

C.A. de Santiago

Santiago, dieciocho de enero de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que comparecen los abogados Francisco Blavi Aros y Fernando Zúñiga Arteaga, en representación de AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A., (en adelante AVLA), sociedad anónima del giro de su denominación, todos domiciliados en Av. Isidora Goyenechea 3.621, piso 5, Las Condes, Santiago, quienes interponen recurso de protección en contra de la Fiscalía Nacional del Ministerio de Obras Públicas de Chile, (en adelante Fiscalía Nacional), representada por su Fiscal Nacional Sra. Francisca Morandé Errázuriz, y en contra del Ministerio de Obras Públicas de Chile, representado por el Ministro Sr. Alfredo Moreno Charme, todos domiciliados para estos efectos en Morandé N° 59, pisos 4 y 6 respectivamente, de la comuna y ciudad de Santiago, por haber dictado en forma ilegal y arbitraria el Ordinario N° 2.434 de fecha 22 de junio de 2020, en virtud del cual se pretende prohibir que las empresas contratistas del MOP utilicen pólizas de garantía emitidas por AVLA en los distintos proyectos y contratos celebrados con el Ministerio de Obras Públicas, (en adelante MOP).

Tal prohibición de carácter absoluto e indefinido, vulnera las garantías constitucionales de la actora y constituye una represalia de la autoridad nacional, pues surgió como una reacción indebida ante el conflicto que actualmente enfrenta al MOP y AVLA por el pago de una póliza específica, razón por la cual la Fiscalía Nacional ordenó a los Directores Generales del MOP rechazar el uso de dichas pólizas de garantía, hecho que priva, perturba y/o amenaza los derechos y garantías constitucionales de AVLA, consagrados en el artículo 19 N° 2, 3, 21, 22 y 24 de nuestra Carta Magna.

Indica que AVLA es una compañía aseguradora constituida el año 2014, líder en el desarrollo de soluciones crediticias para que todo tipo de empresas puedan acceder a financiamiento. De hecho, fue una de las primeras instituciones en ofrecer las denominadas “pólizas de



seguros de garantía”, que ha permitido que miles de PYMES puedan participar en todo tipo de proyectos o actividades comerciales.

En el caso de proyectos del MOP, la operación involucra a las siguientes partes: (i) AVLA -como emisor- que proporciona una póliza de seguro de garantía a una empresa contratista del MOP; (ii) la empresa contratista -como tomadora- que le entrega la póliza al MOP para garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones contractuales; y, (iii) el MOP -como asegurado o beneficiario- que tiene derecho a cobrar la garantía para indemnizarse de los perjuicios que se le hubiesen ocasionado, en los términos y condiciones establecidos en la póliza respectiva. En este sentido, las pólizas de seguros de garantía constituyen una verdadera caución que otorga la compañía aseguradora (AVLA) de que el tomador del seguro (contratista) cumplirá con las obligaciones de dar, hacer o no hacer emanadas de un contrato que ha suscrito con el asegurado (MOP), de manera que en caso de incumplimiento la aseguradora indemnizará al asegurado los daños patrimoniales que hubiese sufrido.

Señala que las condiciones generales de las pólizas de seguros de garantía están debidamente inscritas en la Comisión para el Mercado Financiero, cumplen los parámetros establecidos en la Circular N° 1459 de ésta y son similares a las que proporcionan sus competidores, como CESCE y MAPFRE.

Destaca que en los últimos 3 años AVLA ha participado en la emisión de más de 550 pólizas para proyectos del MOP en particular; y más de 9.000 pólizas de seguros de garantía para el Estado de Chile en general, sin ningún inconveniente ni mayores complicaciones que las boletas de garantía que emiten los bancos; lo que demuestra que tanto AVLA, como las pólizas de garantía que emite son plenamente confiables y que se satisface perfectamente el objetivo definido en el artículo 109 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas.

Que con fecha 20 de junio de 2020, la Fiscalía Nacional dictó un acto administrativo que prohibió la utilización de las pólizas de garantía emitidas exclusivamente por la aseguradora AVLA, contradiciendo los



actos previos del Ministerio (incluido el Oficio N° 337). Hace presente que el Ordinario N° 2.434 no objeta al instrumento en general, sino exclusivamente a un emisor en particular, AVLA. En efecto, en dicho acto se dispuso: “Por lo anterior, y estando en conocimiento esta Fiscalía de la situación descrita, hago presente a ustedes que conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del DFL N° 850, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, este Servicio no se encuentra habilitado para aprobar las pólizas de garantía emitidas por AVLA Compañía de Seguros de Crédito y Garantía S.A.”.

La razón por la cual la autoridad administrativa decidió, por sí y ante sí, discriminar a AVLA y excluirla del mercado, prohibiendo la utilización de sus pólizas de seguros de garantía por parte de los contratistas del MOP, es una represalia, que constituye una conducta abusiva y autotutelar, dirigida con nombre y apellido, que surgió como una reacción indebida ante el conflicto que actualmente enfrenta al MOP y a AVLA por el pago de una póliza específica.

En concreto, se refiere al proyecto del Centro Gabriela Mistral, en que el MOP le encargó la ejecución de las obras a la constructora ECISA, quien a su vez le entregó a la autoridad una póliza de garantía emitida por AVLA para caucionar el fiel cumplimiento de sus obligaciones. Debido a problemas entre ellos, el MOP decidió cobrar la póliza de garantía emitida por AVLA. Sin embargo, dicho cobro era improcedente por una serie de razones que se invocaron al amparo de las condiciones establecidas en la póliza, que podrían haber sido formuladas por cualquier otra compañía de seguros o incluso también por un banco emisor de una boleta bancaria.

Al MOP no le parecieron los reparos y, abusivamente, sin un debido proceso legal y de forma abiertamente discriminatoria, dictó el Ordinario N° 2.434 en represalia en contra del recurrente. Esa es la razón que motivó a que la Fiscalía del MOP instruyese a sus Directores Generales que debían rechazar el uso de las pólizas de garantía emitidas por AVLA. De hecho, el propio Ordinario N° 2.434 reconoce esta circunstancia al señalar lo siguiente: “Entre las pólizas de garantía



aceptadas en el pasado por el Ministerio de Obras Públicas existen algunas emitidas por AVLA Compañía de Seguros de Crédito y Garantía S.A. Cuando algunas de ellas se presentaron a cobro, este asegurador cuestionó dicho cobro en cuanto a su forma y oportunidad, impidiendo que la garantía se hiciera efectiva con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria”.

Se hace presente que un conflicto por una póliza en particular nunca podría dar lugar a una sanción o represalia del MOP (como aquí se pretende, estableciendo una prohibición absoluta e indefinida para operar), precisamente porque existen múltiples instancias para que un asegurado reclame, como así ocurrió en el caso de la póliza del Centro Gabriela Mistral, en que el recurrente AVLA presentó un reclamo de ilegalidad en contra de la CMF, que se tramita ante esta Il. Corte bajo el Rol 136-2020.

Como si lo anterior no fuese suficiente, lo hizo valiéndose de un instrumento improcedente como lo es un simple Ordinario, sin mediar el debido proceso previo que exigen la Constitución y las leyes, sin siquiera dar fundamento adecuado que sustente su decisión, vulnerando la confianza legítima generada en AVLA por los actos previos de la misma autoridad que había admitido sin inconvenientes las pólizas emitidas por la actora, entre otras infracciones.

El ordinario N° 2.434 es un acto ilegal y arbitrario que afecta la garantía de AVLA del artículo 19 N° 22 de la Carta Magna.

El acto recurrido le aplica a AVLA un trato arbitrariamente discriminatorio en la forma en que el MOP acepta ciertos instrumentos de garantía financiera para sus proyectos. En efecto, a diferencia de AVLA, las otras compañías aseguradoras pueden continuar ofreciendo sus pólizas de seguros de garantía para proyectos del MOP sin ningún inconveniente; al igual que los bancos con sus boletas bancarias.

La autoridad ha incurrido en un trato discriminatorio en contra de AVLA, al imponerle una sanción absoluta e indefinida, que no se les aplicó a las otras compañías de seguros que ofrecen los mismos instrumentos de garantía financiera.



El acto impugnado también afecta la garantía de AVLA del artículo 19 N° 2. En efecto, vulnera tal garantía fundamental porque se dirige únicamente en contra de aquella para prohibirle en términos absolutos e indefinidos que se acepten las pólizas de seguros de garantía de AVLA en los proyectos del MOP. Además, sin que exista una causa que lo justifique, la autoridad incurrió en un trato abiertamente discriminatorio, creando una distinción a favor de los bancos y de las demás compañías de seguros (distintas de AVLA) que podrán seguir ofreciendo sus productos de garantía financiera a los contratistas del MOP.

El mentado ordinario vulnera la garantía de AVLA del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, ya que a través del actuar ilegal y arbitrario de la Fiscalía Nacional, se está privando, perturbando y/o amenazando gravemente el derecho de AVLA a ejercer su actividad económica, que consiste precisamente en ofrecer pólizas de seguros de garantía a todo tipo de empresas, incluyendo a los contratistas del MOP que necesitan dichos instrumentos financieros para garantizar el fiel cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Este derecho se ve seriamente privado, perturbado y/o amenazado porque las autoridades recurridas pretenden vetar en términos absolutos e indefinidos a AVLA, prohibiendo la utilización de sus pólizas de garantía en todos los proyectos actuales y futuros del MOP. De hecho, la Fiscalía Nacional no respetó los actos previos del propio MOP que demuestran que las pólizas de seguros de garantía ofrecen las mismas condiciones de seguridad que las boletas bancarias de garantía.

El acto reprochado afecta la garantía de AVLA del artículo 19 N° 24 de dicho cuerpo constitucional, pues la priva, perturba y/o amenaza, al igual que a los contratistas del MOP en el ejercicio de su derecho de propiedad, en cuanto se ha permitido la utilización de las pólizas de garantía emitidas por la actora en múltiples proyectos del MOP. Esos derechos se encuentran incorporados al patrimonio de AVLA y han sido sistemáticamente ratificados con los actos administrativos en que las



mismas autoridades del MOP instruyen a sus funcionarios aceptar las pólizas de seguros de garantía para sus proyectos.

El antedicho Ordinario quebranta los principios de certeza jurídica y de confianza legítima establecidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución, reconocidos tanto por la jurisprudencia constitucional, judicial y administrativa, como también por la doctrina. En efecto, al aceptar sus pólizas de garantía en el pasado y al instruir la aceptación general de esos instrumentos hacia el futuro, resulta evidente que la autoridad le había generado a AVLA la confianza legítima de que no podía impedirle ejercer su actividad.

Por último el acto en cuestión también afecta la garantía de AVLA del artículo 19 N° 3 inciso 5, ya que la autoridad pública le impuso graves sanciones a aquélla, que resolvió por sí y ante sí, al prohibir totalmente la utilización de las pólizas de seguros de garantía emitidas por AVLA respecto de todos los proyectos del MOP, sin tener facultades para ello.

Finalmente pide tener por interpuesto recurso de protección y, en definitiva, acoger la acción constitucional, declarando que el Ordinario N° 2.434, de 22 de junio de 2020 es ilegal y/o arbitrario y que vulnera las garantías de los N° 2°, 3° inciso quinto, 21°, 22° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y, en su mérito, dejarlo sin efecto, así como todo acto de la autoridad que tenga por causa o fundamento dicho acto administrativo; y se ordene al MOP, abstenerse de ejecutar cualquier acto que prive, perturbe y/o amenace los derechos de AVLA a participar en el mercado de la emisión de pólizas de seguros de garantía para proyectos del MOP; y que se condene en costas a la recurrida.

2°.- Que comparece doña Francisca Morandé Errázuriz, Fiscal Nacional del MOP, actuando por delegación del Ministro de Obras Públicas, don Alfredo Moreno Charme, quien solicita el rechazo del presente recurso de protección, con costas.

Indica que para la procedencia de la acción de protección se requiere la ocurrencia copulativa de los siguientes requisitos: i) que se



DXJXXGECWF

compruebe la existencia de una acción u omisión ilegal o arbitraria; ii) que de la misma se siga una directa privación, perturbación o amenaza contra una o más e las garantías constitucionales invocadas y protegidas por esta acción; y iii) que la Corte de Apelaciones que conoce del asunto esté en situación material y jurídica de brindar dicha protección.

Explica que la normativa que regula la materia, en particular, en lo pertinente, el artículo 109 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997 establece que: “La caución para el fiel cumplimiento de los contratos deberá constituirse mediante boleta de garantía bancaria. Sin embargo, los funcionarios a quienes corresponda resolver la aceptación o rechazo de las propuestas, podrán aceptar, previo informe favorable de la Fiscalía de Obras Públicas, pólizas de garantía otorgadas por compañías de seguros, siempre que dichas pólizas contengan las mismas condiciones de seguridad, cubran los mismos riesgos y responsabilidades y puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria...”.

“Para estos efectos se faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros para que autorice a las compañías de seguros a otorgar las pólizas de garantía en la forma indicada, las que cubrirán, además, las multas estipuladas en los respectivos contratos.”.

Como se advierte de la norma transcrita, la regla general para caucionar el cumplimiento de un contrato de obra pública la constituye la boleta bancaria de garantía y excepcionalmente y previo informe favorable de la Fiscalía de Obras Públicas, se podrán aceptar pólizas de garantías otorgadas por compañías de seguros.

Así, y conforme dicta la propia normativa que atañe al Servicio, la aceptación excepcional de pólizas de garantía debe contar con un informe favorable previo de la Fiscalía de Obras Públicas y necesariamente contener: a) las mismas condiciones de seguridad; b) la cobertura de los mismos riesgos y responsabilidades; y) que puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria.



De esta manera y tal como se explicita en el mismo Ord. N° 2.434, acto recurrido en autos, la dificultad relacionada con la aceptación de las pólizas de garantía de la empresa AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A. tiene su origen con el tercer requisito enunciado en el párrafo anterior, toda vez que al momento de hacer efectivas pólizas otorgadas por la recurrente, ésta ha impuesto condiciones para el pago y no ha respetado el carácter de póliza a primer requerimiento propio de este tipo de garantías.

Dicho lo anterior, el referido acto no puede en caso alguno calificarse de ilegal, sino por el contrario, ha sido dictado en cumplimiento irrestricto del artículo 109 del DFL N° 850/1997, al establecerse que no se encuentra habilitado jurídicamente para aprobar las pólizas de garantía emitidas por la recurrida, por cuanto ella ha infringido su deber de observar el carácter de póliza a primer requerimiento.

En el caso del acto impugnado, no es posible sostener que se está frente a una actuación caprichosa de la autoridad, por el contrario, ésta tiene su fundamento en el mismo Ordinario recurrido, al señalar que entre las pólizas de garantía aceptadas en el pasado por el MOP existen algunas emitidas por AVLA Compañía de Seguros de Crédito y Garantía S.A., que cuando se presentaron a cobro, dicho asegurador las cuestionó en cuanto a su forma y oportunidad, impidiendo que la garantía se hiciera efectiva con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria.

Así las cosas, y toda vez que el Servicio sólo se encuentra habilitado, por ley, para aceptar pólizas de garantía en el caso que cumplan los requisitos copulativos establecidos en el artículo 109 del DFL N° 850/1997 ya tantas veces referido, es que no puede la recurrente sostener que se está frente a un acto ilegal y/o arbitrario, por cuanto lo que ha hecho en todo momento el Servicio, es justamente, apegar su actuar a la normativa vigente y la adecuada protección al interés fiscal.



Respecto de las Pólizas de Garantía por Canje de Retenciones en contrato “Construcción Centro Gabriela Mistral Etapa 2”, éstas fueron otorgadas en las condiciones fijadas en la póliza Código POL120140065 bajo la denominación “Póliza de Seguro de Garantía o Caución a Primer Requerimiento de Obras Públicas”. En este caso y en lo pertinente, en las condiciones generales de dicha póliza se establece:

“Artículo 1° Condiciones generales:

“Reglas aplicables al contrato. Se aplicarán al presente contrato de seguro las disposiciones contenidas en los artículos siguientes y las normas legales de carácter imperativo establecidas en el Título VIII, del Libro II, del Código de Comercio (...).”.

“La presente póliza deberá ser pagada al asegurado a primer requerimiento, en el plazo indicado en el artículo 7° siguiente, conforme lo señala el artículo 583 inciso final del Código de Comercio, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago.”.

“Las obligaciones cubiertas por esta póliza quedan garantizadas en los mismos términos de una boleta bancaria, de acuerdo con lo establecido en el artículo 109 del DFL 850, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 y del DFL N° 206, de 1960, es decir, que las mismas condiciones de seguridad, cubran los mismos riesgos y responsabilidades y puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria.”.

Por su parte, en el artículo 7° de dichas condiciones generales, se establece:

“Denuncia, Configuración y Pago del Siniestro. Las Direcciones o Servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas tendrán derecho a hacer efectiva esta póliza por la suma total asegurada, en aquellos casos en que, a su juicio, el contratista o tercero haya incurrido en incumplimiento de las obligaciones caucionadas por esta póliza o sus modificaciones, entendiéndose por tanto que se ha configurado el siniestro. Para tales efectos bastará que el Asegurado emita una carta



suscrita por él, dirigida a la Compañía, en la cual comunique dicho incumplimiento.”.

Resolución del Consejo de Autorregulación de las Compañías de Seguros.

Ante la denuncia presentada por la Fiscalía del MOP con fecha 18 de enero de 2019, el Consejo de Autorregulación, con fecha 27 de junio de 2019 dictó la Resolución 02/2019, en la cual resolvió lo siguiente: “La compañía AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A. deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en la resolución 2/2006 del Consejo, en especial su número 3, respecto a la solicitud del Ministerio de Obras Públicas en relación a las pólizas números 3002017053916, 3002017059232 y 3012017064552 emitidas por dicha compañía y de las cuales es beneficiario ese Ministerio”.

Denuncia presentada por la Directora General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas ante la Comisión para el Mercado Financiero

Con fecha 29 de abril de 2019, la Directora General de Obras Públicas del Ministerio de Obras Públicas, presentó una denuncia ante el Fiscal de la Unidad de Investigación de la Comisión para el Mercado Financiero, contra AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A., referida a que no se observó el carácter a primer requerimiento respecto de las tres pólizas de seguro de caución ya mencionadas (Póliza N° 3002017053916 por la suma de UF 25.877; Póliza N° 3002017059232 por la suma de UF 8.524; y Póliza N° 3012017064552 por la suma de UF 8.301.-), tomadas por la empresa contratista Agencia ECISA Chile Compañía General de Construcciones S.A., para garantizar el canje de retenciones en el contrato de obra pública denominado “Construcción Centro Gabriela Mistral Etapa 2”.

Sanción de la Comisión para el Mercado Financiero que aplica multa a AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A.

Desestimándose los descargos presentados por la recurrente AVLA, la Comisión para el Mercado Financiero, por Resolución Exenta N° 1057 de fecha 30 de enero de 2020 resolvió aplicar a AVLA Seguros



de Crédito y Garantía S.A. la sanción de multa a beneficio fiscal, ascendente a UF 1.000.- por infracción al inciso final del artículo 583 del Código de Comercio y N° 1 del Oficio Circular N° 972.

Del Ordinario N° 2.434 de la Fiscalía de Obras Públicas y los motivos que se tuvieron en cuenta para su dictación.

No obstante tratarse de instrumentos válidos y reconocidos por parte de la SVS, en su oportunidad, a través del ORD. N° 3299, de 25 de marzo de 2014, se determinó por parte de la Dirección de Vialidad, que en el anexo complementario de las bases administrativas para la licitación de contratos de construcción de obras públicas, “deberá establecerse para la garantía de fiel cumplimiento, sólo la opción de presentar boleta bancaria de garantía, al igual que para la garantía adicional cuando corresponda, en el entendido que esta caución adicional se trata de una garantía de fiel cumplimiento del contrato”.

Adicionalmente, este mismo documento expresó, respecto a las licitaciones de contratos de asesoría a la inspección fiscal, que “se deberá aceptar en el Anexo Complementario de las Bases Administrativas, sólo la opción de boleta bancaria para garantizar el fiel cumplimiento del contrato, para la garantía adicional cuando corresponda, y para la garantía de canje de retenciones”.

Sin embargo, este planteamiento, habida consideración del interés de los contratistas de contar con mayores posibilidades de instrumentos que garanticen el fiel cumplimiento del contrato, fue dejado sin efecto mediante el ORD. N° 184, de 8 de enero de 2015, del siguiente tenor: “De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 96, 97, 98, 99 D.S. N° 75 MOP de 2004, y demás normas pertinentes sobre la materia del Antecedente de este Oficio, se deja sin efecto el Oficio Ordinario de la Dirección de Vialidad N° 3299 de 25 de marzo de 2014”.

Inexistencia de vulneración de garantías constitucionales.

Artículo 19 N° 22 de la Constitución Política de la República.

A este respecto y conforme a los argumentos de AVLA para fundamentar la supuesta vulneración a la garantía constitucional indicada, cabe señalar, en primer lugar, que resulta irrisorio que la



Aseguradora sostenga que las pólizas de garantía emitidas por las compañías de seguros ofrezcan la misma fácil realización que las boletas emitidas por los bancos, toda vez que aun cuando en sus condiciones generales se establezca el carácter de póliza a primer requerimiento, no corresponde al asegurador cuestionar el cobro ni oponer excepción alguna.

Artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Explica que el acto recurrido en caso alguno efectuó un trato discriminatorio ni arbitrario contra la recurrente, toda vez que a fin de asegurar el correcto cumplimiento de la normativa que rige a los contratos de obra pública, cualquier compañía de seguros que hubiere incurrido en incumplimientos de las cláusulas propias de la póliza como de las normas de orden público del Código de Comercio que rigen las pólizas de seguros a primer requerimiento, hubiese recibo el mismo trato.

Artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República.

Señala que si bien, por regla general las pólizas de garantía ofrecen las mismas condiciones de seguridad que las boletas bancarias de garantía, tal como es exigido por el artículo 109 del DFL N° 850/1997, es justamente la recurrente quien ha desvirtuado esa exigencia, desconociendo el carácter a primer requerimiento de las pólizas de caución que ofrece al mercado.

Por otra parte, no puede la actora afirmar que a través del acto impugnado se está vulnerando el derecho de AVLA a ejercer su actividad económica, toda vez que el Ordinario N° 2.434 únicamente ha declarado que el Servicio no se encuentra habilitado jurídicamente para aprobar las pólizas de garantía emitidas por la recurrente al haber infringido dicha aseguradora su deber de observar el carácter a primer requerimiento de las pólizas, sin embargo, en caso alguno ha prohibido a AVLA emitir pólizas, seguros de crédito, garantías financieras y los demás instrumentos que ofrezca al mercado.

Artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.



Que como se ha venido sosteniendo en numerosas oportunidades, el acto impugnado sólo indica que el Servicio no se encuentra habilitado para aprobar las pólizas de garantía emitidas por la recurrente, y en caso alguno ordena devolver anticipadamente las pólizas ya aceptadas por el Ministerio, por lo que resultan totalmente infundadas las alegaciones de AVLA.

Artículo 19 N° 3 inciso V de la Constitución Política de la República.

Que la dictación del Ordinario N° 2.434 no corresponde a una represalia por una póliza particular y tampoco a una sanción que ha omitido un proceso infraccional, sino que obedece a la inobservancia que ha tenido la recurrente respecto del carácter esencial de las pólizas de garantía aceptadas por el artículo 109 del DFL N° 850/1997, esto es, el carácter de primer requerimiento, desnaturalizando, como se ha dicho en el presente informe, las propiedades del producto comercializado. Así, aceptar pólizas de AVLA a sabiendas de que no serán pagadas con la misma rapidez que una boleta bancaria de garantía, constituiría una vulneración a lo establecido en el artículo 109 del DFL N° 850/1997 ya tantas veces referido, y asimismo, podría hacer incurrir a los funcionarios de esta Fiscalía en responsabilidad administrativa, toda vez que existen fondos fiscales comprometidos.

Por lo anterior, solicita el rechazo en todas sus partes del presente recurso de protección interpuesto, con expresa condenación en costas.

3°.- Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo o providencias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que prive, perturbe o amenace dicho ejercicio;

4°.- Que constituyen hechos no indubitados los siguientes:



A.- Que mediante Ordinario N° 2434 de 22 de junio de 2020, emitido por la Fiscalía Nacional del Ministerio de Obras Públicas, se dispuso, en lo pertinente, que “conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del DFL N° 850, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, este Servicio no se encuentra habilitado para aprobar las pólizas de garantía emitidas por AVLA Compañía de Seguros de Crédito y Garantía S.A.”.

B.- Que la recurrente es una compañía aseguradora que le proporciona a las empresas contratistas del MOP, pólizas de seguro de garantía, a fin de que éstas, en su calidad de tomadores de tales pólizas, puedan garantizar el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos celebrados con dicho Ministerio.

C.- Que actualmente existe un conflicto entre AVLA y el MOP, que tiene su origen en el denominado proyecto Gabriela Mistral, obra que le fue encargada a la empresa constructora ECISA, la que garantizó el cumplimiento de las obligaciones que emanaban del contrato de construcción que celebró con el MOP, con tres pólizas de garantía emitida por AVLA, (N° 3002017053916 por la suma de UF 25.877.-; N° 3002017059232 por la suma de UF 8.524.-; y N° 3012017064552 por la suma de UF 8.301.-); y cuando el asegurado intentó hacer efectiva dichas pólizas, AVLA cuestionó cobros en cuanto a su forma y oportunidad, impidiendo hacer efectiva la garantía.

5°.- Que resulta pertinente para resolver la presente litis, tener en consideración la siguiente normativa:

A.- Artículo 109 del DFL N° 850, del Ministerio de Obras Pública, que reza:

“La caución para el fiel cumplimiento de los contratos deberá constituirse mediante boleta de garantía bancaria. Sin embargo, los funcionarios a quienes corresponda resolver la aceptación o rechazo de las propuestas, podrán aceptar, previo informe favorable de la Fiscalía de Obras Públicas, pólizas de garantía otorgadas por compañías de seguros, siempre que dichas pólizas contengan las mismas condiciones de seguridad, cubran los mismos riesgos y responsabilidades y puedan



hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria.”

“Para estos efectos se faculta a la Superintendencia de Valores y Seguros para que autorice a las compañías de seguros a otorgar las pólizas de garantía en la forma indicada, las que cubrirán, además, las multas estipuladas en los respectivos contratos.”.

B.- Artículo 71, inciso primero del DL 3538, que creó la Comisión para el Mercado Financiero, que dispone:

“Los sancionados por el Consejo podrán presentar reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de diez días hábiles computado de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 del Código de Procedimiento Civil, contado desde la notificación de la resolución que impuso la sanción que rechazó total o parcialmente el recurso de reposición o desde que ha operado el silencio negativo al que se refiere el inciso tercero del artículo 69. Dichos reclamos gozarán de preferencia para su vista y fallo.”.

C.- Condiciones Generales de las pólizas referidas en el motivo 4 letra c) de este fallo, denominadas “Póliza de Seguro de Garantía o Caución a Primer Requerimiento de Obras Públicas”.

Artículo 1: Condiciones generales: *“Reglas aplicables al contrato. Se aplicarán al presente contrato de seguro las disposiciones contenidas en los artículos siguientes y las normas legales de carácter imperativo establecidas en el Título VIII, del Libro II, del Código de Comercio (...).*

La presente póliza deberá ser pagada al asegurado a primer requerimiento, en el plazo indicado en el artículo 7° siguiente, conforme lo señala el artículo 583 inciso final del Código de Comercio, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago.

Las obligaciones cubiertas por esta póliza quedan garantizadas en los mismos términos de una boleta bancaria, de acuerdo con lo establecido en el art. 109 del Decreto con Fuerza de Ley 850, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 y del DFL N° 206, de 1960, es decir, las mismas condiciones de seguridad,



cubran los mismos riesgos y responsabilidades y puedan hacerse efectivas con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria” .

Artículo 7°: “Denuncia, Configuración y Pago del Siniestro. Las Direcciones o Servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas tendrán derecho a hacer efectiva esta póliza por la suma total asegurada, en aquellos casos en que, a su juicio, el contratista o tercero haya incurrido en incumplimiento de las obligaciones caucionadas por esta póliza o sus modificaciones, entendiéndose por tanto que se ha configurado el siniestro. Para tales efectos bastará que el Asegurado emita una carta suscrita por él, dirigida a la Compañía, en la cual comunique dicho incumplimiento.”

6°.- Que el fundamento fáctico que consideró la autoridad recurrida para adoptar la decisión consignada en el motivo 4° letra b) de este fallo, fue tal como se consignó en el acto impugnado que “cuando algunas de ellas (pólizas de garantía) se presentaron a cobro, este asegurador (AVLA) cuestionó dicho cobro en cuanto a su forma y oportunidad, impidiendo que la garantía se hiciera efectiva con la misma rapidez que las boletas de garantía bancaria.”. Es decir, estima que AVLA ha impuesto condiciones para el pago y no ha respetado el carácter de póliza a primer requerimiento propio de ese tipo de garantías.

7°.- Que cabe consignar que la conducta de AVLA, por la cual cuestionó el cobro de la póliza de garantía que había sido tomada por la empresa ECISA, para garantizar el cumplimiento del contrato de construcción que suscribió con el MOP, motivó que dicho Ministerio denunciara a la Aseguradora ante la Comisión del Mercado Financiero, ente que le aplicó una multa de 1.000.- U.F., sanción que fue objetada mediante la presentación de un reclamo de ilegalidad, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 71 del D.L. 3538, que se encuentra pendiente ante este Illmo. Tribunal.

8°.- Que, a mayor abundamiento, el MOP requirió judicialmente la designación de un árbitro para que conozca de la demanda de cumplimiento de contrato por parte de AVLA, de conformidad con el



inciso primero del artículo 543 del Código de Comercio, que dispone: “Solución de conflictos. Cualquier dificultad que se suscite entre el asegurado, el contratante o el beneficiario, según corresponda, y el asegurador, sea en relación con la validez o ineficacia del contrato de seguro, o con motivo de la interpretación o aplicación de sus condiciones generales o particulares, su cumplimiento o incumplimiento, o sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada al amparo del mismo, será resuelta por un árbitro arbitrador, nombrado de común acuerdo por las partes cuando surja la disputa. Si los interesados no se pusieren de acuerdo en la persona del árbitro, éste será designado por la justicia ordinaria y, en tal caso, el árbitro tendrá las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo dictar sentencia conforme a derecho.”.

El conflicto que originó dicho procedimiento de designación de árbitro, es precisamente la ejecución de la obra pública, “Construcción Centro Gabriela Mistral Etapa 2”, referida en el motivo 4° letra c) de esta sentencia.

9°.- Que, como cuestión previa, cabe consignar que el conflicto a dirimir en esta acción de protección, no dice relación con la conducta de AVLA, en cuanto habría impuesto condiciones para el pago de las pólizas de garantía tomadas por la empresa Constructora ECISA, para caucionar la ejecución de la obra fiscal denominada proyecto Gabriela Mistral, al cuestionar la forma y oportunidad de cobro por parte del MOP, como tampoco determinar si la aseguradora respetó el carácter de póliza a primer requerimiento propio de ese tipo de garantías, ya que dicha situación es materia de un reclamo de ilegalidad que se está tramitando ante este mismo tribunal; sino que la presente acción tiene por finalidad establecer si la decisión de la Fiscalía Nacional del MOP, consistente en no aprobar nuevas pólizas de garantía emitidas por AVLA Compañía de Seguros de Crédito y Garantía S.A., a partir del 22 de junio de 2020, constituye un acto ilegal o arbitrario que vulnera las garantías constitucionales que el recurrente consignó en su libelo pretensor.



DXJXXGECWF

10°.- Que el principio de legalidad que impone el constituyente a todos los organismos públicos, como elemento y condición del Estado de Derecho, obliga a la Administración a observar el marco que le fija el ordenamiento jurídico y, por ende, someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, en consideración a lo preceptuado por los artículos 6 y 7 de nuestra Carta Magna.

11°.- Que el debido proceso como garantía constitucional, está reconocido y protegido en el artículo 19 N° 3 de nuestra Constitución Política, texto legal, que implica un racional y justo procedimiento, esto es, un proceso previo y legalmente tramitado, a fin de que todo individuo sea juzgado por un juez natural, principio que es plenamente aplicable al derecho administrativo sancionador, considerando el ejercicio de la potestad estatal y las sanciones que se pueden imponer. Así, su inobservancia transforma al juzgador en una comisión especial, como denomina el constituyente a todo órgano que usurpa atribuciones jurisdiccionales o que teniéndolas se aparta del procedimiento para tal efecto, situación que encuentra amparo constitucional en el inciso quinto de la norma recién citada.

12°.- Que, en la especie, el acto administrativo recurrido, contempla una verdadera sanción al recurrente, desde que dispuso, fundado en el artículo 109 del DFL N° 850, Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, que el MOP no se encuentra habilitado para aprobar las pólizas de garantía emitidas por AVLA, lo que se traduce, en la práctica, que la recurrente no podrá otorgar en lo sucesivo pólizas de garantía a las empresas contratistas que se adjudiquen contratos de construcción con el MOP, a fin de caucionar su debido cumplimiento en la ejecución de tales obras.

Tal conclusión se basa en el tenor literal del acto recurrido, el que dispuso que “este Servicio (MOP) no se encuentra habilitado para aprobar las pólizas de garantía emitidas por AVLA Compañía de Seguros de Crédito y Garantía S.A.”, y como de acuerdo al artículo 109 del DFL 850, le corresponde a los funcionarios del MOP resolver sobre la aceptación o rechazo de las propuestas, para lo cual necesariamente



requieren un informe favorable de la Fiscalía de Obras Públicas, por lo que, en la práctica, éste informe jamás será emitido en tal sentido, ya que tal Fiscalía dispuso la prohibición de aprobar pólizas de seguros de garantía emitidas por la Aseguradora AVLA.

13°.- Que el acto recurrido citado precedentemente, por su naturaleza sancionadora, debe ser inevitablemente consecuencia de un procedimiento racional y justo, en los términos del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, no siendo suficiente para estimar que cumple con tal estándar, el hecho que el acto cuestionado haya sido dictado por la Fiscalía del MOP, sino que es menester que el actuar de esa autoridad se haya ajustado a un procedimiento sancionatorio previsto en la ley o en el estatuto respectivo, cuestión que en este caso no ocurrió.

En efecto, el fundamento legal del mismo es “el artículo 109 del DFL N° 850, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el texto refundido y sistematizado de la Ley N° 15.840 que aprueba la organización y funciones del Ministerio de Obras Públicas”, norma que se encuentra ubicada en el Título IX del referido cuerpo legal correspondiente a sus “Disposiciones generales”, que en ningún caso faculta a la autoridad para aplicar una medida de carácter sancionatoria como la que dispuso, la que por sus efectos, debe ser consecuencia de un procedimiento ajustado al debido proceso, que garantice al afectado el legítimo ejercicio de sus facultades de defensa.

14°.- Que la idea anterior se refuerza aún más si se tiene en consideración que la Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, con el claro propósito, entre otros, de promover la transparencia y juridicidad de las actuaciones de la Administración Estatal, establece normas básicas a fin de que el procedimiento permita el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten. En el Capítulo II denominado “El procedimiento Administrativo”, establece que éste consta de tres etapas: iniciación, instrucción y finalización, pormenorizando cada una de ellas, reconociéndole



expresamente al interesado el ejercicio de actos de defensa, tales como intervenir en la instrucción, realizar actividad probatoria, y de poder recurrir en contra de la resolución de autoridad que sea contraria a sus derechos.

Nada de lo anterior se observa en el procedimiento adoptado por el MOP que culminó con el pronunciamiento de un acto de carácter sancionatorio como el recurrido, por lo que la actuación de la autoridad deviene en ilegal, y menoscaba la garantía constitucional protegida en artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución Política de la República, tal como se razonó en el motivo 11° de esta sentencia.

15°.- Que, también, tal acto vulnera la garantía del artículo 19 N° 2 de dicho cuerpo normativo, esto es, la igualdad ante ley, desde que le otorga un trato distinto a la recurrente en relación a las demás compañías de seguro que participan en el mercado de concesión de boletas de garantía a empresas que celebran contratos de prestación de servicios con el Estado, para caucionar sus obligaciones contractuales, sin que exista algún antecedente objetivo que permita o justifique tal conducta, lo que a su vez, le provoca un perjuicio pecuniario, desde que dejará de desarrollar una actividad propia de su giro comercial, ya que las empresas adjudicatarias de obras fiscales se abstendrán de tomar las pólizas de garantía ofertadas por AVLA, lo que le causará un daño patrimonial importante, perturbando su derecho a desarrollar una actividad económica, que es propia de su giro, y a recibir una retribución económica por tal ejercicio, vulnerándose de esta manera las garantías resguardadas en los N° 21 y 24 del artículo 19 de nuestra Carta Magna.

Por estas consideraciones y de conformidad, con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se declara:

Que se **acoge** el deducido por los abogados Francisco Blavi Aros y Fernando Zúñiga Arteaga, en representación de AVLA Seguros de Crédito y Garantía S.A., en contra de la Fiscalía Nacional del Ministerio de Obras Públicas de Chile y del Ministerio de Obras Públicas de Chile,



y en consecuencia, se deja sin efecto el Ordinario N° 2.434 de fecha 22 de junio de 2020, dictado por la Fiscal Nacional del Ministerio de Obras Públicas, doña Francisca Morandé Errázuriz, por el cual dispuso que tal Servicio Público no se encuentra habilitado para aprobar las pólizas de garantía emitidas por la recurrente, con costas.

Regístrese y notifíquese.

Redacción del ministro del Ministro señor Carreño.

N°Protección-63903-2020.

No firma el Ministro señor Juan Manuel Muñoz Pardo, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo del fallo, por encontrarse realizando una suplencia en la Excma. Corte Suprema.



Pronunciado por la Undécima Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Jorge Luis Zepeda A.,
Fernando Ignacio Carreño O. Santiago, dieciocho de enero de dos mil veintiuno.

En Santiago, a dieciocho de enero de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución
precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>