autorizada** de un instrumento público, a saber, la señalada en el artículo 421 del COT, conforme a la cual tal copia únicamente puede ser otorgada por el notario autorizante, el que lo subroga o suceda legalmente o, por el archivero, en su caso.
- Es un hecho cierto que **en la oferta conjunta presentada por Rigel y Burgos se pretendió acreditar** los poderes del representante de Burgos **por una vía distinta a la expresada en las Bases de Licitación**, en cuanto acompañó un documento que **no era una copia autorizada de escritura pública**, ya que no se otorgó ante el Notario autorizante ni ante el archivero.

Por tanto, a diferencia de lo sostenido por la Sentencia, **la conclusión es –y solo puede ser– una: las Bases de Licitación exigían que las facultades de los representantes legales de la compañía de seguros y de la corredora de seguros se acreditaran mediante copias autorizadas, según lo dispuesto en el artículo 421 del COT, y la oferta conjunta de Rigel y Burgos no cumplió con esa formalidad.**

(b) La interpretación extensiva del concepto de "copia autorizada" por la que opta la Sentencia es contraria al principio jurídico de "estricta sujeción a las bases".

<sup>29</sup> Informe en derecho elaborado por don Raúl Tavorari Oliveros, pp. 5-6, acompañado mediante escrito de fojas 1712.

Por si lo anterior no fuera suficiente, lo cierto es que la interpretación extensiva que hace la Sentencia del concepto "copia autorizada ante Notario" es completamente incompatible con el principio jurídico de "estricta sujeción a las bases". Veamos.

El principio de estricta sujeción a las bases se encuentra consagrado en el inciso tercero del artículo 10 de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios:

*"Art. 10. (...) Los procedimientos de licitación **se realizarán con estricta sujeción**, de los participantes y **de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen**. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente".*

En virtud de este principio, "**toda actuación de los órganos de la Administración del Estado se debe ajustar** no solo a las disposiciones legales que regulan el procedimiento de contratación sino **también a las bases que se establecen para regular dicho procedimiento, las que obligan no solo a los oferentes sino también a la administración**"<sup>30</sup>.

Dicho lo anterior, cabe señalar que, no obstante el principio en cuestión rige la contratación pública, la doctrina ha sostenido que, "[e]n la esfera del derecho privado (...) no existe regla positiva que rija el procedimiento [de licitación] (...) deben tenerse en cuenta los principios y normas vigentes en las licitaciones llevadas a cabo por la Administración"<sup>31</sup>.

Lo anterior resulta especialmente lógico en el caso en análisis, toda vez que es la propia ley la que establece la obligación de las entidades crediticias de contratar "*en forma colectiva*" y "*por medio de licitación pública con bases preestablecidas*"<sup>32</sup> los seguros de desgravamen hipotecarios para sus deudores, regulando detalladamente la forma en que debe ser llevada a

<sup>30</sup> CISTERNAS MORALES, Mauricio (2016): "La responsabilidad extracontractual del Estado en materia de licitaciones públicas adjudicadas ilegalmente", en *Anuario de doctrina y jurisprudencia, Sentencias Destacadas 2016*, Ediciones LyD, p. 20.

<sup>31</sup> GHERSI, Carlos Alberto (1992): "Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial", Editorial Astrea, p. 12.

<sup>32</sup> DFL N° 251, art. 40, numeral 1.

2199

cabo este proceso de licitación. Esta regulación se encontraba específicamente en el artículo 40 de la Ley de Seguros y en la NCG 330 vigente a la época de la Licitación, dictada conjuntamente por las antiguas Superintendencia de Valores y Seguros y Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras el 21 de marzo del año 2012.

En consecuencia, como lo ha señalado la Contraloría General de la República, este principio debía ser considerado por BCI durante todo el desarrollo del procedimiento de licitación de seguros colectivos de desgravamen, lo que evidentemente incluye la adjudicación:

*“A su vez, **la jurisprudencia administrativa ha puntualizado que la estricta sujeción a las bases contemplada en la normativa mencionada constituye un principio rector que rige tanto el desarrollo del proceso licitatorio como la ejecución del correspondiente contrato y que dicho instrumento, en conjunto con la oferta del adjudicatario, integran el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones de la Administración y del proveedor, a fin de respetar la legalidad y transparencia que deben primar en los contratos que celebren**”<sup>33</sup>.*

Lo anterior imponía que, al adjudicar la Licitación, BCI debía ceñirse estrictamente a lo exigido en el texto de las Bases, lo que implicaba que si éstas requerían que los oferentes presentaran una copia autorizada del instrumento público en que constaban las facultades de su representante legal, BCI no podía interpretar el concepto “copia autorizada ante Notario” de una forma que se apartara de su tenor literal y, por ende, del texto del artículo 421 del COT.

Por el contrario, **de haberse interpretado el concepto de “copia autorizada ante Notario” de la forma que erradamente propone la Sentencia, la Licitación –en directa contravención al principio de estricta sujeción a las bases– habría sido adjudicada a un oferente que no cumplía con las Bases de Licitación, volviendo a BCI susceptible de ser demandada por**

<sup>33</sup> CGR, Dictamen N° 17354, 11 de julio de 21018. En el mismo sentido, CGR Dictamen N° 17534, 12 de julio de 2018.

**aquellos oferentes cuyas ofertas sí se habían ceñido estrictamente a lo exigido por las Bases de Licitación.**

Finalmente, es menester insistir en que, de haber tenido Rigel y Burgos dudas sobre el alcance de lo exigido en los puntos III.12.e) y III.16 de las Bases de Licitación, dichas empresas estaban habilitadas para pedir una aclaración sobre la materia a BCI en el periodo de “Preguntas y Respuestas” que tuvo lugar con posterioridad a la apertura del procedimiento de licitación.

Pues bien, lo cierto es que, no obstante lo anterior, optaron por no hacerlo, a pesar de que existe constancia que en ese proceso, tal como consta en el documento incorporado a fojas 609 que contiene las preguntas y respuestas formuladas durante la Licitación por parte de los interesados, hubo una pregunta respecto a si ciertos documentos que tenían que presentarse, a saber, los certificados de clasificación de riesgo de las compañías de seguros “¿deben ser originales o basta con copias simples?”<sup>34</sup>.

Lo anterior, demuestra que no existía ambigüedad alguna en cuanto al alcance de la expresión “copias autorizadas ante Notario” contenida en las Bases de Licitación.

## **2. El “requisito formal” exigido a Rigel y Burgos sí fue cumplido por el adjudicatario de la Licitación.**

Como se expuso precedentemente, el TDLC funda la supuesta “discriminación” en el trato diverso que BCI habría dado a los distintos participantes de la licitación. Dado que ya nos pronunciamos respecto al ámbito de aplicación de la exigencia referida a que las facultades de los representantes legales de los oferentes fueran acreditadas mediante “copia autorizada ante Notario”, ahora cabe abordar el hecho de que dicho requisito sí fue exigido uniformemente a todos los participantes de la Licitación.

En concreto, la Sentencia sostiene que los poderes de los representantes de BCI Corredores – compañía que ofertó conjuntamente con la aseguradora BICE Vida, oferta a la que finalmente se adjudicó la Licitación– constaban en una copia autorizada que no cumplía con los requisitos del

---

<sup>34</sup> Preguntas y respuestas “Licitación Desgravamen CHIP 2017”, pregunta N° 60.

artículo 421 del COT, correspondiendo, por ende, a una copia autorizada del artículo 425 de dicho Código. En este sentido, BCI habría exigido la presentación de una copia autorizada del artículo 421 del COT únicamente a Rigel y Burgos y no así a los oferentes que se adjudicaron finalmente la Licitación.

Para afirmar lo anterior, el TDLC sostiene que una copia autorizada por el mismo Notario que otorgó la escritura pública no cumple con lo dispuesto en el artículo 421 del COT si la matriz ya no se encontraba en su poder (situación que sucedería respecto de los poderes de los representantes de BCI Corredores), de forma tal que dicha copia, así como la autorizada por un Notario distinto al que otorgó el instrumento público original, corresponden a aquellas a las que se refiere el artículo 425 del COT<sup>35</sup>.

Para sustentar dichas conclusiones, la Sentencia se basa en el informe elaborado por el profesor Maturana, descartando de plano y sin mayor fundamento lo señalado por don Raúl Tavolari en su informe en derecho y lo resuelto por nuestros tribunales superiores de justicia en este respecto.

Pues bien, a continuación, se expondrán los motivos por los cuales la Sentencia yerra al concluir que BCI no trató de forma uniforme a todos los participantes de la Licitación.

EN PRIMER LUGAR, a diferencia de lo sostenido por el TDLC, la jurisprudencia acompañada en autos respalda la interpretación de BCI de los artículos 421 y 425 del COT.

En la Sentencia, el TDLC se refiere a la jurisprudencia acompañada por BCI en los siguientes términos:

*“Cuadragésimo sexto: Que BCI acompañó, a fojas 1677, copia de la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 8 de marzo de 2016, Rol N° 2.563-2016, que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago el 12 de noviembre del mismo año, Rol N° 9.776-2015, que a su vez confirmó la del 4° Juzgado Civil de Santiago de 18 de junio de 2015, Rol N° 18.050-2010, y a fojas 1690, de*

<sup>35</sup> Sentencia, c. 29° al c. 45°.

la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago de 28 de mayo de 2015, Rol N° 13.494-2015. **En las cuales se califican ciertos documentos emanados de un notario como copias autorizadas de conformidad al artículo 421 del COT. Sin embargo, ninguna de ellas describe con precisión los hechos fundantes que permitan llegar a una decisión en relación con la disputa de autos;**

Cuadragésimo séptimo: Que, en efecto, **ni el pronunciamiento de la Excma. Corte Suprema, el cual se limita a constatar que se dio estricto cumplimiento a la norma del artículo 421 del COT, ni la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de 28 de mayo de 2015, dan cuenta de si las copias cuestionadas fueron otorgadas mientras el correspondiente notario público tenía en su poder el protocolo de la escritura pública respectiva. A mayor abundamiento, las sentencias se pronuncian sobre excepciones opuestas en juicios ejecutivos donde se objetaba la personería del representante del banco ejecutor, en el primer caso, y el carácter ejecutivo de la copia de la escritura pública, en el segundo, cuestiones que presentan un alcance distinto a la caracterización de los documentos en el caso de autos, de modo que no alteran la conclusión a la que se ha arribado”.**

Pues bien, como veremos, el TDLC comete un error, toda vez que, por una parte, no considera la jurisprudencia que da cuenta de que una copia autorizada por un notario distinto al que otorgó la escritura original no puede ser calificada como “copia autorizada ante Notario”; y, por otra, las sentencias acompañadas por esta parte sí dan cuenta de que la copia autorizada a la que se refieren **fue otorgada mientras el correspondiente Notario no tenía en su poder el protocolo respectivo.**

En efecto, por una parte, el TDLC –en particular en los considerandos 45° y 46° de la Sentencia– omite cualquier mención a las sentencias de la Itma. Corte de Apelaciones de Temuco y de la Itma. Corte de Apelaciones de Antofagasta en las que se resolvió que una copia autorizada por un notario distinto al que otorgó la escritura pública original no puede ser calificada como copia autorizada ante Notario<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> “3°.- Que del examen del documento donde constaría la personería de don Fernando Arzola Burgos para representar en juicio al Banco Estado de Chile, **aparece que aquél no reviste la calidad de copia autorizada de escritura pública, por no haber sido otorgada por el competente funcionario de conformidad con lo previsto en el artículo 421 del Código Orgánico de Tribunales, estos es, el notario autorizante, el que lo subroga o suceda legalmente o el archivero a cuyo cargo esté el protocolo respectivo. Por el contrario, tal instrumento fue autorizado por un notario distinto al que correspondía, en el caso de autos, por don Humberto Toro Martínez-**

Por su lado, la sentencia dictada por el 4° Juzgado Civil de Santiago, en la causa Rol N° 18.050-2012, con fecha 18 de junio de 2015, y la sentencia dictada por Excma. Corte Suprema, al conocer los recursos de casación en el fondo y en la forma deducidos en contra de la sentencia de segunda instancia que confirmó la sentencia del 4° Juzgado Civil de Santiago **sí dan cuenta de que la copia que califican como copia autorizada del artículo 421 del COT fue otorgada mientras el correspondiente Notario no tenía en su poder el protocolo respectivos.**

- Sentencia dictada por el 4° Juzgado Civil de Santiago, en la causa Rol N° 18.050-2012, con fecha 18 de junio de 2015:

*“Décimo: Que, del análisis del mandato referido en el acápite anterior, **éste fue otorgado ante doña María Gloria Acharán Toledo, Notario Público Titular de la Cuadragésima Segunda Notaría de Santiago, con fecha 29 de Mayo de 2012, anotada en el Repertorio N° 29.869, cuya copia fue autorizada dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 421 del Código Orgánico de Tribunales (el que cita erróneamente en sus excepciones el demandado como artículo 221 del Código señalado), con fecha 8 de Noviembre de 2013 [es decir más de un año después de otorgada la escritura], según da cuenta el estampado Notarial”.***

- Sentencia de la Corte Suprema en la causa Rol N° 2563-2016, de fecha 8 de marzo de 2016, en que se declara inadmisibles los recursos de casación en la forma y se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de segunda instancia que confirmó la de primera instancia dictada por el 4° Juzgado Civil de Santiago:

*“6°.- Que el recurrente sostiene que en el fallo cuya nulidad de fondo persigue han sido infringidos los artículos 4°, 421, 434 n° 4, 758, 759 del Código de Procedimiento Civil, 26 letra d) del DL n° 2079 de 1977, artículos 1417 y 2416 del Código Civil, n°6 del artículo 102 de la Ley 18.092, **alegando que la fotocopia del mandato judicial exhibido por el apoderado del demandante al haber sido otorgada por la Notario ante quien***

---

**Conde, notario titular con asiento en Temuco.** De esta manera no resulta idóneo y ajustado a la ley la personería o representación judicial que se invoca para comparecer en juicio, pues no se han cumplido las formalidades del mandato judicial, establecidas en el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil, y por lo tanto, debe acogerse la excepción de que se trata”. Sentencia dictada por la Ilma. Corte de Apelaciones de Temuco, con fecha 24 de diciembre de 2010, en la causa Rol N°1334-2010. En el mismo sentido, Ilma. Corte de Apelaciones de Antofagasta en la causa Rol N°887-2010.

**se otorgó la escritura y no por el archivero judicial respectivo no es suficiente para acreditar su personería**".

(...)

*"8°.-Que de conformidad con lo reseñado en el motivo que precede se observa que los sentenciadores, al rechazar las excepciones de los numerales 2, 6 y 7 del Código de Procedimiento Civil, han hecho una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata, toda vez que en cuanto a la excepción de la falta de capacidad del demandante o de personería o representación legal del que comparezca en su nombre se encuentra acreditado que el mandato judicial fue otorgado por el Gerente General de la demandada, sobre quien recae la representación judicial de conformidad al artículo 8° del Código de Procedimiento Civil y artículo 22 de la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile; **por lo demás, la copia del mismo fue autorizada ante notario, dándose estricto cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 421 del Código Orgánico de Tribunales (...)**".*

EN SEGUNDO LUGAR, la interpretación de BCI, respecto a las copias autorizadas por el mismo Notario que otorgó la escritura pública original, no solo se encuentra respaldada por la jurisprudencia acompañada en estos autos, sino que también por don Raúl Tavolari en su informe en derecho, quien al referirse a la copia autorizada en que constaban los poderes del representante legal de BCI Corredores, sostuvo lo siguiente:

"En este documento aparecen certificados extendidos el 6 de mayo de 2015 y el 4 de mayo de 2017, por la Notario Titular, dejando constancia de que él es copia del original que la ministro de fe ha tenido a la vista y devuelve al interesado.

En otros términos, **estamos ante una copia de una escritura pública autorizada por la Notario ante la cual el original se otorgó, lo que corresponde cabalmente con la principal hipótesis contemplada en el artículo 421 del COT**<sup>37</sup>.

EN TERCER LUGAR, y a mayor abundamiento, cabe añadir que los poderes presentados por BCI Corredores en las licitaciones previas llevadas a cabo por el Banco tenían exactamente las mismas características que aquellos acompañados en la Licitación de 2017, variando solo y

<sup>37</sup> Informe en derecho elaborado por don Raúl Tavolari Oliveros, p. 20, acompañado mediante escrito de fojas 1712.

lógicamente la fecha en que dichas copias fueron otorgadas. En todas dichas ocasiones los poderes de BCI Corredores fueron considerados conforme a las bases, por lo que nada nuevo se tuvo en consideración a este respecto en la Licitación.

Asimismo, en la licitación llevada a cabo el año 2015, BCI también excluyó a la oferta de menor precio por no cumplir con las bases de licitación. Así consta en las declaraciones testimoniales de don Felipe De la Fuente y de doña María Jesús Pérez:

*"[d]esde del punto vista de nuestra intervención y participación en la asesoría que le prestamos al Banco BCI, nosotros hemos por lo menos mantenido el mismo criterio... es siempre de revisión, o sea, en los procesos mismos y también en el proceso de la revisión de las ofertas. Y hemos hecho la pega que se nos ha pedido en el sentido de hacer muy acuciosos en cuanto a advertir al Banco que en definitiva el que toma las decisiones, los problemas que nosotros podemos advertir. Y esos, en todos esos procesos de licitaciones, los únicos, los 2 únicos casos que hubo problemas fueron los que estoy señalando, en el fondo el año 2017 y el 2015, donde se advirtieron y se tomaron, por el Banco, las decisiones que ya comenté"<sup>38</sup>.*

*"Emm, el problema que se presentó en ese caso [licitación del año 2015] fue que debiendo llevar dos firmas la oferta, llevaba solamente, de los representantes legales de la compañía, llevaba solo una y una mosca. Y no era firma. Era algo bastante sutil, pero nosotros advirtiendo eso lo tuvimos que hacer presente al Banco. Y esa es la situación, en el fondo una oferta debería ser firmada por la compañía y representada por dos apoderados y llevaba la firma de uno de ellos, no de los dos y una mosca, ese fue el problema. Y ese problema tratamos de solucionarlo con la compañía directamente porque ellos se acercaron y fuimos, como mencioné, a la Superintendencia a ver si ellos tenían alguna opinión, ehh pero no la dieron y sin darla el Banco no se quiso arriesgar y mantuvo su decisión de la segunda alternativa, de la oferta que seguía"<sup>39</sup>.*

<sup>38</sup> Transcripción de la declaración testimonial de don Felipe De la Fuente, p. 12.

<sup>39</sup> Transcripción de la declaración testimonial de don Felipe De la Fuente, p. 22.

*“La verdad que, a ver el banco BCI al momento de evaluar las ofertas que se presentaron en dicha licitación, evaluó todas las ofertas con el mismo criterio, no hubo diferencia y es un criterio que se siguió, en el fondo, que fue el mismo desde el comienzo en las licitaciones hasta la última, la que a mí me tocó participar, era una estricta sujeción a las bases”<sup>40</sup>.*

Lo anterior da también cuenta de la coherencia y buena fe con que BCI ha actuado a lo largo del tiempo y permiten descartar la existencia de cualquier discriminación en la Licitación.

### **3. BCI no discriminó a Rigel y Burgos al verificar si el representante legal de esta última era efectivamente corredor de seguros.**

La Sentencia no solo funda la supuesta discriminación en la exigencia de un requisito formal presuntamente no contemplado por las Bases, sino que también en el hecho de haberse realizado gestiones para verificar únicamente respecto de Burgos la calidad de corredor de seguros de su representante legal:

*“Centésimo decimocuarto: Que la prueba aportada en autos acredita que **BCI hizo esfuerzos por encontrar otras razones que permitieran excluir la oferta de Rigel, a sabiendas de que era la más económica de las presentadas en la Licitación de 2017. Así se muestra en los intercambios de correos electrónicos que rolan a fojas 409, que dan cuenta de que durante el período de evaluación de las ofertas se indagó si el señor Juan Eduardo Burgos, representante de Burgos, contaba con la inscripción correspondiente en la SVS como representante legal de dicha corredora y si había rendido el examen para ser corredor (...)**”.*

*“Centésimo decimoquinto: Que esta conducta de BCI también evidencia un trato discriminatorio hacia la oferta de Rigel, toda vez que **no consta en autos que este análisis más exhaustivo respecto de Burgos se haya realizado respecto de ninguno de los otros oferentes, sino que, por el contrario, correspondió a un esfuerzo que tenía por objeto “inhibir eventuales reclamos” que pudieran derivar del hecho de haber excluido la oferta económica más conveniente, más aún, considerando que se trataba de la única***

<sup>40</sup> Transcripción de la declaración testimonial de doña María Jesús Pérez, p. 8.

compañía de seguros que ofertó junto a una corredora de seguros distinta a la relacionada al propio BCI”.

EN PRIMER LUGAR, cabe señalar que el único otro corredor de seguros que participó en la Licitación –además de Burgos– fue BCI Corredores. En este sentido, es de toda lógica que BCI tuviera absoluta certeza respecto a que el representante legal de su filial era corredor de seguros y había rendido el examen respectivo, por lo que exigirle que verificara lo anterior no resulta razonable, sino que derechamente absurdo.

EN SEGUNDO LUGAR, ha quedado debidamente acreditado en autos que BCI “indagó si el señor Juan Eduardo Burgos, representante de Burgos, contaba con la inscripción correspondiente en la SVS como representante legal de dicha corredora y si había rendido el examen para ser corredor”, ya que, como consta en la declaración testimonial de doña María Jesús Pérez – abogada externa del Banco experta en seguros– al revisar los poderes de Burgos, ésta percibió que existía “una figura de representación que era curiosa y que parecía que no cumplía con las exigencias propias del funcionamiento de una corredora de seguros”<sup>41</sup>.

A saber, en circunstancias que la administradora de Burgos era doña María Ester González, cónyuge de don Juan Eduardo Burgos, quien compareció en el proceso de Licitación no fue ella, sino que este último, y en virtud de un mandato general de representación<sup>42</sup>.

Fue en razón de lo anterior, y antes de que la Licitación fuese adjudicada, que doña María Jesús Pérez concurrió a la Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”) para consultar de forma presencial si el señor Burgos estaba inscrito en el registro de corredores de seguros respectivo. Dado que la respuesta fue que el señor Burgos no figuraba en dicho registro, la señora Pérez solicitó a la SVS una confirmación por escrito de lo anterior, la que fue recibida con posterioridad a la adjudicación<sup>43</sup>.

Por lo demás, la apreciación preliminar de los abogados externos del Banco estaba resultó ser acertada y correcta. A saber, el Oficio Ordinario N°102958, emitido por la Comisión para el

<sup>41</sup> Transcripción declaración testimonial de doña María Jesús Pérez, p. 15.

<sup>42</sup> Transcripción declaración testimonial de doña María Jesús Pérez, p. 15.

<sup>43</sup> Transcripción declaración testimonial de doña María Jesús Pérez, p. 16.

Mercado Financiero ("CMF") con fecha 21 de diciembre de 2021, da cuenta de que **el señor Juan Eduardo Burgos, cuyos poderes para representar a Burgos fueron acompañaron en la oferta presentada junto con Rigel en la Licitación, no era corredor de seguros ni figuraba en el Registro de Auxiliares del Comercio de Seguros:**

*"En relación a su solicitud previamente singularizada, podemos comunicar a usted que **don Juan Eduardo Burgos Alarcón, desde el año 2000 a la fecha, no es ni ha sido corredor de seguros.** Así también, **desde el año 2000 a la fecha, no ha sido informado a este Servicio como representante legal de una corredora de seguros persona jurídica.***

*Sin perjuicio de lo anterior, el Sr. Burgos se encuentra informado como socio de la sociedad Burgos y Compañía Corredores de seguros Limitada, Rut.: 76.239.408-1, cuya copia se adjuna al presente oficio [sic]"<sup>44</sup>.*

Lo anterior también quedó acreditado con la declaración efectuada por el señor Burgos al absolver posiciones:

*"MINISTRA: Bien, pero para que precise, **por qué a pesar de tener el 80% de la participación en la sociedad usted no era el administrador de Burgos.***

*JEBA: Por lo que dije antes, **porque yo no podía tener el código de corredor en este minuto.***

*MINISTRA: **¿Pero después de eso?***

*JEBA: Después de eso seguimos funcionando y hoy día el mercado reacciona, incluyendo a BCI, reconociendo a Burgos Corredores como su intermediario, teniendo negocios hasta el día de hoy con toda la industria aseguradora en ese formato. Por lo tanto, yo este año cumpla 64 años, **no vamos a hacer un cambio, ni que yo tenga el código de corredor, ni un cambio en la estructura societaria.**"<sup>45</sup>*

<sup>44</sup> Documento acompañado, bajo el número 1, en el escrito de fojas 1698.

<sup>45</sup> Transcripción absolución de posiciones del señor Juan Eduardo Burgos, p. 4.

"MINISTRA: Sí, la repito. **Para que diga cómo es efectivo y le consta que a julio de 2017 quien figuraba como representante legal de Burgos ante la SVS era la señora González.**

JEBA: **Es correcto eso.**<sup>46</sup>

"MINISTRA: OK. 28 entonces, **para que diga cómo es efectivo que usted es corredor de seguros inscrito ante la Comisión para el Mercado Financiero.**

JEBA: Burgos y Compañía Corredores de Seguros Limitada está inscrito.

MINISTRA: **¿Y usted como persona?**

JEBA: **No.**<sup>47</sup>

De esta forma, el hecho de que BCI, a través de sus abogados externos, verificase únicamente respecto de Burgos la calidad de corredor de seguros de su representante legal, en caso alguno puede ser considerado como un acto discriminatorio, ni como prueba de una discriminación, sino que, por el contrario, como un acto que demuestra la diligencia, seriedad y buena fe con que BCI llevó adelante todo el procedimiento de Licitación.

**EN TERCER LUGAR**, ¿por qué la circunstancia de no contar el señor Burgos con las autorizaciones requeridas por la ley "inhibiría eventuales reclamos"? La respuesta es clara: en atención a lo ocurrido en la licitación de 2015, en que la oferta que contenía el precio más bajo también había sido descartada por no cumplir con las bases, BCI estaba consciente de que la exclusión de Rigel y Burgos generaría reclamos<sup>48</sup>. De este modo resultaba del todo razonable ratificar la existencia de la irregularidad mencionada anteriormente pues, dada su gravedad, no solo implicaba una infracción a la Bases, **sino que –desde un punto de vista normativo– hacía inviable que la corredora Burgos pudiese ejercer la labor de corretaje de seguros.**

<sup>46</sup> Transcripción absolución de posiciones del señor Juan Eduardo Burgos, p. 5.

<sup>47</sup> Transcripción absolución de posiciones del señor Juan Eduardo Burgos, p. 6.

<sup>48</sup> Transcripción declaración testimonial de doña María Jesús Pérez, p. 33.

Pues bien, de lo expuesto precedentemente en este acápite, queda en evidencia que BCI aplicó exactamente el mismo criterio a la oferta conjunta presentada por Rigel y Burgos y a la oferta conjunta presentada por BICE Vida y BCI Corredores al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en las Bases de Licitación. Lo anterior implica necesariamente que **BCI no incurrió en un acto discriminatorio al excluir a Rigel y Burgos de la Licitación.**

De hecho, si BCI hubiera adjudicado la Licitación a Rigel y Burgos, corría el riesgo cierto de que BICE Vida y/o BCI Corredores hubieran presentado reclamos y hubieran impugnado dicha decisión ante la SVS, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras ("SBIF") o la propia FNE como lo hizo Rigel, por haber adjudicado la Licitación a una oferta que incluía una corredora de seguros cuyos poderes no habían sido acreditados de la forma establecida en las Bases y que además, quien compareció suscribiendo la oferta, en base a la normativa vigente no tenía la capacidad de representar a una corredora de seguros.

### III.A.2.

#### **BCI NO COMETIÓ UNA ARBITRARIEDAD AL DECLARAR FUERA DE BASES LA OFERTA CONJUNTA DE RIGEL Y BURGOS EN LA LICITACIÓN**

Ya habiendo establecido todo lo anterior, corresponde hacernos cargo de otro grave error en que incurre la Sentencia, a saber, **el haber dado por acreditada la existencia de una arbitrariedad por parte de BCI, por el mero hecho de no compartir la interpretación jurídica que el Banco hizo de las Bases de Licitación y del artículo 421 del COT**, y considerar, en razón de esa circunstancia, que la decisión de declarar fuera de Bases la oferta conjunta que Rigel y Burgos presentaron en la Licitación constituyó un abuso de posición dominante.

Este error es manifiesto en la Sentencia, al punto que en ella el TDLC sostiene:

*"Que, por tanto, la exclusión por parte de BCI de la oferta de Rigel en consideración a la forma en que acreditó la designación y facultades del representante de Burgos configura una conducta discriminatoria. En efecto, se ha acreditado que BCI dio a Rigel un trato distinto a aquél otorgado a los demás oferentes, al habersele exigido un requisito formal –la utilización de copias autorizadas de conformidad al artículo 421 del COT–, cuyo incumplimiento*

determinó la exclusión de su oferta, que no estaba establecido en las Bases de la Licitación de 2017 ni fue aplicado ni exigido a los demás participantes de la licitación, incluyendo a aquél que resultó adjudicatario<sup>49</sup>.

“Que, establecido lo anterior, la discriminación efectuada por BCI debe, además, calificarse de arbitraria, en cuanto no se ha basado en una justificación racional, sino en una interpretación errada de las normas jurídicas aplicables, que otorgó un peso mayor a una circunstancia irrelevante, como la notaría en que se otorgó una determinada copia, para efectos de distinguir entre ofertas que cumplieron los requisitos en forma idéntica, con el agravante de que el efecto de la discriminación fue privilegiar la oferta de una compañía de seguros que concurría a la Licitación de 2017 con la corredora relacionada a BCI<sup>50</sup>.

Para más adelante el mismo TDLC concluir:

“Que, por consiguiente, la exclusión de Rigel y Burgos, la cual ha sido calificada por este Tribunal como un acto arbitrario y discriminatorio (supra, sección D), y por tanto, constitutiva de abuso, ha sido cometida por un agente que goza de posición dominante, debiendo ser objeto de sanción en esta sede al configurarse una infracción al literal b) del artículo 3° del D.L. N° 211<sup>51</sup>.

Como veremos a continuación, el error que comete la Sentencia es evidente, ya que la decisión de BCI de excluir a Rigel y Burgos de la Licitación **se basó en una interpretación absolutamente razonable y de buena fe de los artículos 421 y 425 del COT**, de forma tal que, en caso alguno puede ser calificada como arbitraria. Por otra parte, **el TDLC asume que por el solo hecho de haber entendido que el BCI habría exigido el cumplimiento de una formalidad que supuestamente “no estaba establecido en las Bases de la Licitación de 2017” y que habría realizado “una interpretación errada de las normas jurídicas aplicables”, su conducta sería constitutiva de abuso.**

<sup>49</sup> Sentencia, c. 112°.

<sup>50</sup> Sentencia, c. 116°.

<sup>51</sup> Sentencia, c. 189°.

Según el diccionario de la Real Academia española, un actuar es arbitrario cuando responde “a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”<sup>52</sup>. Pues bien, lo cierto es que para efectos de esta causa, BCI decidió declarar fuera de las Bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos en razón de un criterio que se condice con el sentido dado por el legislador a la expresión “copias autorizadas ante Notario” en el artículo 421 del COT y, por ende, su decisión no fue en absoluto arbitraria, sino completamente razonable.

### 1. Relevancia de la razonabilidad para efectos de descartar un abuso.

Para que en sede de libre competencia una conducta pueda ser calificada como abusiva, la jurisprudencia ha señalado que se deben cumplir una serie de requisitos entre los que se encuentra la prueba de que la conducta tuvo la finalidad inequívoca de restringir o entorpecer la libre competencia.

En este sentido, **tanto el propio TDLC como la Excm. Corte Suprema han otorgado gran relevancia al hecho de que la conducta cuestionada fuera fundada y razonable.**

En este respecto, el caso “*Laboratorios Recalcine S.A. con Roche Chile Limitada*” resulta ilustrador.

A saber, Recalcine presentó un requerimiento en contra de Roche arguyendo que ésta última empresa habría incurrido en un abuso de posición dominante al oponerse, ante el Instituto de Salud Pública, al registro del producto Reditux (de Recalcine) como biosimilar a Mabthera (producto de Roche).

Luego de analizar los argumentos de las partes y la prueba rendida, el TDLC determinó que existían una serie de hechos acreditados en el proceso que permitían “**descartar que la oposición de Roche ante el ISP haya sido infundada y que tuviera como finalidad inequívoca la de impedir u obstaculizar la entrada al mercado del producto Reditux**”<sup>53</sup>, y concluir que “*más allá de cuál sea la tramitación que deba darse en Chile al registro de los*

---

<sup>52</sup> Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española.

<sup>53</sup> TDLC, Rol C N°229-11, sentencia N°125/2012 de fecha 12 de octubre de 2012, c. 34°.

productos biosimilares existió en el caso del Reditux **una duda razonable** sobre la procedencia de su registro como similar al Mabthera y que, por lo tanto, Roche habría estado en su derecho de hacer las presentaciones que estimara del caso para asegurar la reputación de su producto". En virtud de lo anterior, el TDLC resolvió que **no era posible "atribuir a la oposición presentada por la demandada ante el ISP el día 31 de marzo de 2009 un carácter o naturaleza abusivos"**.<sup>54</sup>

Por su parte, al resolver el recurso de reclamación deducido por Recalcine en contra de la sentencia del TDLC que rechazó su requerimiento, la Excm. Corte Suprema se refirió a la razonabilidad de la oposición de Roche en los siguientes términos:

*"VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en conclusión, no es posible determinar que haya existido un ejercicio abusivo de actuaciones administrativas, puesto que no se comprobó que el demandado hubiese obrado maliciosa o temerariamente o de mala fe. Por el contrario, los antecedentes previamente consignados muestran que tanto la oposición como el recurso de reclamación tenían una base fáctica y jurídica, de las que **razonablemente era posible deducir que, quien las ejerció, buscaba hacer valer sus derechos, máxime si se tiene presente que en las referidas Comisiones –Evaluadora y Revisora- se propusieron decisiones opuestas. En consecuencia, analizados los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, no puede establecerse que las actuaciones administrativas intentadas por Roche hayan tenido por finalidad impedir, restringir o entorpecer, la entrada de Recalcine al mercado de los medicamentos con principio activo Rituximab. En virtud de lo expuesto, la conclusión del reclamante Recalcine, en orden a que la oposición al registro sanitario y la reclamación consiguiente carecían de todo mérito, no es efectiva"***<sup>55</sup>.

## **2. La razonabilidad de la decisión de BCI se encuentra acreditada en autos.**

Habiéndose expuesto la relevancia de la razonabilidad para efectos de descartar la existencia de un abuso, cabe señalar que **la razonabilidad de la decisión de BCI de declarar fuera de**

<sup>54</sup> TDLC, Rol C N°229-11, sentencia N°125/2012 de fecha 12 de octubre de 2012, c. 35°.

<sup>55</sup> Excm. Corte Suprema, Rol N°8243-2012, sentencia de fecha 23 de julio de 2013, c. 21°.

las Bases de la Licitación la oferta conjunta de Rigel y Burgos se encuentran acreditada en autos.

En primer lugar, la decisión en cuestión fue adoptada luego de que tanto los abogados externos del Banco, especialistas en seguros, y los abogados internos del BCI, concluyeran que la oferta conjunta de Rigel y Burgos no cumplía con lo dispuesto en las Bases de Licitación.

En lo que respecta a los abogados externos de BCI, expertos en seguros, esta parte rindió tanto prueba documental como testimonial que da cuenta de que los asesores externos del Banco, por propia iniciativa, recomendaron no considerar la oferta conjunta de Rigel y Burgos por no cumplir con las Bases de Licitación.

A modo de ejemplo, se acompañó en estos autos un correo electrónico enviado por don Felipe De la Fuente –abogado externo de BCI– con fecha 14 de julio de 2017, al Banco, en el que precisamente expone los motivos por los cuales la oferta conjunta de Rigel y Burgos no cumplía con lo dispuesto en las Bases de Licitación:

*“1. Los poderes presentados por el Corredor para acreditar las facultades de quien comparece en representación de esta sociedad, **no cumplen con la exigencia contemplada en las Bases** en el sentido de acompañar ‘original o copia autorizada ante Notario’ (III.12.e). Los documentos acompañados no fueron autorizados en la misma Notaría en donde fueron otorgados, sino en otra notaría distinta.*

*2. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 421 del Código Orgánico de Tribunales ‘sólo podrán dar copias de escrituras públicas o documentos protocolizados el notario autorizante, el que subroga o suceda legalmente o el archivero a cuyo cargo está el protocolo respectivo’.*

*3. en virtud de lo establecido en las Bases, las compañías están obligadas a presentar su oferta con la intermediación de un corredor de seguros (III).6.*

**4. Siendo que la presentación del corredor no cumple con los requisitos establecidos en las Bases, la oferta efectuada por Rigel es incompleta -al quedar sin corredor- lo que constituye una infracción a lo establecido en las Bases**<sup>56</sup>.

Lo señalado en dicho correo fue reafirmado por doña María Jesús Pérez –abogada que trabajaba a esa época con don Felipe De la Fuente– en su declaración testimonial:

**“(…) Entonces, en virtud de esa irregularidad que se había identificado establecimos y dijimos oye este documento no cumple con la exigencia contenidas en las bases, por lo tanto, la oferta en el fondo, recordemos que la oferta siempre se interpreta que es como un solo, el set es completo. No es un documento independiente, no cada documento independiente, es una oferta, así como la oferta contemplada completa, se entendía contaminada, por lo tanto, se entendía fuera de bases (…)**<sup>57</sup>.

**“Adjudicada la licitación a quien cumplió con los requisitos formales previstos en las Bases de la Licitación y descartada la postulación de quien no cumplió con ellos, no hay discriminación ni arbitrariedad alguna que se pueda reprochar al Banco BCI**<sup>58</sup>.

Por su parte, respecto de los abogados internos de BCI, en estos autos se encuentra acompañado un correo electrónico en el que consta que doña Daniela Koifman, quien se desempeñaba en la fiscalía de BCI en la época de la Licitación, explica de forma detallada cómo arribó a la conclusión de que la oferta conjunta presentada por Rigel y Burgos no cumplía con lo dispuesto en las Bases:

*“Conforme lo conversado hoy, en la reunión, nuestra opinión es la siguiente:*

*Las Bases exigen:*

- 1. Acompañar ‘Documentos que acrediten las facultades e los representantes legales de los oferentes, en conformidad a lo contemplado en el N° III.16 siguiente, en original o copia autorizada ante Notario’ (III.12.e)*
- 2. Que las ofertas de seguros hayan sido ‘debidamente suscritas por los representantes legales de las Compañías, quienes deberán hozar de facultades suficientes para hacerlo. Para estos efectos dicho/s apoderado/s deberá/n acreditar su designación y las facultades*

<sup>56</sup> Disponible en la siguiente ruta en foja 409 (archivo ZIP/rar): 1. Documentos físicos públicos.zip.077. Documento adjunto Resp. BCI Ord. 2252, p. 262.

<sup>57</sup> Transcripción de la declaración testimonial de doña María Jesús Pérez, p. 13.

<sup>58</sup> Informe en derecho elaborado por don Raúl Tavolari Oliveros, p. 24, acompañado mediante escrito de fojas 1712.

que invoque/n, mediante los instrumentos públicos pertinentes, en original o copias autorizadas ante notario de tales antecedentes, los que en todo caso deberán adjuntar conjuntamente con la oferta'. (III.16)

3. Que las Compañías incluyan 'en sus ofertas la participación de uno o más corredores de seguros para la intermediación de la cuenta'. (III.6)

Por otro lado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 421 del Código Orgánico de Tribunales, 'Sólo podrán dar copias autorizadas de escrituras públicas o documentos protocolizados el notario autorizante, el que subroga o suceda legalmente o el archivero a cuyo cargo esté el protocolo respectivo'.

En lo práctico la Corredora, (gracias por la precisión Rafael) no cumplió con las Bases, al acompañar documentos que no fueron autorizados en la misma Notaría en donde fueron otorgados, sino en otra notaría distinta.

Para entender que la oferta efectuada por Rigel es incompleta tenemos que aplicar los requisitos de los oferentes (111.12.e) a las Corredoras.

En términos amplios, las Corredoras pueden entenderse como oferentes, porque: a) sin corredora no hay oferta (111.6); y b) es la propia Corredora quien comparece a la oferta realizando una declaración jurada, y esta debe calificarse para lo que se requiere que se acompañen sus poderes.

La única otra corredora que participo fue BCI, quien acompañó sus poderes conforme a las Bases (...).<sup>59</sup>

A mayor abundamiento, el Banco acompañó en estos autos un informe en derecho elaborado por el profesor Raúl Tavolari, en el cual éste ratifica lo señalado por los abogados externos e internos de BCI al momento de analizarse las ofertas:

"Establecido que, por el categórico mandato del artículo 421 del Código Orgánico de Tribunales, 'Sólo podrán dar copias autorizadas de escrituras públicas o documentos protocolizados: i) el notario autorizante, ii) el que lo subroga o suceda legalmente o iii) el archivero a cuyo cargo esté el protocolo respectivo' **no resta sino concluir que Burgos y Cía. Corredores de Seguros Ltda., que debía acreditar la designación de su mandatario don Juan Eduardo Burgos Alarcón y las facultades que se le habían otorgado mediante los instrumentos públicos pertinentes, en original o copias autorizadas ante notario de tales antecedentes, INCUMPLIÓ esta exigencia.**

---

<sup>59</sup> Los énfasis son originales.

(...) En consecuencia, no resta sino concluir en que la declaración de no haber cumplido 'Burgos y Cía. Corredores de Seguros Ltda.,' y 'Rigel Seguros de Vida S.A.', con los requisitos para participar en la Licitación del Seguro de Desgravamen 'Póliza Colectiva de Desgravamen Asociada a Créditos Hipotecarios' del año 2017 convocada por BCI, **se ajusta estrictamente a Derecho**<sup>60</sup>.

Finalmente, como se expuso precedentemente, a diferencia de lo sostenido por el TDLC en la Sentencia, existe jurisprudencia anterior a la Licitación de 2017 que apoya la interpretación de BCI y que fue considerada al momento de tomar la decisión de declarar fuera de Bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos<sup>61</sup>.

Lo anterior, permite concluir, sin lugar a dudas, que la **decisión de BCI** de declarar fuera de las Bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos **fue no solo razonable, sino que también plenamente justificada, lo que además es muestra de la evidente buena fe con la actuó.**

En este sentido, cabe reiterar, que **una cosa es que la interpretación jurídica que hizo el BCI de las Bases y del art. 421 del COT no sea compartida por la FNE o el TDLC, pero otra muy distinta, y derechamente inaceptable, es que pueda sostenerse que el hecho de haber obrado en base a esa interpretación, que por lo demás, como hemos visto era válida y razonable, pueda ser considerado una arbitrariedad o derechamente un abuso.**

Muy por el contrario, **el hecho que el BCI haya tomado la decisión de declarar fuera de Bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos, solo una vez que sus abogados externos e internos se le recomendaron, demuestra que esa decisión fue tomada de forma razonable, justificada y de buena fe, y no corresponde que sea sancionado por eso.**

**3. La autoridad competente decidió no formular cargos y determinó que se trataba de una cuestión discutible.**

<sup>60</sup> Informe en derecho elaborado por don Raúl Tavolari Oliveros, pp. 18-19, acompañado mediante escrito de fojas 1712.

<sup>61</sup> Ver sentencia dictada por el 4° Juzgado Civil de Santiago, en la causa Rol N° 18.050-2012, con fecha 18 de junio de 2015, y sentencia dictada por la Excm. Corte Suprema con fecha 8 de marzo de 2016 en la causa Rol N° 2563-2016.

La razonabilidad de la interpretación de BCI también queda en evidencia en la decisión adoptada por la SBIF de no emitir un pronunciamiento de fondo cuando la SVS le solicitó dar respuesta al reclamo presentado por Rigel luego de haber sido excluida su oferta presentada conjuntamente con Burgos en la Licitación.

A saber, el Superintendente de Bancos e Instituciones Financieras de la época, don Eric Parrado, señaló expresamente a Rigel que sus reclamaciones se referían a una materia esencialmente controvertible, por lo cual no le era posible emitir un pronunciamiento al respecto:

*“En relación con el segundo punto indicado, reitero lo manifestado en carta de este Organismo de fecha 23 de agosto del año en curso, en cuanto a que los antecedentes expuestos en su solicitud dan cuenta que **la controversia que se ha suscitado entre su representada y el Banco de Crédito e Inversiones, con motivo de la licitación referida, se trata –a juicio de esta Superintendencia- de una materia esencialmente controvertible** que sólo puede ser resuelta por los Tribunales de Justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política de la República y el artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales”<sup>62</sup>.*

De esta forma, resulta **evidente que la interpretación que adoptó BCI era jurídicamente razonable y atendible, dado que si hubiera sido evidentemente errónea o arbitraria, la autoridad financiera no habría señalado que era un asunto controvertible, sino que habría resuelto derechamente la controversia y habría formulado cargos.**

En este sentido, resulta particularmente ilustrador que, teniendo todos los antecedentes del proceso de Licitación a su disposición, y conociendo los argumentos vertidos por Rigel y Burgos respecto de la decisión de declarar su oferta conjunta fuera de Bases, ni la SVS ni la SBIF hayan formulado cargos en contra de BCI, en circunstancias que –de estimar que el Banco había cometido una infracción a la Ley de Seguros o la NCG 330– ambas autoridades estaban facultadas para hacerlo.

---

<sup>62</sup> Carta enviada por don Eric Parrado Herrera, Superintendente de la SBIF de la época, al gerente general de Rigel, don Rodrigo Pablo Roa, con fecha 30 de noviembre de 2017. Disponible en: [https://www.cmfcchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver\\_sgd.php?s567=12a29b8c40bba3394f9fc48f9fa41c85VFdwQmVVMtZR VFZOUkZGM1RVUkZNMDFuUFQwPQ==&secuencia=0](https://www.cmfcchile.cl/sitio/aplic/serdoc/ver_sgd.php?s567=12a29b8c40bba3394f9fc48f9fa41c85VFdwQmVVMtZR VFZOUkZGM1RVUkZNMDFuUFQwPQ==&secuencia=0)

## III.B.

**BCI CARECÍA DE UN PODER DE MERCADO DEL CUAL ABUSAR**

Habiendo ya expuesto las razones por las cuales la decisión de BCI de declarar fuera de Bases la oferta conjunta que Rigel y Burgos presentaron en la Licitación, no fue una decisión discriminatoria ni menos arbitraria, pasaremos a explicar por qué no podría tampoco ser considerada como un abuso de posición dominante, y esto, por la sencilla razón de que **BCI derechamente no tenía un poder de mercado del cual abusar.**

En efecto, tal como se puede apreciar de la lectura misma del Requerimiento, y como lo reconoce el propio TDLC, es claro que la FNE realizó dos imputaciones distintas respecto al supuesto poder de mercado del que habría gozado BCI al momento de la Licitación.

Así, la FNE imputó al BCI *“(a) la exclusión de la aseguradora Rigel y la corredora Burgos, al haber sido su oferta desestimada arbitrariamente, afectando la competencia entre los participantes de la Licitación; y (b) la explotación de los clientes hipotecarios de BCI, que se vieron obligados a soportar un precio mayor que aquel que hubiere resultado en una situación de competencia, afectando el mercado final en el que incide la Licitación”<sup>63</sup>.*

Cabe destacar desde ya, que **la primera de estas imputaciones, a saber la supuesta exclusión de Rigel y Burgos del mercado de la provisión de seguros de desgravamen colectivos, fue rechazada íntegramente por el TDLC en la Sentencia**, habiendo analizado los antecedentes aportados al proceso, en los siguientes términos:

*“Que, en consecuencia, no existe evidencia en autos de que la Requerida haya tenido una posición dominante como compradora o demandante de seguros de desgravamen en el contexto de las obligaciones impuestas por el artículo 40 de la Ley de Seguros, de forma tal que las acciones imputadas no pudieron generar la exclusión de Rigel y Burgos en este mercado relevante. De esta forma, la acusación de la Fiscalía a este respecto debe ser desestimada”<sup>64</sup>.*

<sup>63</sup> Sentencia, c. 137°.

<sup>64</sup> Sentencia, c. 145°.

Lamentablemente, al analizar la segunda de las imputaciones ya referidas, el TDLC incurrió en **evidentes errores y sesgos, tanto al revisar la evidencia acompañada, como al analizar el funcionamiento del mercado de los seguros colectivos de desgravamen y el de sus mercados conexos**, que la llevaron a definir el mercado relevante, para el análisis de dicha conducta, como *“la provisión de seguros de desgravamen a clientes hipotecarios de BCI, junto a su intermediación o corretaje, destinados a asegurar el saldo insoluto de su deuda ante su fallecimiento (dimensión del producto), a lo largo de todo el país (dimensión geográfica). De esta forma, se excluyen del mercado tanto las pólizas individuales proveídas por las empresas relacionadas a BCI como por otras aseguradoras”*<sup>65</sup>, para posteriormente atribuir a BCI una posición dominante en ese mercado, de la que carecía.

Estos errores y sesgos, podemos resumirlos en los siguientes:

- 1. Esta definición del mercado relevante no considera la real importancia de los seguros individuales de desgravamen.**

El TDLC, al definir el mercado relevante, para analizar si BCI estaba en condiciones de abusar de sus clientes, centró su análisis principalmente en si los precios de los seguros individuales de desgravamen eran similares o suficientemente distintos a los precios de los seguros colectivos licitados como para considerarlos sustitutos<sup>66</sup>, y en si había traspasos de los clientes desde el seguro colectivo de desgravamen hacia seguros individuales<sup>67</sup>.

Pues bien, lo cierto es que el análisis que realizó el TDLC en este sentido, resulta incompleto, ya que no consideró, a pesar de la prueba y argumentos aportados, que el hecho que los seguros individuales de desgravamen y los seguros colectivos tengan un precio distinto no implica que los primeros sean poco relevantes ni que no determinen o afecten las estrategias de los actores del mercado; así como tampoco consideró que no resulta relevante determinar si hubo cambios de un seguro a otro durante la vigencia del crédito, sino que lo realmente relevante es si los

---

<sup>65</sup> Sentencia, c. 182°.

<sup>66</sup> Sentencia, c. 155° y 156°.

<sup>67</sup> Sentencia, c. 158° y 159°.

clientes tenían la posibilidad de suscribir o no un seguro individual al momento de contratar el crédito hipotecario.

Respecto al primer punto, llama la atención que el TDLC hubiera considerado en su análisis del precio de los seguros de desgravamen una parte de la declaración del testigo Sergio Riveaux, en la que se refiere a las razones que explicarían las diferencias en sus precios, pero no hubiera considerado el pasaje en el cual dicho testigo, respecto al mercado de los seguros individuales, señala *"no [ha sido] eliminado, sigue perfectamente vigente"*<sup>68</sup>.

En esa línea, llama asimismo poderosamente la atención que el TDLC no hubiera considerado que, al momento de la Licitación del año 2017, del total de aproximadamente 120.000 clientes hipotecarios que tenía el BCI, **casi 30.000 de ellos habían contratado un seguro de desgravamen individual, lo que equivale a casi un 23%**.

Adicionalmente, también es evidencia del sesgo del análisis del TDLC, el hecho que hubiera desechado, sin más, la **potente evidencia existente acerca de que para los actores del mercado, y especialmente para las compañías de seguros, los seguros individuales constituyen una alternativa real para los deudores hipotecarios**, lo que quedó plasmado, por ejemplo, durante el proceso de preguntas y respuestas que formó parte de la Licitación, preguntas y respuestas que fueron incorporadas a fojas 609 de estos autos y se exponen en el siguiente cuadro, que por lo demás fue citado por el TDLC en la Sentencia<sup>69</sup>:

Nº	Preguntas
11	¿Existe actualmente vigente o en carpeta intención de generar campañas de <b>ventas de seguros individuales de desgravamen</b> a algún segmento específico ( <b>que pudiera afectar el nivel de adhesión al seguro colectivo</b> )?
46	¿Existen campañas actualmente en aplicación para <b>vender pólizas de desgravamen individual</b> a los clientes del banco? Han existido tales campañas en el pasado? En caso afirmativo se solicita entregar ciertos datos sobre las ventas de estas campañas (conteo,

<sup>68</sup> Transcripción declaración testimonial de don Sergio Riveaux, p. 8.

<sup>69</sup> Sentencia, c. 161º.

	capital asegurado, edad promedio) a efectos de <b>poder considerar adecuadamente esta información en el análisis</b> de la historia?
67	¿Existe actualmente vigente o en carpeta intención de generar campañas de <b>ventas de seguros individuales de desgravamen</b> a algún segmento específico ( <b>que pudiera afectar el nivel de adhesión al seguro colectivo</b> )? En caso de tener la intención de generar esta política de venta de desgravámenes individuales, está o estaría orientada a la cartera vigente o a los nuevos ingresos?
113	En abril 2012 el monto expuesto cae un 6,4% respecto del mes anterior. En diciembre 2012 cae en un 13,4% respecto del mes anterior. ¿Están correctos estos valores? ¿A qué se debe la caída? <sup>70</sup>
128	¿Actualmente los asegurados pueden optar por pólizas individuales? De ser así ¿ <b>Cuántos asegurados mensualmente escogen acogerse a pólizas individuales?</b>

En efecto, respecto a este punto, el TDLC reconoce que existen preguntas formuladas por las compañías de seguro que participaron en la Licitación, que *“dan cuenta de la preocupación de algunos oferentes ante la posibilidad de que BCI pueda competir con ellos mediante la venta de seguros individuales”*<sup>71</sup>, pero después sorpresivamente concluye que *“[S]in embargo, el que ciertos participantes guarden interés en una estrategia competitiva de BCI que podría afectarlos de alguna forma, no implica que en los hechos, dicha competencia exista en la práctica”*<sup>72</sup>.

Esta conclusión es derechamente absurda, dado que, por un lado el TDLC reconoce abiertamente que **las compañías de seguros, en la Licitación objeto de este juicio, se preocuparon por la estrategia de venta de seguros individuales que podía desarrollar BCI o sus empresas relacionadas**, lo que tenía la potencialidad de afectar las condiciones de la oferta de tales aseguradoras, pero después desecha sin más esta preocupación, sin considerar que la misma es una preocupación relevante, que proviene de **los actores más experimentados y sofisticados que operan en el mercado de los seguros de desgravamen, y que, por cierto, tienen un conocimiento y entendimiento mucho mayor del mismo que el que podría tener el TDLC o la FNE.**

<sup>70</sup> La respuesta a esta pregunta permite ilustrar la relevancia que tiene la contratación de seguros individuales para efectos de analizar la conveniencia de participar en una licitación de este tipo: *“La caída se explica debido a un aumento en la contratación de seguros individuales.”*

<sup>71</sup> Sentencia, c. 162°.

<sup>72</sup> Sentencia, c. 162°.

Por lo demás, el solo hecho que las compañías de seguros plantearan esta preocupación e hicieran estas preguntas, demuestra la importancia de los seguros individuales en este mercado, porque, aunque resulte obvio decirlo, si así no fuera, **no tendría ningún sentido que las compañías de seguros, que según hemos señalado, son los actores más experimentados y sofisticados que operan en el mercado de los seguros de desgravamen, las hubieran realizado en primer lugar.**

En este sentido, cabe preguntarse, ¿tiene sentido que agentes de mercado expertos y sofisticados, como lo son las compañías de seguro, hayan realizado preguntas sobre **la estrategia de venta de seguros individuales que podía desarrollar BCI o sus empresas relacionadas**, si no consideraran a los seguros individuales como competitivos respecto de los seguros colectivos que se estaban licitando? La respuesta evidentemente es negativa.

Finalmente esta decisión del TDLC, basada en una simple presunción de que ciertos efectos se producen o no "en la práctica", choca con un aspecto relevante respecto a la existencia de poder de mercado, en el sentido que para que un mercado funcione en forma competitiva, no es necesario que exista competencia "en la práctica", sino que basta con que exista competencia potencial, y lo cierto es que al menos potencialmente, la posibilidad de que los deudores hipotecarios del BCI pudieran contratar seguros individuales de desgravamen o incluso decidieran refinanciar sus créditos hipotecarios, como veremos más adelante, evidentemente limitaba cualquier intento de abuso por parte del Banco.

- 2. La definición del mercado relevante que hizo el TDLC no considera que la Licitación se refería al total de la cartera de créditos hipotecarios del BCI, y no sólo a aquellos que se contrataren durante el periodo de vigencia de la póliza respectiva.**

Adicionalmente, cabe hacer presente que el TDLC, al definir el mercado relevante no se hace cargo de un aspecto fundamental respecto al funcionamiento de las licitaciones de los seguros de desgravamen asociados a créditos hipotecarios, a saber, que con tales licitaciones se busca asegurar a la totalidad de la cartera de créditos de la respectiva entidad crediticia, y no solamente aquellos créditos contratados durante la vigencia de la nueva póliza.

Así, el objeto de la Licitación era la provisión de seguros colectivos de desgravamen para el stock total de créditos hipotecarios del Banco, que el año 2017 era cercano a los 90.000 clientes. Esto hacía que el resultado de la Licitación, afectara a todos los deudores hipotecarios de BCI, por lo que **los incentivos estaban puestos para que el BCI velara por que se alcanzaran las mejores condiciones posibles para sus clientes, y no para obtener una ventaja circunstancial de corto plazo.**

En este sentido, al BCI derechamente no le convenía favorecer a su corredora relacionada respecto de una licitación en desmedro de sus clientes hipotecarios, ya que esa acción afectaría negativamente no sólo a aquellos clientes que contrataran un crédito hipotecario durante los dos años de vigencia de esas condiciones, sino que afectaría a sus cerca de 90.000 clientes, lo que iba a terminar costándole mucho más caro que el supuesto beneficio que obtendría de una acción oportunista.

- 3. La definición del mercado relevante que hizo el TDLC no considera la existencia e importancia de los mercados conexos al mercado de los seguros de desgravamen, cuya importancia limitaba la posibilidad de BCI de abusar de cualquier eventual posición dominante.**

Finalmente, cabe destacar que para realizar un adecuado análisis de la causa, el TDLC debió tener en cuenta que **la demanda por seguros de desgravamen, ya sean individuales o colectivos, es una demanda derivada de la demanda de créditos hipotecarios**, y que los clientes hipotecarios normalmente cuentan con otros productos financieros con la misma entidad crediticia.

Así, para analizar el mercado de los seguros de desgravamen colectivos asociados a créditos hipotecarios, el TDLC debió tener especialmente presente que las decisiones que pudo tomar BCI respecto de la Licitación, afectaban no solo a la Licitación misma, sino también a otros mercados conexos o relacionados, a saber, el mercado de los créditos hipotecarios y el mercado de los demás servicios y productos financieros que ofrecen los bancos, tales como cuentas

corrientes, tarjetas de crédito, créditos de consumo, entre muchos otros, cosa que el TDLC lamentablemente no hizo.

Así, lo explica el informe económico acompañado a fojas 1669, que al respecto señala:

*“... estadísticas del BCI indican que **el 90% de sus deudores hipotecarios son también clientes del banco en los servicios de cuenta corriente** ... estos números indican que existe una fuerte asociación en la demanda de créditos hipotecarios y otros servicios que provee el banco, como el de cuenta corriente. Por lo tanto, a priori y en una magnitud que debiera ser analizada, **cualquier conducta que afecte negativamente a los créditos hipotecarios del BCI afectará también negativamente la demanda de otros servicios financieros que provee el banco**”<sup>73</sup>.*

De esta forma, aún si se considerara que nuestra representada tenía poder de mercado en el mercado de la provisión de seguros de desgravamen a clientes hipotecarios del BCI, se excluyera a los seguros individuales, y se asumiera que su cartera de clientes es una “*cartera de clientes cautiva*”<sup>74</sup>, como erradamente sostiene el TDLC, lo que negamos rotundamente, lo cierto es que el BCI no tenía ningún incentivo para perjudicarlos con el objeto de favorecer a su filial.

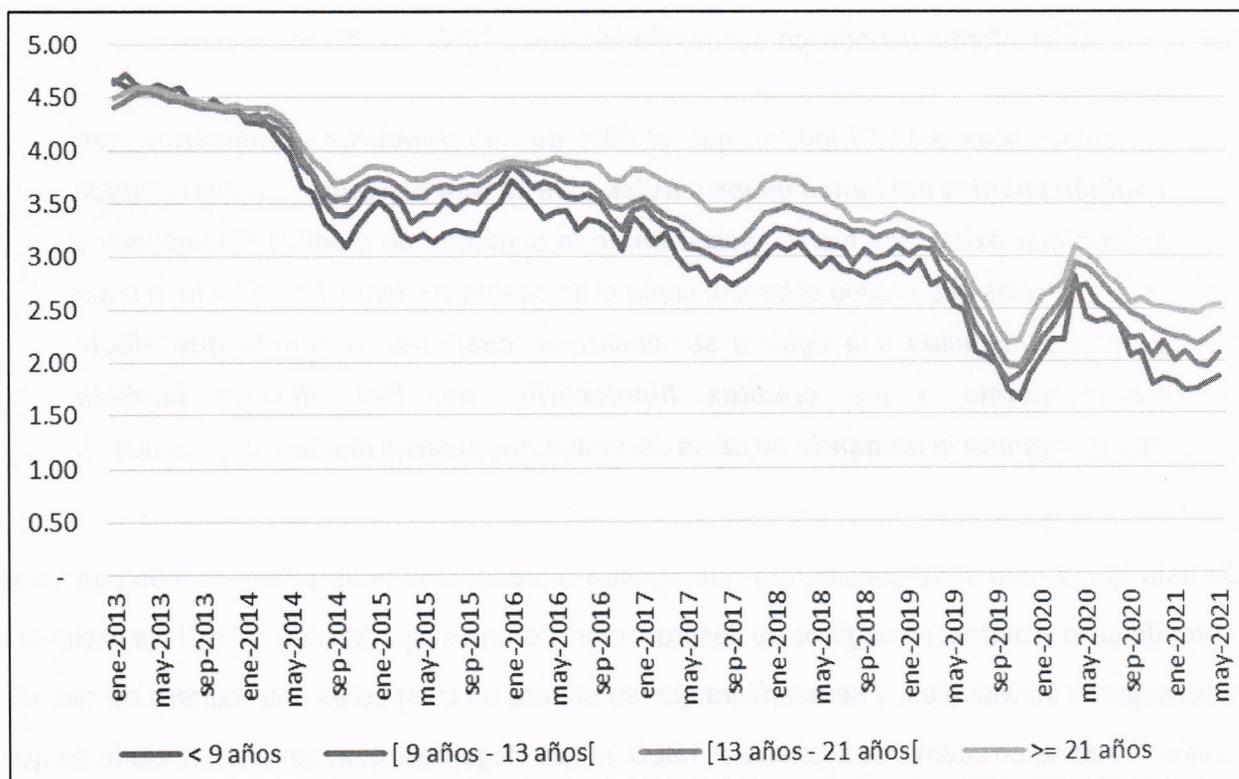
En este sentido, cabe tener presente que el hecho de haber dejado fuera de bases a la oferta conjunta presentada por Rigel y Burgos, tuvo un efecto en el precio que tendrían que pagar sus clientes hipotecarios por el seguro de desgravamen colectivo, lo que necesariamente iba a repercutir en el dividendo que pagan esos clientes, lo que ponía en riesgo su permanencia como clientes hipotecarios del Banco, cosa que evidentemente afectaba a BCI en el largo plazo y en mayor medida que cualquier intento de aprovechamiento circunstancial o de corto plazo.

Así, lo cierto es que el **aumento en el precio de los dividendos produjo un evidente menoscabo económico al BCI, ya que lo puso en peor pie para competir con las demás instituciones financieras, y muy especialmente, con los demás bancos del país**, en un contexto en que éstos libraban una ardua lucha para captar clientes, en un mercado caracterizado por una pronunciada y constante caída de las tasas de los créditos hipotecarios,

<sup>73</sup> Informe económico acompañado mediante escrito de fojas 1669, p. 17.

<sup>74</sup> Sentencia, c. 186°.

como se puede ver en la siguiente tabla incluida en el informe económico acompañado por esta parte<sup>75</sup>:



Lo anterior demuestra que el Banco no tenía ningún incentivo económico para dejar fuera de bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos. Es más, de acuerdo a los cálculos desarrollados por don Manuel Willington en su informe, el número de clientes que el banco debía perder (o dejar de ganar) “para que las ganancias de una exclusión supuestamente arbitraria de Rigel-Burgos (de la cuál BCI se habría beneficiado al prestar el servicio de corretaje) se desvanecieran [era] de sólo 256 clientes. En un contexto de movimientos de clientes entre instituciones financieras, producto de tasas hipotecarias a la baja, este número de clientes parece ser bastante bajo”<sup>76</sup>.

Cabe destacar que **256 clientes corresponden al 0,28% de la cartera hipotecaria del Banco en 2017**, por lo que efectivamente es un número de clientes bajísimo en relación con la cartera objeto de la Licitación.

<sup>75</sup> Informe económico acompañado mediante escrito de fojas 1669, p. 35.

<sup>76</sup> Informe económico acompañado mediante escrito de fojas 1669, p. 45.

En relación con este punto, resulta preciso hacerse cargo de uno de los principales errores del fallo del TDLC, y que consiste en que no entendió (o bien no quiso entender), el argumento entregado por esta parte, y explicado y desarrollado por el economista Manuel Willington, al señalar que no se habría acreditado *“una relación causal entre un aumento de la prima del seguro de desgravamen y la pérdida de clientes hipotecarios”*<sup>77</sup>, y que *“mientras los costos asociados a refinanciar un crédito hipotecario de una entidad crediticia a otra resultan significativos, en atención al bajo monto que representa la prima mensual de estos seguros en un dividendo, no se ha justificado suficientemente ni se ha acompañado prueba respecto de que BCI pudiera haberse visto constreñido para actuar en perjuicio de Rigel por la presión ejercida por el riesgo de pérdida de clientes de productos asociados a sus créditos hipotecarios”*<sup>78</sup>.

Lo anterior es un grave error, porque lo que sostuvo esta parte, no es que los deudores hipotecarios del BCI fueran a cambiarse de institución financiera o decidieran refinanciar sus créditos en razón del alza de la prima de su seguro colectivo de desgravamen, sino algo muy distinto, a saber, que **en el contexto de mercado existente al momento de la Licitación, dominado por una pronunciada y constante caída de las tasas de los créditos hipotecarios, los clientes ya tenían incentivos para refinanciar sus créditos hipotecarios**, y de hecho es público y notorio que lo estaban haciendo, y en ese proceso, **al cotizar su refinanciamiento, iban a optar por aquella opción que les ofreciera el dividendo de menor monto**, y en ese monto, el hecho de tener un seguro colectivo de desgravamen más caro aparece como una desventaja competitiva.

De esta forma, no hay que comparar, como lo hizo erróneamente el TDLC, si el aumento de la prima del seguro era mayor o menor al costo de refinanciamiento, dado que **los clientes estaban refinanciando sus créditos hipotecarios con independencia del costo del seguro colectivo de desgravamen**, precisamente porque buscaban pagar un dividendo más bajo.

Por lo demás, el análisis del TDLC sugeriría que el BCI, al momento del decidir dejar fuera de bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos, habría hecho un análisis de costos de cambios, elasticidades cruzadas y estudios de mercado, para después de una sesuda reflexión, llegar a la

---

<sup>77</sup> Sentencia, c. 125°.

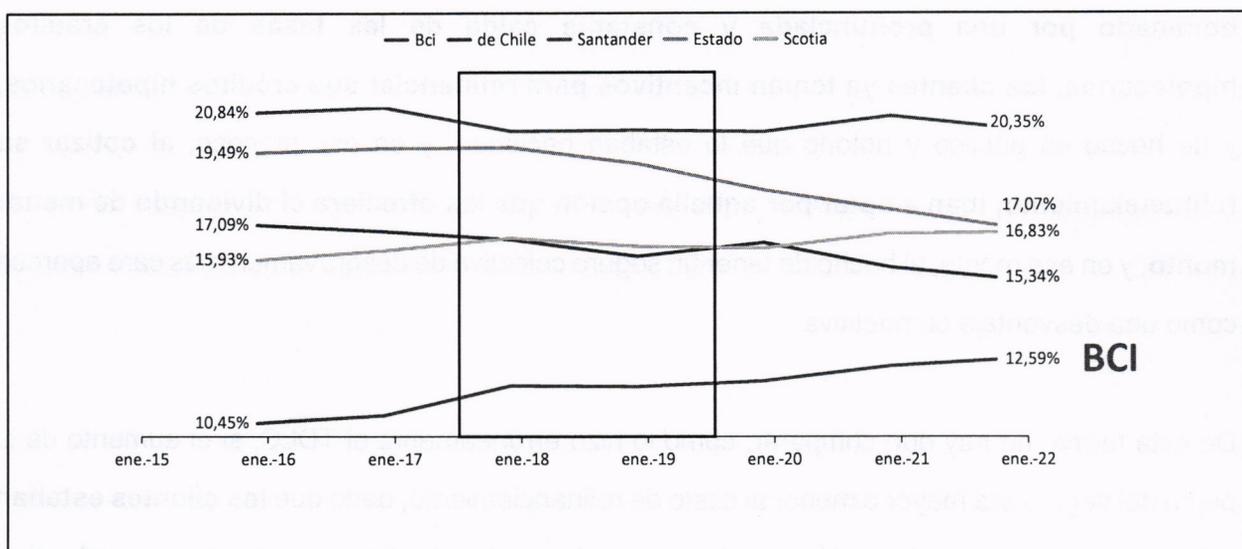
<sup>78</sup> Sentencia, c. 127°.

conclusión que le convenía hacerlo para favorecer a su filial, lo que por cierto no pasó, y no existe ningún antecedente que siquiera permita presumir algo así.

De hecho, todo lo contrario, el BCI tenía plena conciencia y conocimiento de lo que estaba pasando en el mercado con la baja sostenida de tasas de los créditos hipotecarios, y sabía que tener un seguro colectivo de desgravamen más alto lo iba a poner en una situación de desventaja, e igualmente tuvo que dejar fuera de bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos, porque eso fue lo que jurídicamente correspondía, en base a la opinión de sus abogados externos, expertos en materia de seguros.

La tesis de la FNE, acogida por el TDLC, por lo demás, choca frontalmente con la estrategia del BCI de retener y captar nuevos clientes, lo que por lo demás logró materializar, precisamente en el periodo de la Licitación, tal como da cuenta el siguiente cuadro:

#### Evolución de la participación en el mercado hipotecario de los principales bancos del país



Como fluye naturalmente de lo expuesto, es claro que BCI no tenía ningún poder de mercado del cual abusar en el mercado de la provisión de seguros de desgravamen a sus clientes hipotecarios, y aun cuando se estimara que lo tenía, lo que negamos rotundamente, lo cierto es que igualmente no tenía ningún incentivo ni posibilidad de explotar a sus clientes hipotecarios, porque haberlo hecho, en el contexto de la industria en ese momento, habría afectado su nivel de competitividad en el mercado conexo de los créditos hipotecarios.

## III.C.

**EL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE REQUIERE DE LA CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO  
INFRAACCIONAL Y LA CONCURRENCIA DE UN ELEMENTO SUBJETIVO POR PARTE DEL SUPUESTO  
INFRACTOR**

Ya habiendo establecido todo lo anterior, corresponde hacernos cargo de otro grave error en que incurre la Sentencia, a saber, **el haber dado por acreditada la existencia de un supuesto abuso por parte de BCI, por el mero hecho de no compartir la interpretación jurídica que el Banco hizo de las Bases de Licitación y del artículo 421 del COT**, y considerar en razón de esa circunstancia, que la decisión de declarar fuera de bases la oferta conjunta que Rigel y Burgos presentaron en la Licitación constituyó un abuso de posición dominante, sin analizar si respecto del BCI se configuró una conducta "abusiva" y no realizar ningún análisis del elemento subjetivo exigido en nuestra normativa de libre competencia para poder tener por configurada dicha infracción.

Este error es manifiesto en la Sentencia, al punto que en ella el TDLC sostiene:

*"Que, por tanto, la exclusión por parte de BCI de la oferta de Rigel en consideración a la forma en que acreditó la designación y facultades del representante de Burgos configura una conducta discriminatoria. En efecto, se ha acreditado que BCI dio a Rigel un trato distinto a aquél otorgado a los demás oferentes, al habersele exigido un requisito formal –la utilización de copias autorizadas de conformidad al artículo 421 del COT–, cuyo incumplimiento determinó la exclusión de su oferta, que no estaba establecido en las Bases de la Licitación de 2017 ni fue aplicado ni exigido a los demás participantes de la licitación, incluyendo a aquél que resultó adjudicatario"<sup>79</sup>.*

*"Que, establecido lo anterior, la discriminación efectuada por BCI debe, además, calificarse de arbitraria, en cuanto no se ha basado en una justificación racional, sino en una interpretación errada de las normas jurídicas aplicables, que otorgó un peso mayor a una circunstancia irrelevante, como la notaría en que se otorgó una determinada copia, para efectos de distinguir entre ofertas que cumplieron los requisitos en forma idéntica, con el*

<sup>79</sup> Sentencia, c. 112º.

agravante de que el efecto de la discriminación fue privilegiar la oferta de una compañía de seguros que concurría a la Licitación de 2017 con la corredora relacionada a BCI<sup>80</sup>.

Para más adelante el mismo TDLC concluir:

*“Que, por consiguiente, la exclusión de Rigel y Burgos, la cual ha sido calificada por este Tribunal como un acto arbitrario y discriminatorio (supra, sección D), y por tanto, constitutiva de abuso, ha sido cometida por un agente que goza de posición dominante, debiendo ser objeto de sanción en esta sede al configurarse una infracción al literal b) del artículo 3° del D.L. N° 211<sup>81</sup>.*

De esta forma, resulta que el TDLC asumió que por el solo hecho de haber entendido que el BCI habría exigido el cumplimiento de un requisito formal que supuestamente “no estaba establecido en las Bases de la Licitación de 2017<sup>82</sup> y que habría realizado “una interpretación errada de las normas jurídicas aplicables<sup>83</sup>, su conducta sería “constitutiva de abuso<sup>84</sup>, lo que no solo es un error por lo ya señalado latamente en esta presentación, sino porque también **constituye una infracción a la normativa del derecho de la libre competencia y a los principios que inspiran en general al derecho sancionador en nuestro país**, que exige analizar si se configuran todos los elementos del tipo infraccional imputado y la concurrencia de un elemento subjetivo por parte del supuesto infractor.

#### **1. LA SENTENCIA YERRA AL NO ANALIZAR SI SE CONFIGURABAN LOS ELEMENTOS DEL TIPO INFRACCIONAL “ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE”.**

Como bien es sabido, la figura de abuso de posición dominante está contemplada en el inciso segundo letra b) del artículo 3 del DL 211, que dispone:

*“Artículo 3°.- 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*

<sup>80</sup> Sentencia, c. 116°.

<sup>81</sup> Sentencia, c. 189°.

<sup>82</sup> Sentencia, c. 112°.

<sup>83</sup> Sentencia, c. 116°.

<sup>84</sup> Sentencia, c. 189°.

*dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.*

*Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:*

*(...)*

***b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.***

Pues bien, en base a este texto, resulta evidente que para poder determinar si un hecho, acto o convención configura un abuso de posición dominante, el TDLC debe acreditar que ese hecho, acto o convención fue efectivamente un "abuso" y que el supuesto infractor contaba con una posición dominante de la cual abusa.

En este sentido, habiendo ya descartado en el capítulo anterior que el BCI no gozaba de un poder de mercado de la cual abusa, solo resta detenernos en si efectivamente el TDLC pudo acreditar, de manera clara y concluyente, que BCI efectivamente incurrió en un "abuso".

Según el diccionario de la Real Academia Española, "abuso" es la "[a]cción y efecto de abusar", mientras "abusar", es "[h]acer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien" o "[h]acer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder".

De esta forma, para poder dar por acreditado el elemento "abuso" del tipo infraccional "abuso de posición dominante", se requiere haber acreditado, de forma clara y concluyente, que efectivamente el supuesto infractor incurrió en un acto injusto, indebido o deshonesto, lo que necesariamente implica hacer una valoración subjetiva de su actuar.

Lo anterior, no es solo por un aspecto de imputación subjetiva, sino que derechamente como una aplicación de los **principios de legalidad y tipicidad** que regulan y limitan el ejercicio del ius

puniendi, incluso en sede administrativa, por lo que resulta **particularmente grave que este aspecto no haya sido considerado y debidamente acreditado, y por el contrario, se haya presumido** en base a haber estimado que BCI habría exigido a Rigel y Burgos el cumplimiento de un requisito formal que supuestamente “no estaba establecido en las Bases de la Licitación de 2017” y que habría realizado “una interpretación errada de las normas jurídicas aplicables”.

Esto, sobre todo si se considera que, según hemos explicado, la interpretación de las Bases y del art. 421 del COT que llevó a no considerar la oferta conjunta de Rigel y Burgos, es razonable y justificada, y se basa en la opinión de distintos abogados externos e internos del BCI, la que además se encuentra amparada en doctrina y jurisprudencia, por lo que no puede sino concluirse que el BCI, al actuar de la forma en que lo hizo, actuó de buena fe, lo que resulta incompatible con una eventual imputación de “abuso”.

## **2. LA SENTENCIA YERRA AL NO ANALIZAR LA FAZ SUBJETIVA DEL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO QUE SE LE IMPUTA A BCI.**

Como si lo anterior no fuera suficiente, resulta que el TDLC asumió que la decisión de BCI de declarar fuera de Bases la oferta conjunta de Rigel y Burgos sería “*constitutiva de abuso*”, sin siquiera realizar un análisis de la faz subjetiva del ilícito anticompetitivo que se le imputa a BCI, lo cual constituye otra infracción a los principios que inspiran en general al derecho sancionador en nuestro país, que exige analizar la concurrencia de un elemento subjetivo por parte del supuesto infractor.

Según hemos adelantado, para que se pueda configurar un abuso de posición dominante, se requiere, entre otras cosas, que el agente económico explote “abusivamente” de dicho poder, es decir, la concurrencia de un “abuso”. Pues bien, tal como lo ha sostenido la doctrina nacional, este elemento corresponden a lo que se ha denominado la faz subjetiva de este ilícito anticompetitivo.

Como es bien sabido, existen distintas posiciones respecto a lo que comprende la faz o aspecto subjetivo de las infracciones a las normas del derecho sancionador en general y a las normas de libre competencia en particular.

Así, para una parte de la doctrina, las infracciones a las normas del derecho sancionador, dentro de las cuales se encuentran las normas de libre competencia, exhiben una naturaleza común al delito penal, lo que implica que el sistema de garantías diseñado para los delitos penales ha de extenderse al delito infraccional anticompetitivo, de forma que el principio *nulla poena sine culpa*, tiene plena aplicación en este tipo de infracciones.

En esta línea, el profesor Domingo Valdés, autor reiteradamente citado por el TDLC y la Excm. Corte Suprema en apoyo de sus decisiones, ha sostenido en su libro *Libre Competencia y Monopolio*, sin ambigüedades:

*“Consideramos que el principio general del Derecho consistente en que no hay pena sin culpabilidad inspira e informa todo el orden jurídico y, por tanto, alcanza a todas las modalidades de penas, sea que éstas correspondan a cualquiera de las tres grandes categorías de delitos que enunciábamos al tratar del injusto de monopolio: delitos penales, delitos infraccionales –entre los cuales se cuenta el injusto de monopolio del Decreto Ley 211– y delitos civiles”<sup>85</sup>.*

*“Ni el tenor literal ni el espíritu de aquel tipo universal antimonopólico ni pasaje alguno del Decreto Ley 211 lleva a excluir en su aplicación al injusto monopólico las garantías construidas por el Derecho penal ni el principio de la responsabilidad por culpabilidad del ilícito contravencional monopólico; más aún no existe ninguna mención o remisión a alguna presunción de culpabilidad (...)”<sup>86</sup>.*

Incluso este autor, en un informe en derecho encargado por la Fiscalía Nacional Económica, ha sostenido:

*“Este aserto se explica porque tratándose de una sentencia antimonopólica y sus equivalentes jurisdiccionales el injusto monopólico debe consistir en una conducta, que perpetrada dolosa*

<sup>85</sup> VALDÉS PRIETO, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 299-300.

<sup>86</sup> VALDÉS PRIETO, Domingo, ob. Cit., p. 304.

o culpablemente, lesiona o coloca en riesgo la libre competencia apreciada in concretum, sin concurrir causal de justificación y resultando exigible otra conducta”<sup>87</sup>.

Según esta concepción de la infracción anticompetitiva, para ser “abusivo” el hecho, acto o convención de un agente económico con poder de mercado, **dicho hecho, acto o convención debe tener por objeto intencional ofender la libre competencia**, al punto que se ha sostenido que **“no es punible el hecho, acto o convención que, sin tener por objeto intencional conculcar la libre competencia, produce tal efecto”**<sup>88</sup>.

En una línea similar se ha pronunciado el profesor y ex Ministro del TDLC Jaime Arancibia, en otro informe en derecho encargado por la Fiscalía Nacional Económica, ya que ha sostenido:

*“El principio de culpabilidad penal, aplicable al derecho administrativo sancionador conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Corte Suprema, la jurisprudencia antimonopolio con algunas vacilaciones, y la Contraloría General de la República, **exige la culpa o dolo del infractor como presupuesto ineludible de la sanción**. El Derecho Constitucional chileno proscribire toda forma de responsabilidad disciplinaria objetiva, por constituir una especie de presunción de derecho de la responsabilidad penal. Por lo tanto, **no se podría ejercer el ius puniendi sin la culpabilidad o capacidad del autor para conocer realmente la antijuridicidad de su actuar**. Como señala Barros Bourie, ‘aunque se piense que la finalidad de las instituciones sancionatorias es evitar que se cometan hechos ilícitos, la aplicación de sanciones a casos concretos supone que el acto respectivo haya sido antijurídico y culpable’.*

*Este criterio es especialmente relevante en ámbito de la libre competencia, que se caracteriza por un esquema de tipicidad vaga o amplia, que favorece la proliferación de infracciones al marco normativo por mero desconocimiento.*

<sup>87</sup> VALDÉS PRIETO, Domingo, *Informe en Derecho Acerca de la Cosa Juzgada en el Orden Antimonopólico*, en el libro *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017, p. 655.

<sup>88</sup> VALDÉS PRIETO, ob. cit., p.306.

*De lo dicho se desprende que solo podría castigarse el error de prohibición vencible o negligente, mas no el invencible. En palabras de Alcalde Rodríguez, 'el error o ignorancia, cuando supone la imposibilidad de conocer la ilicitud de la conducta, ora porque no podía conocerse que dicha conducta estaba tipificada, ora por considerarse que, a pesar de ello, su conducta era lícita, excluye la culpabilidad'<sup>89</sup>.*

Esta teoría, en el sentido de la necesidad de que exista culpa o dolo para que se configure el ilícito anticompetitivo contemplado en el literal b) del inciso segundo del DL 211, ha sido también reafirmada por la Excma. Corte Suprema en diversas ocasiones:

Así, por ejemplo, la Excma. Corte Suprema ha sostenido:

*"Así, es importante destacar que la figura de abuso de posición dominante contemplada en la letra b) del artículo 3 del decreto Ley N° 211, se trata de una '...injusta explotación de un monopolio estructural que ya se ostenta, prevaliéndose en forma dolosa o culposa el autor del injusto del poder de mercado que ese monopolio generalmente confiere' [...] 'el ilícito de abuso no es otra cosa que el ejercicio antijurídico del poder de mercado de que dispone el monopolista estructural, lo que se verifica a través de hechos, actos o convenciones vulneradoras de la libre competencia. Si no existe vulneración de la libre competencia, el ejercicio del poder de mercado respectivo no podrá ser calificado de antijurídico, al menos desde una perspectiva antimonopólica'. ('Libre Competencia y Monopolio', Domingo Valdés Prieto, Editorial Jurídica de Chile, año 2010, primera edición, pág. 545) (sic)<sup>90</sup>.*

En otro fallo –mencionado precedentemente a propósito de la razonabilidad de la interpretación de BCI de los artículos 421 y 425 del COT– la misma Excma. Corte Suprema ha sostenido:

*"Que, en consecuencia, para que el demandado sea sancionado por el derecho antimonopólico, el reclamante debe probar que la competencia es abusiva, lo que importa*

<sup>89</sup> ARANCIBIA MATTAR, Jaime, *Potestad del Fiscal Nacional Económico para desestimar previamente o archivar una investigación respecto de posibles infracciones al DL 211 de 1973, y para celebrar acuerdos extrajudiciales en materia de fusiones o adquisiciones*, en el libro *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010-2017)*. Ediciones de la Fiscalía Nacional Económica, 2017, pp. 175 y 176.

<sup>90</sup> Excma. Corte Suprema, Rol N° 25179-2022, sentencia de fecha 25 de julio de 2023, c. 15°. En el mismo sentido, Excma. Corte Suprema, Rol N° 58909-2016, sentencia de fecha 8 de enero de 2018 y Excma. Corte Suprema, Rol N° 8243-2012, sentencia de fecha 23 de julio de 2013, c. 1°.

*dilucidar las intenciones y justificaciones de la conductas desplegadas (sic) por los agentes económicos que gozan de una posición de dominio, así como sus efectos en el mercado relevante*<sup>91</sup>.

*“Que, en conclusión, no es posible determinar que haya existido un ejercicio abusivo de actuaciones administrativas, puesto que no se comprobó que el demandado hubiese obrado maliciosa o temerariamente o de mala fe. Por el contrario, los antecedentes previamente consignados muestran que tanto la oposición como el recurso de reclamación tenían una base fáctica y jurídica, de las que razonablemente era posible deducir que, quien las ejerció, buscaba hacer valer sus derechos, máxime si se tiene presente que en las referidas Comisiones –Evaluadora y Revisora- se propusieron decisiones opuestas. En consecuencia, analizados los antecedentes conforme a las reglas de la sana crítica, no puede establecerse que las actuaciones administrativas intentadas por Roche hayan tenido por finalidad impedir, restringir o entorpecer, la entrada de Recalcine al mercado de los medicamentos con principio activo Rituximab. En virtud de lo expuesto, la conclusión del reclamante Recalcine, en orden a que la oposición al registro sanitario y la reclamación consiguiente carecían de todo mérito, no es efectiva*<sup>92</sup>.

Por otro lado, si se abandonara la posición de que los principios del derecho penal deben aplicarse directamente a las infracciones administrativas, y se estimara, como lo hacen otros autores, que las infracciones administrativas, dentro de las cuales se encuentran las infracciones a la libre competencia, tienen un estatuto y principios propios y particulares, lo cierto es que igualmente se llega a la conclusión de que para configurar una infracción sancionable debe configurarse un elemento subjetivo, que se identifica con la **culpabilidad**.

Lo anterior, por que el “abuso” es una exigencia o requisito del tipo infraccional, que en virtud de los principios de legalidad y tipicidad, el TDLC no puede desconocer.

<sup>91</sup> Excma. Corte Suprema, Rol N°8243-2012, sentencia de fecha 23 de julio de 2013, c. 7°.

<sup>92</sup> Excma. Corte Suprema, Rol N°8243-2012, sentencia de fecha 23 de julio de 2013, c. 21°.

Uno de los autores nacionales que ha abogado por esta postura, es el actual Contralor General de la República Jorge Bermúdez, que en su obra Derecho Administrativo General, al tratar sobre el principio de culpabilidad que debe inspirar la potestad sancionatoria del Estado, sostiene:

*“En estas circunstancias y atendida la dificultad de entrar en el ámbito volitivo, en el Derecho Administrativo sancionador se ha reemplazado la reprochabilidad por una regla de responsabilidad. Esto es, más que determinar si la infracción se comete con dolo o culpa, es necesario determinar si existe responsabilidad en el hecho que vulnera el ordenamiento jurídico y si existen circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que permitan eximir de responsabilidad”<sup>93</sup>.*

Más adelante, este mismo autor, al conceptualizar el concepto de responsabilidad en materia sancionatoria, agrega:

*“Como consecuencia de todo lo anterior, en el ámbito administrativo sancionador, para ser precisos, debe hablarse más bien de principio de responsabilidad, ya que se va a sancionar a quien se estima responsable del incumplimiento del deber de diligencia, sin que sea objeto de análisis si la conducta fue culposa o dolosa”<sup>94</sup>.*

En consecuencia, y según la postura que se adopte, lo cierto es que para imponer a BCI una sanción por una supuesta infracción a la libre competencia, como lo sería un abuso de posición dominante, **el TDLC debió haber analizado si se configuraron respecto del Banco los elementos del tipo infraccional “abuso de posición dominante”, y si el Banco actuó con dolo o culpa al decidir dejar fuera de bases la oferta conjunta que Rigel y Burgos presentaron en la Licitación, o al menos debió analizar si, al hacerlo, el BCI incumplió el deber de diligencia exigible en estos casos**, que no puede ser otro más que al deber de diligencia *“que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”<sup>95</sup>.*

<sup>93</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Abeledo Perrot Legal Publishing Chile, Thompson Reuters, 2011, p. 287.

<sup>94</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge, ob. cit., p. 288.

<sup>95</sup> Este es el estándar de diligencia que la Ley sobre Sociedades Anónimas impone a los directores y gerentes de las sociedades anónimas en el ejercicio de sus funciones.

Pues bien, lo cierto es que el TDLC no hizo nada de esto, ya que si lo hubiera hecho, no habría tenido más remedio que concluir que **el BCI no incurrió en infracción alguna, ya que la decisión de dejar fuera de bases la oferta conjunta que Rigel y Burgos presentaron en la Licitación, fue tomada en atención a que tenía la convicción de que esa era la decisión jurídicamente correcta, basándose para ello en la opinión formal de sus asesores jurídicos externos en el proceso de la Licitación, opinión que fue refrendada también formalmente por sus abogados internos**, opiniones que por lo demás tenían un claro fundamento doctrinal y jurisprudencial, lo que deja en evidencia que el BCI actuó de buena fe y en forma acorde al deber de diligencia que le resulta exigible.

En este sentido, podemos preguntarnos ¿es posible sostener que el BCI actuó abusivamente o con dolo, culpa o falta de diligencia al decidir dejar fuera de Bases la oferta conjunta que Rigel y Burgos presentaron en la Licitación, si para tomar esa decisión, **se basó en una opinión jurídica formal previa, emitida por abogados expertos en esta clase de licitaciones, opinión que fue refrendada también en forma previa a la decisión, por sus abogados internos con experiencia en la revisión y análisis de poderes?** La respuesta necesariamente debe ser un rotundo no.

Así por lo demás fue considerado por la Excma. Corte Suprema, en un caso en el que un director independiente al que se le imputaba haber infringido el artículo 50 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, alegó que había actuado con la debida diligencia al seguir la recomendación de sus asesores legales:

*“Décimo cuarto: Ha de reconocerse también que en el ámbito regulado para el ejercicio del cargo de director independiente, el deber de conocer la antijuridicidad de los hechos que podrían configurar la infracción es más exigente y, por ende, limita la excusa del error acerca del contenido y alcance de la inhabilidad contenida de la norma. Sin embargo, en el caso de autos el reclamante no alega ignorancia de la ley, sino error en la interpretación jurídica de tal norma, pues de buena fe e ilustrado sobre el punto legal por letrados, estimó cumplir los requisitos previstos en la ley para ejercer el cargo de director independiente, error que en el caso de autos resulta excusable por cuanto teniendo el señor Valdés la profesión de ingeniero, se atuvo a la opinión profesional de un estudio jurídico serio y de prestigio,*

antecedente suficiente para justificar su actuar, excluyendo el reproche de culpabilidad formulado por la autoridad de control.

Décimo quinto: A mayor abundamiento ha de señalarse que al formular sus descargos el reclamante alega también como causal de justificación la debida diligencia, fundada igualmente en la asesoría letrada prestada por el estudio Claro y Compañía al Banco Itaú Corpbanca, es decir, por haber confiado en el equipo de profesionales que asesoró el proceso de fusión. Lo anterior es un hecho pacífico de la causa, razón por la cual se encuentra probado que el señor Valdés fue asistido en su postulación por profesionales, que a su vez prestaban servicios a la entidad financiera Itaú Corpbanca (...) No existen antecedentes que permitan sostener que el reclamante se apartó de la conducta racional y prudente que le era exigible al tiempo de evaluar su independencia [...]”<sup>96</sup>.

Por lo demás, no hay un solo antecedente en el expediente de investigación de la FNE, ni en el expediente del juicio seguido ante el TDLC, que permita siquiera presumir un abuso cometido con dolo, culpa o falta de diligencia del BCI al momento de revisar los antecedentes aportados por Rigel y Burgos en la Licitación. Todo lo contrario, existe abundante evidencia de que esa decisión se fundó jurídicamente y tomando los resguardos que cualquier agente de mercado diligente podría haber tomado.

Es más, bajo esta lógica, el banco no tenía siquiera la posibilidad de haber resuelto adjudicar la Licitación contrariando la opinión legal experta de sus abogados externos e internos y la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, pues con ello se exponía a responsabilidades en caso que los demás oferentes hubieran impugnado la adjudicación, pues tendría que explicar por qué habría resuelto actuar en contra a lo sostenido en una opinión legal recibida en forma previa.

<sup>96</sup> Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 237-2020, sentencia de fecha 23 de diciembre de 2020.

#### IV.

#### LA SENTENCIA YERRA AL CONDENAR A BCI EN COSTAS

Finalmente, hacemos presente que la Sentencia incurrió en un grave error al condenar en costas al BCI, en circunstancias que el TDLC rechazó expresamente una de las peticiones concretas formuladas por la FNE, por lo que **resulta evidente que el BCI no fue completamente vencido**.

En efecto, consta en el Requerimiento, que la FNE realizó las siguientes peticiones concretas al TDLC:

(i) *“Declarar que la Requerida ha infringido el artículo 3° incisos primero y segundo letra b) del DL 211, al ejecutar la conducta descrita en esta presentación.*

(ii) *Ordenar, respecto de futuras licitaciones para seguros colectivos obligatorios de desgravamen, que éstas se desarrollen en condiciones que aseguren la consecución de efectiva competencia de los oferentes y la debida transparencia de los procesos licitatorios. Adicionalmente, es pertinente que el H. Tribunal imponga que en tales procesos se garantice la ponderación objetiva, imparcial y razonable de las ofertas en vistas de adjudicar al mejor oferente; que se establezcan claramente los requisitos que deben cumplir las empresas, sin establecer exigencias innecesarias; y, que no se favorezca arbitrariamente a entidades relacionadas al licitante.*

(iii) *Imponer al Banco BCI una multa de 3.500 Unidades Tributarias Anuales, o el monto que este H. Tribunal estime conforme a derecho.*

(iv) *Ordenar a la Requerida el pago de las costas.*

Pues bien, lo cierto es que la petición contenida en el numeral (ii) del petitorio del Requerimiento fue rechazada expresamente y sin ambigüedades por el TDLC, en los siguientes términos:

*“Que, sobre la medida solicitada transcrita en la letra (a) de la consideración precedente, a juicio de estos sentenciadores, resulta inoficioso ordenar a la Requerida cumplir con dichas*

*exigencias, por cuanto son obligaciones que pesan sobre ella como agente económico de un mercado y que son independientes de las materias resueltas ante esta sede. A mayor abundamiento, las normas establecidas en la Ley de Seguros y la Norma de Carácter General N° 469, que actualmente regulan estas licitaciones, buscan, en lo pertinente, satisfacer los mismos objetivos que la medida solicitada por la Fiscalía. En particular, esta norma obliga a las entidades crediticias a 'garantizar el acceso a las bases de licitación a todas las compañías interesadas en participar del proceso de licitación que cumplan con el requisito de clasificación de riesgo y no podrán establecer plazos para acceder a las bases de licitación, ni requisitos adicionales que restrinjan la participación de compañías de seguros o que favorezcan a entidades relacionadas a la entidad crediticia' (punto III.B.6)<sup>97</sup>.*

Así las cosas, resulta que **BCI no fue completamente vencida, dado que una de las peticiones concretas de la FNE no fue acogida**, por lo que no resulta procedente que se le haya condenado a pagar las costas de la causa.

En relación con este punto, resulta evidente que al ser la FNE un organismo técnico y especializado, que litiga permanentemente ante el TDLC, no se le debe permitir que realice peticiones improcedentes o inconducentes, y que si lo hace y son finalmente rechazadas, tenga que soportar la sanción que contempla nuestro ordenamiento, a saber, contribuir al pago de sus propias costas.

En subsidio de lo anterior, y para el caso eventual e improbable que se estimara que BCI fue completamente vencida, a pesar del expreso rechazo de la solicitud contenida en el numeral (ii) del petitorio de Requerimiento, estimamos que igualmente el TDLC incurrió en un error al condenar en costas a nuestra representada, por cuanto, en razón de todo lo expuesto en el presente recurso de reclamación, resulta indudable que BCI tuvo motivo plausible para litigar, en los términos señalados en el art. 144 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, en esta presentación, hemos explicado las razones por las cuales BCI decidió declarar fuera de las Bases a la oferta conjunta presentada por Rigel y Burgos en la Licitación, las cuales

<sup>97</sup> Sentencia, c.192°.

justifican la decisión y hacen que no pueda ser considerada en ningún caso como una decisión discriminatorio o arbitraria, ni mucho menos como abusiva.

En razón de lo anterior, la condena en costas impuesta a BCI en la Sentencia deberá ser dejada sin efecto.

**POR TANTO,**

**AL HONORABLE TRIBUNAL RESPETUOSAMENTE PEDIMOS:** Tener por interpuesto, dentro de plazo, recurso de reclamación en contra de la Sentencia N° 186/2023 y admitirlo a tramitación para efectos de que la Excm. Corte Suprema, conociendo del mismo, lo acoja, revoque la referida Sentencia y rechace en todas sus partes el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica.

E079

