

Santiago, veintidós de marzo de dos mil veintiuno.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus considerandos quinto a noveno que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, únicamente, presente:

Primero: Que, según quedó expresado en la sentencia apelada, en estos autos la Sociedad de Inversiones Mountain Road SpA (Sociedad de Inversiones) y Sociedad AVLA Compañía de Seguros de Crédito y Garantía S.A (AVLA), ejercieron la denominada acción de amparo económico prevista en el artículo único de la Ley N° 18.971 en resguardo de su derecho a desarrollar una actividad económica lícita, garantizada en el artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Constitución Política de la República, el que se habría vulnerado por la Directora de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas de la Región de Antofagasta al rechazar, en el marco del cumplimiento de un contrato de obra pública denominado "Reposición con relocalización Tenencia Ollagüe (F)", la solicitud de anticipos del precio efectuada por la Sociedad de Inversiones, fundada en la no aceptación por la Autoridad de la póliza de garantía emitida por AVLA; actuar que las actoras señalan perjudica el desarrollo de sus respectivas actividades económicas, desde que la primera dejó de percibir los montos por concepto de anticipo de obra para continuar con la ejecución de la misma y, a la segunda, se le impide constituir la póliza de seguro respecto de proyectos que indico, sin que existe fundamento alguno.



Segundo: Que, como se ha resuelto por esta Corte Suprema en anteriores oportunidades, se decidió reexaminar el sentido y alcance del instituto jurisdiccional previsto en la Ley N° 18.971.

Conforme a dicho análisis se ha concluido que este texto legal ampara la garantía constitucional de "la libertad económica" frente al Estado empresario, cuando éste, transgrediendo un principio de la esencia del Orden Público Económico Nacional, como lo es el de la subsidiaridad, interviene en el campo económico no acatando las limitaciones contempladas en el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Carta Fundamental, ya sea por desarrollar esa actividad sin autorización de una ley de quórum calificado o sin sujetarse a la legislación común aplicable en dicho ámbito a los particulares.

Tercero: Que el legislador, a través de la Ley N° 18.971, instituyó un mecanismo de tutela jurisdiccional destinado a amparar a los particulares en su derecho a la libertad económica cuando ella resulte afectada por la actividad del Estado llevada a efecto con infracción a las regulaciones que sobre la materia se establecen en el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política.

Cuarto: Que nuestro ordenamiento jurídico contempla en el artículo 20 de la Carta Fundamental el recurso de protección, acción que se concede a favor de quien, como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de terceros, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de determinados derechos



o garantías esenciales entre las que se incluye la señalada en el artículo 19 N° 21 de la Carta.

Por otra parte, el artículo único de la Ley N° 18.971, en que se regula el denominado amparo económico, prescribe que cualquiera persona puede denunciar las infracciones al recién aludido artículo 19 N° 21 sin que el actor necesite tener interés actual en los hechos a que se refiere la denuncia. Contempla así esta ley una acción popular, que trasunta el designio del legislador en orden a amparar por su intermedio el derecho a la libertad económica no en cuanto a transgresiones a la misma que afecten en general a los individuos particulares en su interés personal, sino cuando tales vulneraciones provengan de la actividad empresarial del Estado quebrantando las normas de Orden Público Económico consagradas en el tantas veces mencionado artículo 19 N° 21 inciso 2° de la Constitución Política.

La generación de un instrumento jurídico específico en defensa de esta garantía, sin duda, es la respuesta legislativa frente a la insuficiente eficacia del recurso de protección para asumir ese rol en diversos aspectos, tales como la explicable falta de motivación de las personas, individualmente consideradas, para deducir un recurso de protección en resguardo del derecho a la libertad económica como un derecho de carácter general, al no sentirse afectadas en un derecho subjetivo que les concierna en lo particular.

Quinto: Que existen fundadas razones que conducen a descartar el amparo económico como instrumento idóneo



para dispensar protección al derecho a desarrollar una actividad económica lícita contemplado en el artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Carta Fundamental. La primera de ellas estriba en la imposibilidad de estimar como criterio racional que una persona directamente afectada por la vulneración de dicha garantía constitucional disponga -conforme a lo establecido en el Auto Acordado de esta Corte que regula su tramitación y fallo- de treinta días para deducir el recurso de protección, en tanto que un tercero sin interés actual alguno en la materia, según lo prescribe la Ley N° 18.971, cuente para ello con un plazo de seis meses. Enseguida, el diseño con que el referido cuerpo legal reguló el amparo económico impide considerarlo como un remedio eficaz disponible a favor de un particular para la salvaguarda de la garantía en referencia, desde que no se entregó al órgano jurisdiccional la facultad de adoptar providencias cautelares prontas e inmediatas para brindar resguardo al afectado, como sí se establecen en el artículo 20 de la Constitución Política tratándose del recurso de protección.

Sexto: Que, asentado el ámbito de aplicación de la presente acción constitucional, surge entonces la obligación de determinar si los recurrentes, en este contexto, cuentan con la legitimación para ejercerla, sin perjuicio que no haya sido un punto que la recurrida, en esta instancia procesal, haya alegado porque como, también, ya ha declarado esta Corte, es necesario tener presente que la legitimación ya sea activa o pasiva es



una cuestión netamente procesal, desvinculada completamente al derecho sustantivo que se discute en un caso concreto, desde que importa la aptitud o reconocimiento que la ley hace a las partes para ocupar la posición de quien alega para sí el reconocimiento de un derecho o una situación de relevancia jurídica ante la jurisdicción (que normalmente se identifica como el demandante) y aquel en contra del cual debe dirigirse dicha declaración o a costa de quien se debe obtener (el demandado), independiente del resultado final o esperado del pleito.

En otras palabras, la legitimación en el ámbito procesal obedece a la circunstancia que el actor y/o el demandado, respectivamente, constituyan las personas a quien según la ley, le corresponde exigir el derecho o contradecir la pretensión, según corresponda, y frente a lo cual, el legislador permite que se declare la relación sustancial objeto de la demanda.

Séptimo: Que, en consecuencia, al no constituir el denominado recurso de amparo económico un medio idóneo para salvaguardar la garantía fundamental reconocida en el artículo 19 N° 21 inciso 1° de la Carta Fundamental, las recurrentes, entonces, carecen de la facultad para ejercerla, desde que el motivo que sustancia su acción no tiene un fundamento legal que permita constituir una relación procesal y luego sustancial válida que pueda ser conocida por esta vía, razones por las que el presente recurso de amparo no puede prosperar.



Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 18.971 de 1990, **se confirma** la sentencia apelada de cuatro de noviembre de dos mil veinte.

Se previene por los Ministros Señor Muñoz y Sra. Vivanco, que es una jurisprudencia asentada por esta Corte, conforme se desprende del artículo 189 del Código de Procedimiento Civil, que la competencia de la Corte para conocer en segunda instancia de su asunto, la delimita el escrito de apelación al momento de señalar las peticiones concretas que se someten a juicio del tribunal, tesis que se traduce en el aforismo jurídico "Tantum devolutum appellatum" y que el autor Espinosa Solís de Ovando explica de la siguiente forma: "*Si el apelante concreta su apelación sólo a una o algunas de las declaraciones contenidas en una resolución, el tribunal de alzada tendrá limitadas sus facultades y sólo podrá conocer del punto o puntos apelados. Si falla sobre un punto no observado ni reclamado, es nula la sentencia por haber sido dada ultra petita y procederá en su contra el recurso de casación en la forma.*" (Alejandro Espinosa Solís de Ovando, Distr. Univ. Ltda., 1980, pág. 60),

De forma tal, que si el Fisco de Chile no apeló sobre la improcedencia de la presente acción constitucional, fundada en que la misma sólo sería concurrente para hipótesis del inciso segundo del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuestión que por lo demás, tampoco, fue objeto del alegato del apoderado de éste, no le es permitido a estos



sentenciadores, que de oficio se reforme la sentencia en ese sentido.

Por su parte, la **Ministra Sra. Vivanco**, comparte la decisión de rechazar el recurso de amparo económico, pero teniendo en consideración, sólo los siguientes argumentos:

1º.- Las recurrentes sostienen que sus actividades económicas fueron afectadas por el actuar de la recurrida, porque al desestimar el Ministerio de Obras Públicas, la póliza de garantía para la concesión de anticipos a cuenta del precio de la obra que desarrolla la Sociedad de Inversiones emitida por AVLA, les impidió ejercer a cada una sus respectivos giros.

Para el caso de la primera, la privó de percibir los referidos anticipos, mermando los avances del proyecto y sus ganancias y, respecto de AVLA, le imposibilitó constituir la póliza en cuestión.

2º.- Así planteado el recurso, queda en evidencia que las actividades económicas en que se sustenta la presente acción, no se encuadran en ninguna de las hipótesis que contempla el numeral 21 del artículo 19 de la Carta fundamental.

En efecto, en relación a la Sociedad de Inversiones, la negativa del pago de los anticipos por el rechazo de la póliza en cuestión, no le impide el desarrollo de su giro, porque no se le negó la entrega de los anticipos por el precio de obra, sino que, sólo se los condicionó a la presentación de una nueva póliza de garantía. De forma tal que, puede reiterar su petición, para lo cual deberá presentar una nueva póliza con un emisor distinto.

De lo expuesto, queda en evidencia, que el rechazo de la recurrida, no constituye un obstáculo para el ejercicio de su negocio, sino sólo un ajuste de las condiciones, con el fin de resguardar el patrimonio fiscal.

3º.- Respecto de AVLA, tampoco su denuncia se encuadra en la normativa en estudio, porque la no aceptación por la Autoridad de la póliza que emitió para la otra recurrente, en su calidad de tomadora, no constituye de por sí, un impedimento para el desarrollo de su actividad económica, puesto que se trata de



un solo contrato y, tan cierto resulta lo anterior, que es en otro proceso, donde se discute la decisión genérica del Ministerio de Obras Públicas, contenida en el Oficio N° 2.434 de 22 de junio de 2020, de no aceptar las garantías que emite esta actora, para garantizar los proyectos que patrocine dicha cartera ministerial.

4°.- Razones por las que a juicio de esta Ministra el recurso en estudio debe ser desestimado, ya que los fundamentos fácticos que se denuncian no se encuadran en ninguna de las hipótesis legales que integran la presente acción constitucional.

Acordado con el **voto en contra** del Ministro señor Muñoz, quien fue del parecer de revocar la sentencia en alzada y, en consecuencia, acoger el recurso de amparo económico, ordenando a la recurrida aceptar la póliza presentada por la Sociedad de Inversiones emitida por AVLA y, en su mérito, analizar los demás requisitos para determinar la procedencia de su solicitud de anticipos, conforme a las siguientes consideraciones:

A.- Las recurrentes estiman que la Directora de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas de la Región de Antofagasta, les impide el ejercicio de sus actividades económicas al no acceder a la solicitud efectuada por la Sociedad de Inversiones Mountain Road SpA del pago de anticipos de la obra pública que ejecuta, fundada dicha negativa en que la Autoridad no aceptó la póliza de garantía que presentó para caucionar dicha petición y, que fuere emitida por AVLA, porque no se habría dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 109 del DFL N° 850 de 1997, esto es, tener la solicitud un informe previo favorable de la Fiscalía del Ministerio.

Precisó que la Fiscalía Regional de dicha cartera ministerial al emitir su informe, expresó que se abstenía de pronunciarse sobre la póliza de garantía en cuestión, porque de acuerdo a las instrucciones de la Autoridad central, se encontraba inhabilitada para aprobarla, desde



que había sido emitida por AVLA, sin entregar mayores detalles.

Al respecto explican, que la póliza en comento se encuentra regulada en las Bases Administrativas del contrato de obra pública que se adjudicó la Sociedad de Inversiones y, en el artículo 157 del Reglamento de Contrato de Obras Públicas (RCOP), razón por la cual concluyen que a diferencia de la Póliza de Garantía de fiel cumplimiento del Contrato, regulada en el artículo 109 del DFL N° 850, la presente no requiere un informe favorable del Fiscal del Ministerio de Obras Públicas para su aprobación, porque la normativa que la reglamente no lo exige y, además, el objetivo de ambas es distinto, la primera busca resguardar el fiel cumplimiento del contrato de obra y ésta sólo el anticipo a cuenta del precio de la misma.

B.- Al informar la recurrida, en lo pertinente al arbitrio de apelación, sostuvo que la Sociedad de Inversiones, carece de legitimación activa porque no se le ha negado el otorgamiento del anticipo, sólo se lo condicionan a la entrega de una nueva garantía y, respecto a la Aseguradora, porque ésta dedujo un recurso de protección en contra del Ordinario N°2.434 de la Fiscalía Nacional del Ministerio de Obras Públicas, que fue la orden que estableció que el servicio no se encontraba habilitado para aprobar las pólizas emitidas por AVLA, el cual se encuentra en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago.



En ese sentido, indica que la negativa de la recepción de la póliza *sub lite*, tiene origen en un acto debidamente razonado, el citado Ordinario N°2.434, el que se a su vez, se funda en problemas previos suscitados con dicha aseguradora, por no pago a primer requerimiento de pólizas que aseguraban el proyecto: "Construcción Centro Gabriela Mistral Etapa 2", los cuales derivaron en denuncias ante el Consejo de Autorregulación de las Compañías de Seguros y la Comisión para el Mercado Financiero, instituciones que representaron la conducta indebida de la Aseguradora e incluso, el órgano fiscalizador le cursó una multa a AVLA, por incumplimiento a la normativa de seguros, lo cual dice sustenta la decisión de la Autoridad de no aceptar la póliza en comento.

Por último, manifiesta que el artículo 109 del DFL N° 850 de 1997, no sólo dice relación con la garantía de fiel cumplimiento exigida en el artículo 96 RCOP, sino que también se extiende a otras cauciones exigidas por ese cuerpo normativo, porque aun cuando el artículo 157 RCOP no se remita de forma expresa al citado artículo 109, igualmente, dicha póliza debe contener las mismas condiciones de seguridad, cubrir iguales riesgos y responsabilidades y hacerse efectivas con la idéntica rapidez que las boletas de garantía bancaria, requisitos copulativos que deberán revisarse por la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas, por tanto se trata de requisitos exigidos por la ley, más aun cuando conforme lo expuesto, la conducta del servicio ha tenido su



origen, en el anterior actuar ilegal de la Aseguradora, que no respeto el carácter de póliza a primer requerimiento, como lo han corroborado los órganos competentes en la materia.

C.- La sentencia apelada, en primer lugar, declaró que el artículo 19 N° 21 debe ser entendido para los efectos del presente arbitrio de forma amplia, porque la disposición aludida se encuentra establecida para proteger la libertad económica, lo cual constituye un interés para el Estado y la sociedad toda, al punto que el propio actor o denunciante no necesita tener interés actual en los hechos denunciados; de forma tal que entiende que el objeto del legislador es proteger esta garantía, como un fin del Derecho y el Estado.

En cuanto al fondo, señala que la negativa de la recurrida a acceder a la solicitud de anticipo, mientras no se constituya por la Sociedad de Inversiones una nueva caución, al no aceptar la póliza otorgada por la Compañía de Seguros de AVLA, no es un acto ilegal o arbitrario que perturbe la garantía en comento, porque en virtud de lo dispuesto en los artículos 109 del DFL N° 850 y 157 del RCOP, la obligación de la concesionaria es otorgar como garantía una póliza de seguros que cumpla con los requisitos destinados principalmente en la fácil ejecución de éstas en caso de incumplimiento, por tanto, el exigirle al concesionario que se cumplan esos requisitos, no puede ser considerado como un acto ilegal de la recurrida al desestimar la póliza si se constató que se reunían esos requisitos. Añade que la referida



negativa, por lo demás, se justifica en dificultades previas de cobro que se han suscitado con la aseguradora recurrente, lo cual quedó de manifiesto en la documentación acompañada.

D.- Los apelantes alegan que el fallo impugnado, se equivoca al sostener que la negativa de la recurrida de no aceptar las pólizas de garantías emitidas por AVLA, se encontraría fundada en antecedentes previos y justificada legalmente, porque esa decisión radica exclusivamente en el problema puntual que se suscitó entre AVLA y el Ministerio de Obras Públicas para ejecutar una póliza de garantía en una licitación determinada, razón por la que estima que sólo se trata de una represalia de la autoridad la que, por lo demás, carece de facultades legales para limitar el negocio de las actoras.

Reitera que la póliza que se analiza en la especie, se encuentra reglamentada en el artículo 157 del RCOP, norma que no contempla la restricción del informe favorable de la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas para aprobarla, pues aquel sólo es exigido para las garantías de fiel cumplimiento del contrato.

E.- A partir de los antecedentes acompañados por las partes, se desprenden las siguientes circunstancias:

✓ La Sociedad de Inversiones Mountain Road SpA, a través de Resolución DA Antofagasta N° 018 de 10 de octubre de 2019, se adjudicó la propuesta pública denominada "Reposición con relocalización Tenencia Ollagüe (F)", por el monto total de \$3.023.068.216.,



suscrito bajo la modalidad a suma alzada y cuyo plazo de ejecución se fijó en 365 días.

✓ El referido contrató se reglamenta, por sus disposiciones, Bases Administrativas y el RCOP.

✓ El punto 7 de la adjudicación, denominada “garantía y retenciones”, establece que de acuerdo a la cláusula 5.4.1 de las bases administrativas, el Contratista deberá presentar una boleta de garantía bancaria a la vista o Póliza de Garantía, para el fiel cumplimiento del contrato por 3.244,4 UF, equivalente al 3% (\$90.692.046.-) del monto del contrato y cuya vigencia será el plazo del contrato, aumentado en 24 meses. Las retenciones serán de acuerdo a la cláusula 7.14.5 de las bases administrativas y al artículo N° 158 del RCOP.

✓ En el anexo complementario correspondiente, al numeral 7.14.4, denominado Anticipos, se establece que se autoriza bajo las siguientes condiciones: “10% del valor primitivo, Garantía del Anticipo: Boleta bancaria o Póliza de Seguro, Devolución anticipo con reajuste del contrato (contrato sin reajuste). Procedimiento de devolución: el establecido en el inciso 2° del artículo 157”.

✓ La Sociedad de Inversiones Mountain Road SpA hizo entrega de la póliza de garantía N° 301020117120 contratada con la compañía aseguradora AVLA.

✓ La referida Sociedad de Inversiones, solicitó el otorgamiento y devolución de anticipo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 157 del RCOP.

✓ El Fiscal del Ministerio de Obras Públicas Región de Antofagasta, a través de Resolución ORD. F.R. N° 381 de 1 de octubre de 2020, se abstiene de pronunciarse sobre póliza de garantía que indica bajo los siguientes términos: “conforme a las instrucciones emanadas de la Sra. Fiscal Nacional de Ministerio de Obras Públicas, por Oficio N° 2.434 de 22 de junio de 2020, este Servicio no encuentra habilitado para aprobar la Póliza de Garantía indicada en la suma...”

✓ La Dirección de Arquitectura del Ministerio de Obras Públicas de Antofagasta, con fecha 5 de octubre de 2020, dictó el Ord. 922, en virtud del cual



comunicó a la Sociedad de Inversiones que “En atención a lo indicado por la Fiscalía regional MOP, no se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 109 del DFL N° 850 de 1997, que exige que las pólizas de garantía que se presenten deban contar previamente con la aprobación de dicha repartición ministerial.

Por lo anterior, conjuntamente con hacer devolución de la póliza presentada, se solicita que, para proceder a otorgar el anticipo, se presente una nueva garantía”.

F.- Resulta pertinente, recordar que la acción de amparo económico, ha sido consagrada para resguardar el derecho a la libre iniciativa o libertad de empresa de contenido extenso, en tanto comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, es decir, a través de esta acción los tribunales se encuentran facultados para adoptar las medidas que se estimen procedentes para proteger al ciudadano que, producto de acciones, provenientes de la Administración del Estado o de terceros, se ve impedida de realizar una actividad económica lícita.

G.- Para resolver el asunto controvertido se debe analizar el Oficio N° 922, emitido por la Directora Regional de Arquitectura, en cuanto contiene la decisión, que según las recurrentes constituye un impedimento para el desempeño de sus actividades económicas.

Al respecto, este disidente, no puede dejar de advertir el aspecto formal de dicho instrumento y, por tanto, se hace necesario señalar que la motivación de los actos administrativos constituye un elemento esencial de aquellos, que permite el control judicial de los actos de la Administración activa, al punto que éstos podrían anularse en el evento de carecer de motivación o si ésta es insuficiente, desde que, en un Estado Constitucional de Derecho, el deber de fundamentación de los actos de la Administración funciona como garantía de certeza jurídica para los interesados y la ciudadanía,



especialmente interesa, en la motivación, la exposición de las razones de la adecuación del acto a la finalidad pública que lo justifica y, en los casos del ejercicio de una potestad discrecional, las circunstancias que aconsejaron la opción por una solución concreta entre todas las legalmente posibles. (CS Roles N° 12.430-2019 y 153-2020).

H.- Así entonces, de la sola lectura del Oficio N° 922, se advierte su falta de motivación desde que se limitó a expresar: “*y en atención a lo indicado por la Fiscalía Regional MOP, no se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 109 del DFL N° 850 de 1997, que exige que las pólizas de garantía que se presenten deban contar previamente con la aprobación de dicha repartición ministerial*”. Informe de Fiscalía que, a su vez, se circunscribió a señalar “*conforme a las instrucciones emanadas de la Sra. Fiscal Nacional del Ministerio de Obras Públicas, por Oficio N°2434, de 22.06.20, este Servicio no se encuentra habilitado para aprobar la Póliza de Garantía indicada en la suma*”. Instrumento éste último, que en lo pertinente, señala: “*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 bancarias.*

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.”

Por consiguiente, el Oficio N° 922, da cuenta de una serie de hechos y decisiones de la Autoridad que no expresa ni explica en su comunicado, por medio



de los cuales permita a las recurrentes comprender su decisión de desestimar la solicitud de pago de anticipos, requerir una nueva póliza y, en especial, la de no aceptar la emitida por AVLA, tanto es así, que esta última en un proceso distinto, impugna la decisión genérica del Ministerio de Obras Públicas de no recepcionar sus cauciones, todo lo cual devela una falta de argumentos que motiven y legitimen la decisión de la Autoridad, que la hace desde ya improcedente como fundamento de su decisión y, por tanto, así presentada aquella, devela que la Autoridad impidió el ejercicio de las actividades comerciales de las actoras sin tener un motivo que explique y respalde su cometido.

I.- En cuanto a lo sustancial de la controversia, resulta pertinente recordar que uno de los principios que informan el Derecho Administrativo, es el de juridicidad del cual se desprende que la actuación de los órganos del Estado debe ceñirse estrictamente al ordenamiento jurídico, constituyendo por lo mismo, un límite al poder público, como una forma de concreción del Estado Derecho, desde que refuerza la seguridad jurídica y, por consiguiente, la legitimación de las decisiones de la Autoridad; cuyos antecedentes normativos se encuentran en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental y el artículo 2 de la Ley N° 19.880.

El Tribunal Constitucional, siguiendo esta línea argumentativa, en sentencia Rol N° 2834-2015, declaró que: *“El principio de legalidad, conocido tradicionalmente bajo el nombre de “principio de clausura del derecho público”, supone que el ejercicio de las competencias de las autoridades públicas se realice de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de forma que se disminuya el riesgo de la extralimitación de funciones. Por lo que, en el caso en cuestión, cabe hablar, más propiamente, de principio de juridicidad, en la medida que asegura el sometimiento integral de las autoridades públicas al imperio del ordenamiento jurídico en su conjunto”*.

J.- En consecuencia, la vinculación positiva del Derecho Público, se refleja en el aforismo jurídico *“quae non sunt permissae, prohibita intelligentur*, es decir, las cosas que no están permitidas por él, se entienden prohibidas”. En otras



palabras, la actuación de la Administración se encuentra sujeta a una habilitación y/o autorización previa, por tanto, en el Derecho Público el órgano gubernamental sólo puede realizar aquello para lo cual fue expresamente autorizado y nada más.

K.- Conforme a lo asentado, es que se debe analizar la conducta de la recurrida, para verificar si impidió el libre desarrollo de las actividades económicas de las recurrentes. En ese orden de ideas, cabe señalar que no existe discusión entre los litigantes que el contrato de obra pública que se adjudicó Mountain Road SpA, se reglamenta por las disposiciones contenidas en dicho pacto, sus Bases Administrativas, el DFL N° 850 de 1997 y el RCOP, marco normativo del cual se distingue, la póliza de fiel cumplimiento del contrato y aquella que trata estos autos, referida a la que cauciona la concesión de anticipo a cuenta del precio de la obra.

Es así que el artículo 109 del DFL MOP N° 850 de 1997, en lo pertinente, dispone:

“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”

Agrega el artículo 96 del RCOP que:

“El contratista cuyo contrato se acepta deberá presentar como garantía de fiel cumplimiento del contrato, dentro del plazo que se indica en el inciso 2° del artículo 90, a la orden del Director o del Secretario Regional, según se adjudique



la propuesta a nivel nacional o regional, una boleta bancaria o bien una póliza de seguro, conforme a lo dispuesto en el artículo 109 del D.F.L. MOP N° 850 de 1997”....,

[...] “Sin perjuicio de lo anterior, las bases administrativas podrán aumentar el monto de la garantía, y ampliar su plazo, si a juicio de la Dirección así conviniere.

En caso que el contratista opte por una póliza de seguros, ésta será la inscrita en el Registro de Pólizas de la Superintendencia de Valores y Seguros, como "Póliza de Seguro de Garantía de Obras Públicas" y aprobada por el MOP, y no contendrá cláusula, endoso u otra adición que limite las atribuciones que le confiere al MOP el texto original, cumpliéndose así con lo dispuesto en el artículo 109 del D.F.L. MOP N°850 de 1997, como se indica en el inciso anterior”.

Por otra parte, el artículo 157 del mismo Reglamento expresa que:

“Se podrá incluir en las bases administrativas una cláusula mediante la cual se autorice la concesión de anticipo a cuenta del precio de la obra y se establezca el sistema de su devolución. El anticipo no podrá ser de un monto superior al 50% del valor del contrato primitivo y se otorgará siempre que el contratista lo caucione con boleta bancaria, o una póliza de seguro cuando las bases administrativas lo autoricen, por un valor equivalente expresado en unidades de fomento, cuyo plazo de vigencia será el del contrato, más seis meses. Este anticipo se deberá devolver reajustado de acuerdo con el sistema de reajuste del contrato, considerando para este efecto el mes anterior a su devolución, salvo que las bases administrativas fijen uno distinto.

Las bases administrativas establecerán el procedimiento de devolución del anticipo. Si ellas nada expresan, éste se devolverá reajustado en cuotas iguales y sucesivas, a partir del segundo estado de pago, debiendo quedar totalmente amortizado en el penúltimo dentro del plazo contractual”.

L.- De dicha normativa, se advierte que la póliza de garantía que la recurrida exigió al actor, para acceder al cobro de anticipos a cuenta del precio de



la obra, difiere de aquella que requiere para el fiel cumplimiento del contrato pues, efectivamente y, tal como lo reconoce el Ministerio de Obras Pública, aquellas tienen un objetivo y se reglamentan por una normativa distinta, que incluso no hacen remisión entre sí.

En efecto, conforme se transcribió, el artículo 109 del DFL N° 850 que reglamenta la póliza de fiel cumplimiento del contrato, expresamente, exige que para la aprobación de aquella, la Fiscalía de dicha repartición gubernamental debe emitir un informe previo favorable, cuestión que de la lectura del artículo 157 RCOP, que codifica la del cobro anticipado, no se advierte como un requisito exigible a aquella, para los efectos de aprobación de la Autoridad, por el contrario tanto en el contrato, como en el anexo de las Bases Administrativas del mismo se advierte que sus requerimientos refieren al tiempo, monto y forma de constitución, sin añadir la existencia de un informe previo y de la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas, cuestión que por lo demás, expresamente, reconoce el recurrido ocurre en la especie, porque al informar y efectuar su particular interpretación del artículo 157 RCOP expuso “también otorga la posibilidad al contratista de que en vez de caucionar dicho anticipo con una boleta bancaria, pueda hacerlo a su vez mediante póliza de seguro, póliza que por cierto, y aunque la remisión no sea expresa como en el caso del artículo 96 del RCOP, debe cumplir los requisitos del artículo 109 del DFL N° 850 de 1997”.

Por tanto, encontrándose la normativa propuesta, inserta en el Derecho Público, no le era permitido a la Autoridad que interpretara dicha normativa de forma extensiva, incluso añadiendo a esta un requisito adicional, cual es, el informe previo de la Fiscalía del Ministerio de Obras Públicas, no consagrado expresamente en la ley, porque aquello conforme se explicó, quebranta no sólo la normativa del contrato administrativo que liga a las partes, sino que, transgrede también el principio de juridicidad que orienta el actuar de la Administración.

M.- En consecuencia, la Sociedad de Inversiones deja de percibir los anticipos para el desarrollo de la obra pública que ejecuta, por la disposición de la



recurrida, obligándola a pactar otra póliza bajo condición que se efectúe con un emisario distinto y, la Aseguradora, conforme a esa misma decisión, se le impide emitir no sólo esa póliza sino cualquier otra, que tenga por objeto garantizar una obra que dicho Ministerio respalde, sin que el informe de la Fiscalía constituya un requisito para su decisión, conforme se desprende de la normativa que la regula, lo cual, hace desde ya improcedente la decisión de la recurrida.

N.- A lo anterior, es necesario agregar que los argumentos de fondo que aludió la recurrida para justificar su decisión que, en todo caso, sólo se plasmaron en su informe y, no en la respuesta de la recurrida, conforme se explicó, tampoco, se encuentran asentados de manera tal que la habilitara para adoptar la decisión que se impugna por las recurrentes.

De acuerdo a lo expresado por la recurrida, su actuar se justifica porque la Aseguradora AVLA negó el pago a primer requerimiento de otras pólizas en el marco del proyecto “Construcción Centro Gabriela Mistral Etapa 2”, razón por la que la denunció al Consejo de Autorregulación de las Compañías de Seguro, y en segundo lugar, ante el Fiscal de la Unidad de Investigación de la Comisión para el Mercado Financiero, los cuales coincidieron en que aquella vulneró la normativa de seguros y, el último, la sancionó con una multa beneficio fiscal, ascendente a 1.000 Unidades de Fomento, por infracción al inciso final del artículo 583 del Código de Comercio y N° 1 del Oficio Circular N° 972.

Sin embargo, tal como reconoce la recurrida, la infracción refiere a un sólo proyecto, cuya sanción se encuentra actualmente en reclamación judicial como lo está la instrucción genérica de la Fiscalía Nacional del Ministerio de Obras Públicas para desestimar las pólizas de AVLA, lo cual da cuenta, que la Autoridad tampoco contaba con un sustento fáctico en el cual asentara su orden.

O.- Lo hasta ahora reflexionado permite establecer que la actuación de la recurrida, vulneró el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, norma esta última que protege el ejercicio de la actividad



económica que no sea contraria a la moral y buenas costumbres, por tanto, habiéndose acreditado que las desarrolladas por las actoras respetaba las normas legales que la reglamentan y que, por el contrario, la Autoridad efectuó una exegesis extensiva de esa normativa unido a que los actos en que se funda la decisión, además, carecen de fundamentos fácticos, a juicio de quien disiente, la acción debió ser acogida.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. Vivanco y de las prevenciones y disidencia sus autores.

Rol N° 138.548-2020. (Cuaderno Principal)

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A. y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A. y Sr. Jorge Lagos G.



En Santiago, a veintidós de marzo de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

