

DESTINO : ILTMA. CORTE DE APELACIONES
SANTIAGO

MATERIA : RECURSO DE PROTECCIÓN

RECURRENTE : COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO
CONTINENTAL S.A.

ROL ÚNICO TRIBUTARIO : 96.573.590-9

DOMICILIO : AV. ISIDORA GOYENCHEA N° 3162,
PISO 6, LAS CONDES, SANTIAGO

REPRESENTANTE LEGAL : LUIS LAMOLIATTE VARGAS

CÉDULA DE IDENTIDAD : 9.733.240-1

**ABOGADO PATROCINANTE
Y APODERADO** : MATIAS CRISTOBAL DANERI BASCUÑAN

CÉDULA DE IDENTIDAD : 13.830.199-0

DOMICILIO : MIRAFLORES 178, PISO 11, SANTIAGO

RECURRIDO : CONTRALORÍA GENERAL DE LA
REPÚBLICA

ROL ÚNICO TRIBUTARIO : 60.400.000-9

DOMICILIO : TEATINOS N° 56, COMUNA DE SANTIAGO

REPRESENTANTE LEGAL : JORGE BERMUDEZ SOTO

ROL UNICO REIBUTARIO : 8.366.993-4

EN LO PRINCIPAL: INTERPONE RECURSO DE PROTECCIÓN; **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS; **SEGUNDO OTROSÍ:** PERSONERÍA; **TERCER OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

LUIS LAMOLIATTE VARGAS, abogado, cédula de identidad N° 9.733.240-1 en representación, según se acreditará, de **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A.** RUT N° 96.573.590-9, todos domiciliados para estos efectos en Miraflores N°178 piso 11, Comuna de Santiago, a US. Ilustrísima respetuosamente expongo:

Que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, sobre Tramitación y Fallo de este recurso, y encontrándonos dentro de plazo, vengo en interponer el presente recurso de protección, en contra de la Contraloría

General de la República, representada legalmente por el Contralor General de la República don JORGE BERMÚNDEZ SOTO, por el acto ilegal, arbitrario y vulneratorio de las garantías constitucionales de nuestra representada, consistente en el oficio **E115.356, de 2021**, notificado a esta parte con fecha **25 de junio de 2021**, mediante el cual se dispone que los eventuales saldos que pudieren resultar por el cobro de pólizas de garantía de fiel cumplimiento, garantía adicional y canje de retenciones en el marco de un contrato de obra pública, deben ser restituidos al contratista en conformidad al artículo 177 del Reglamento para Contratos de Obras Públicas contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 75 de 2004, en adelante RCOP.

I. ANTECEDENTES PREVIOS DEL ACTO RECURRIDO:

Compañía de Seguros de Crédito Continental S.A. –en adelante Continental, o la Compañía de Seguros-, a solicitud de la Constructora Ingenieros y Asociados Ltda., emitió pólizas de garantía para contratos que esta empresa contratista tenía con la Dirección Regional de Vialidad de la Región de la Araucanía. Tales contratos, son los siguientes:

- 1) Conservación Camino Básico Fundo El Carmen – Puente Rucapangue, comuna de Temuco – Carmen. Código SAFI N° 263.264
- 2) Conservación Caminos Básicos Carahue – Catripulli, comuna de Carahue. Código SAFI N° 263.265.
- 3) Conservación Camino Básico Los Guindos – Collimallin, comuna de Temuco, Código SAFI N° 263.267.

Las pólizas emitidas por nuestra Compañía, son las siguientes:

Contrato	N° Póliza	Vencimiento	Monto en UF	Obs.
Puente Rucapangue	217106985	27.06.2020	1.418,80	F. cumplimiento
		27.06.2020	134,53	Endoso
	217106986	20.07.2020	1.320,19	G. adicional
Carahue	217105279	14.08.2020	1.263,00	F. cumplimiento
		27.09.2020	124,00	Endoso
	217105280	14.08.2020	4.942,18	G. adicional
Los Guindos	217106478	19.04.2020	1.336,54	F. Cumplimiento
		15.07.2020	116,20	Endoso
	217106477	19.04.2019	2.258,39	G. adicional
	218103970	26.02.2021	2.399,50	Canje F.C

La mencionada empresa contratista mediante resolución dictada con fecha 21 de junio de 2018, del 9° Juzgado Civil de Santiago, en causa C-16.501-2018 fue declarada en liquidación forzosa, en virtud de lo cual el MOP cobró la totalidad de las pólizas de acuerdo con lo establecido en el Reglamento para Contratos de Obras Públicas. Las pólizas fueron pagadas por la Compañía de Seguros.

Luego de ello y en virtud de las normas del Código de Comercio, particularmente las relativas al contrato de seguros, los lineamientos de la Comisión para el Mercado Financiero, y la Jurisprudencia de la propia Contraloría General de la República, mi representada mediante presentación de fecha 04 de agosto de 2020, solicitó a la citada Dirección Regional de Vialidad, la devolución del exceso resultante entre el monto de la indemnización pagada por la Compañía de Seguros, y el daño patrimonial causado por el incumplimiento del contratista, todo, conforme a derecho.

Sin embargo, la Dirección Regional de Vialidad de la Araucanía, mediante Ordinario N° 2217, de fecha 21 de agosto de 2020, rechazó nuestra solicitud amparada en el dictamen de la Contraloría General de la República N° E23883N20, de fecha 31 de julio de 2020, emitido en virtud de una presentación efectuada por la Compañía Chilena Consolidada de Seguros Generales S.A.

La Compañía Chilena Consolidada Seguros Generales S.A., requirió un pronunciamiento a la Contraloría General de la República sobre dos aspectos: El primero, respecto a la pertinencia del cobro total de las pólizas de garantías de

fiel cumplimiento, adicional y canje de retenciones, en un contrato de obra pública, sin haber determinado en forma previa los incumplimientos cometidos por el tomador o afianzado. El segundo, en que solicita al Organismo de Control que ordene la restitución de los saldos a esa compañía, luego de la determinación de los reales y efectivos incumplimientos.

La Contraloría General de la Republica, en respuesta a esa solicitud, concluyó en su dictamen E23884/2020, en relación con el primer aspecto, que el cobro realizado por el Organismo Técnico del Estado -que en ese caso era la Dirección de Vialidad- se ajustaba a derecho; En lo que respecta al segundo aspecto, concluyó que la restitución de los eventuales saldos resultantes entre el monto de la indemnización pagada por la compañía, y el monto del perjuicio garantizado, debían ser restituidos al contratista, y no a la Compañía de Seguros.

En lo razón de lo anterior, mi representada Continental, en lo que refiere al segundo aspecto dictaminado, dado que existía una específica regulación sectorial del contrato de seguros, Jurisprudencia en contrario de la propia Contraloría General, y de la Comisión para el Mercado Financiero, solicitó una reconsideración del pronunciamiento de legalidad el cual fue desestimado mediante la dictación del acto ilegal y arbitrario objeto del presente recurso, esto es, el dictamen de la CGR N° E115.356 de 2021, esto es, el dictamen que rechaza la presentación de Continental.

Este acto, de acuerdo con los antecedentes, consideraciones y fundamentos que pasaremos a exponer, dictado por el Organismo de Control excediendo sus facultades, y con un contenido evidentemente ilegal y arbitrario, amenaza, priva y perturba las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y propiedad, consagradas en la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N°s. 2° y 24, respectivamente.

Por lo anterior, la acción cautelar que se interpone es la única vía para que se subsane de manera rápida y eficaz la amenaza, la privación y la perturbación de los derechos constitucionales de mi representada, y que han sido afectados por parte de la Contraloría General de la República.

Ello amerita que US. Ilustrísima declare la ilegalidad y arbitrariedad denunciada y adopte, en forma urgente, todas las medidas necesarias para el restablecimiento del imperio del Derecho, y en especial, declare ilegal y arbitrario el pronunciamiento contenido en el Oficio de Contraloría General de la República N°E115.356/2021, en atención a los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación expondré.

II. SÍNTESIS DEL ASUNTO:

Las pólizas de garantía, conforme a la propia Jurisprudencia de la Contraloría General de la República y las normas del Código de Comercio, tienen una naturaleza jurídica de caución –y no de sanción-, es decir, de garantía, y no como cláusula penal o evaluación anticipada de los perjuicios, sino que están destinadas a indemnizar un perjuicio concreto, el cual además, debe ser debidamente determinado conforme con la regulación propia del órgano público beneficiario de la garantía de que se trate.

En tal virtud, el beneficiario de la misma –MOP-se encuentra habilitado a cobrar una garantía, y pagarse los perjuicios que el incumplimiento del tomador o co-contratante, le ha generado.

Sin embargo, si efectuada la liquidación del contrato resulta que el monto de la garantía supera el monto del perjuicio garantizado, corresponde la devolución del saldo o “exceso del perjuicio”. Ya nos referiremos en detalle a ello.

Contraloría ha determinado que la devolución del “exceso del perjuicio” corresponde que sea devuelto al tomador o contratista, mientras que de acuerdo con las normas legales y reglamentarias que se indicarán, lo dictaminado por la Comisión para el Mercado Financiero, y por la propia Contraloría General, corresponde que sean devueltas a la Compañía de Seguros.

Continental Compañía de Seguros solicitó que dicha jurisprudencia fuese reconsiderada por no ajustarse a derecho, dado que el dictamen por expreso texto de la ley N° 10.336 es vinculante para los servicios públicos entro los cuales se encuentra el MOP, lo cual fue desestimado por la Contraloría General de la República, a través del dictamen por el cual se interpone la presente acción cautelar, por vulnerar las garantías constitucionales de mi representada que se indican más adelante.

III. DEL RECURSO PROPIAMENTE TAL.

Mediante el Oficio N°E115.356/2021, Contraloría General de la República, desestimando la solicitud administrativa de esta parte, ya referida, determinó que conforme a lo dispuesto en el artículo 177 del RCOP, la restitución de los eventuales saldos que se determinen en un contrato de obra pública con ocasión del **cobro de pólizas de seguros** -garantías de fiel cumplimiento, adicional y canje de retenciones- debe ser efectuadas al tomador o contratista.

Cabe señalar que el presente recurso de protección no guarda relación alguna con la oportunidad o cuantía del cobro de las pólizas de garantía a primer requerimiento (Primer aspecto reclamado por Chilena Consolidada), cuestión que es calificada unilateralmente por la entidad mandante o beneficiaria de las mismas, en la cual no tenemos reproche alguno que formular, sino que guarda relación **con quien es el legítimo acreedor del saldo a restituir resultante entre el perjuicio efectivamente causado por el incumplimiento del tomador o contratista, y el monto garantizado.**

Para mejor comprensión del concepto “saldo resultante” o “exceso del perjuicio”, ponemos el siguiente ejemplo:

- Póliza de garantía: 5.000 UF, cobrada y pagada por la Compañía de Seguros al beneficiario MOP.
- Perjuicio del contratista determinado por el MOP en la liquidación del contrato por 500 UF.
- El saldo resultante o exceso del perjuicio corresponde a la diferencia entre ambos, que en el ejemplo citado corresponde a 4.500 UF, que MOP debe devolver atendida la naturaleza de caución, y no de sanción.

La Contraloría en el acto recurrido dictamina que el legítimo acreedor del saldo resultante es el contratista o tomador, en circunstancias de que, de acuerdo a la ley, es la Compañía de Seguros. Así además lo ha determinado la Comisión para el Mercado Financiero, en adelante CMF, y la Jurisprudencia anterior de la propia Contraloría, hoy recurrida.

Los contratos de ejecución de obras públicas regidos por el D.S. MOP N° 75, de 2004, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas – en adelante RCOP-, exige que el contratista presente una garantía de fiel cumplimiento, y en determinados casos una garantía adicional, cuando el monto de la propuesta aceptada fuere inferior en más de un 15% o 20% del presupuesto oficial.

Tanto la garantía de fiel cumplimiento como la garantía adicional pueden consistir en una boleta bancaria o en una póliza de seguros.

Adicionalmente, conforme a este tipo de contrataciones, se realiza una retención parcial en cada estado de pago hasta los montos máximos determinados por el artículo 158 del RCOP, la cual podrá canjearse por una póliza de seguro, cuando las respectivas bases administrativas lo permitan. Esta última, corresponde a la denominada garantía de canje de retenciones.

De ahora en adelante y para efectos del presente recurso, nos referiremos a todas ellas simplemente como las **“pólizas de garantía”**.

La Contraloría General de la República, excediendo sus facultades y mediante un acto de contenido manifiestamente ilegal y arbitrario, según se explicará, sostiene que en caso de cobro de estos instrumentos de garantía el eventual saldo a restituir resultante entre el perjuicio garantizado y el monto pagado por concepto de indemnización –saldo resultante- se efectúe al contratista, quién nunca ha sido titular de los mismos, desatendiendo la expresa y especial regulación que tiene esta materia en el Código de Comercio, contrariando además los lineamientos que la Comisión para el Mercado Financiero -entidad competente para interpretar la legislación aplicable en este caso- ha emitido sobre la materia y su propia Jurisprudencia anterior.

Bajo el pretexto de que la materia a su juicio se encontraría regulada por el RCOP, emite el acto administrativo recurrido con evidente contenido ilegal, toda vez que al contrario de lo que estima la Contraloría General, se trata de un particular asunto no regulado en el RCOP, que sin embargo tiene expresa regulación en el Código de Comercio, respecto de la cual ya se ha pronunciado la Comisión del Mercado Financiero en el sentido de que el legítimo acreedor del “saldo resultante” o “exceso del perjuicio” es la Compañía de Seguros, y no el contratista, en virtud del principio del enriquecimiento sin causa y el pago de lo no debido.

En consecuencia, el Organismo de Control excede sus facultades legales en contravención a los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, vulnerando con ello las garantías constitucionales de mi representada.

IV. DE LA ILEGALIDAD Y ARBITRARIEDAD DEL ACTO RECURRIDO.

Como pasaremos a desarrollar en el presente acápite, el acto administrativo objeto de la presente acción cautelar es **ilegal y arbitrario**.

Ilegal, por cuanto el dictamen se emite con infracción de ley, tanto su propia ley orgánica, como las particulares normas del Código de Comercio aplicables al contrato de seguros;

Arbitrario, por cuanto se opone a lo dictaminado por la misma Contraloría en caso análogo.

El Organismo de Control dictamina sobre materias que no son de su competencia, por encontrarse estas radicadas en otro Servicio como lo es la Comisión para el Mercado Financiero, que ya se había pronunciado en un sentido diverso.

V. LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EXCEDE SUS FACULTADES

La Contraloría General de la República, como Organismo autónomo, tiene a su cargo el control administrativo de carácter externo sobre la actuación jurídica de los órganos de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización.

Conforme a su Ley Orgánica Constitucional -Ley N°10.336, en adelante LOCGR- tiene la facultad de emitir dictámenes, los cuales constituyen *informe en Derecho o interpretación jurídica emanada de la Contraloría General de la República **sobre materias que son de su competencia.***¹

De acuerdo al artículo 6° de la LOCGR, le corresponderá informar en forma exclusiva sobre los siguientes asuntos:

- Sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo.
- Asuntos que se relacionen con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.
- Sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas.

Como se podrá advertir, se trata de una facultad amplia, lo cual en caso alguno constituye sinónimo de *ilimitada*.

Es un hecho indiscutido que la Jurisprudencia administrativa ha tenido un extenso desarrollo en el último tiempo, en que se ha dotado a diversos Servicios especializados de facultades interpretativas.

Por mencionar algunos, podemos hacer referencia a las facultades interpretativas del Director del Servicio de Impuestos Internos, de la Superintendencia de Seguridad Social, el Director del Trabajo, la División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, la Comisión del Mercado Financiero, entre otros.

¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, Derecho Administrativo General, Segunda Edición actualizada, Thomson Reuters (2011). Énfasis añadido.

En este sentido la doctrina ha sostenido que (...) *cada vez que una ley otorga a determinado jefe de servicio el poder de interpretar cierto sector de la legislación comprendido en los citados artículos 1 y 9 LOACGR., con ello sustrae el mismo poder al contralor.*²

Para el caso sometido a su consideración, es importante hacer presente que la facultad interpretativa ha sido excluida de la competencia de la Contraloría General de la República por expresa disposición legal, encontrándose radicada en la Comisión para el Mercado Financiero que ya se habría pronunciado sobre esta materia.

En efecto, la Ley N°21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero, dispone en su artículo 5° que este organismo técnico tiene la facultad de ***interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas, entidades o actividades fiscalizadas, y podrá fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para su aplicación y cumplimiento.***

La materia respecto de la cual el Organismo de Control ilegalmente emite un pronunciamiento contrario a derecho en su contenido, está referida expresamente a la regulación de los **contratos de seguros** y a las **entidades encargadas** de emitir las ya referidas pólizas de garantía, a primer requerimiento, en favor del Ministerio de Obras Públicas.

Luego, contrario a lo que la Contraloría estima, **se trata un asunto que no tiene expresa regulación en el RCOP**, y que, por aplicación de las normas de interpretación de ley, se trata de una materia propia de los contratos de seguros cuya regulación normativa y facultad interpretativa de la misma, queda radicada en la CMF.

Como se podrá advertir, las facultades normativa e interpretativa se encuentran directamente vinculadas. En el presente caso la facultad interpretativa es una facultad normativa, radicada en forma exclusiva en la CMF, que como revisaremos en capítulo siguiente, ya ha emitido pronunciamiento al tenor del mismo asunto.

El ex Ministro del Tribunal Constitucional don Enrique Navarro Beltrán, en *Jurisprudencia constitucional en materia de control de legalidad (toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República*, al referirse a la impugnación de los dictámenes, se refiere a la doctrina ampliamente recogida por los Tribunales Superiores de Justicia, en orden a que un dictamen de la

² GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La Interpretación Administrativa en el Derecho Chileno*, Segunda Edición, Thomson Reuters (2019) Énfasis añadido.

Contraloría General de la República puede ser corregido por la autoridad judicial competente, en la especie, por la vía del recurso de protección.³

Concluye el profesor Navarro que los *actos dictaminantes pueden ser impugnados a través del recurso de protección, particularmente en tanto importe intromisión en facultades privativas de los tribunales de justicia o **si no se ha actuado dentro de la esfera propia de su competencia.***

La Contraloría en este sentido excede sus facultades **avocándose facultades que han sido excluidas de su competencia por expresa disposición legal**; haciendo interpretaciones extensivas y por analogía del RCOP, lo que está prohibido en derecho público. Bajo la apariencia de actuar en el marco de su facultad interpretativa, realiza un ejercicio ilegal de la misma.

VI. EL ACTO RECURRIDO ES ILEGAL

El contenido del dictamen recurrido es ilegal, lo que constituye antecedente suficiente para acoger el presente recuso. En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha concluido que (...) *aunque al emitir un dictamen, la Contraloría lo hace dentro de sus atribuciones y aun de sus obligaciones, en la forma no puede considerarse este acto arbitrario o ilegal, **pero su contenido puede serlo** y, al igual que una resolución pronunciada por un juez competente, pero contrariando una disposición legal, puede y debe ser enmendada por la autoridad superior, así un dictamen de la Contraloría por la autoridad judicial competente, en este caso la Corte de Apelaciones respectiva.*⁴

Analizaremos a continuación el razonamiento jurídico del acto recurrido, para exponer de qué manera el contenido del mismo es ilegal y arbitrario, afectando con ello las garantías de mi representada.

VII. SE TRATA DE UNA MATERIA NO REGULADA EN EL ARTÍCULO 177 DEL RCOP

En artículo 177 del RCOP dispone que “**efectuada por la comisión la recepción definitiva sin observaciones, se procederá a la liquidación del contrato** y la autoridad que la apruebe, ordenará la suscripción y protocolización por el contratista de la resolución de liquidación. **Cumplida esta formalidad y si no existen saldos pendientes a favor del Fisco, se devolverá al contratista la boleta de garantía o póliza de seguro según corresponda, y el saldo de las retenciones, si las hubiere.**

³ Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Año 19 N°2, año 2012

⁴ CAS, sentencia de fecha 16.01 de 1989 en causa Rol N°427/88. C.7

*Del mismo modo se procederá en el caso que la liquidación del contrato **arroje un saldo a favor del contratista**, hecho del cual se dejará constancia en la resolución respectiva.*

La devolución del documento que garantiza el cumplimiento del contrato, se hará en un plazo máximo de 30 días corridos, contados desde la entrega de la protocolización”.⁵

Como puede advertirse, el artículo 177 del RCOP en cuya virtud la Contraloría emite el dictamen recurrido trata o se refiere **a una recepción definitiva sin observaciones**, es decir, a la liquidación de un contrato en que el contratista **no ha incumplido** sus obligaciones que hagan procedente el cobro de las garantías. Por ello, el inciso tercero del mismo artículo regula la “devolución del documento de garantía”, más no de la “garantía cobrada”. Por ello es que el artículo 177 no se refiere a la situación que se analiza. **He ahí el error del ente Contralor.**

En efecto, señala la Contraloría que (...) *el antedicho artículo 177 no solo contempla la devolución de la póliza de seguro en los casos en que no ha sido hecha efectiva -como parecen entender los ocurrentes [SIC]-, sino que también regula -en su inciso segundo- la restitución a la contratista de los saldos a su favor determinados en la liquidación, y entre los cuales se incluyen, por cierto aquellos relacionados con las cauciones del contrato.*

Cabe preguntarse en consecuencia, si los saldos de una garantía que se ha hecho efectiva constituye un “**saldo a favor del contratista**”, como al parecer lo ha estimado el Organismo de Control. Para determinar aquello debemos referirnos primero a qué es la liquidación del contrato y cuál es su naturaleza y objetivo.

Como bien señala la Contraloría en el propio dictamen recurrido, la liquidación de un contrato de obra pública (...) *consiste en un balance final que comprende todos los aspectos del acuerdo en cuanto a los pagos realizados en relación a las faenas ejecutadas o por cualquier otro concepto que derive de la relación contractual.*

La doctrina por su parte ha sostenido que la liquidación del contrato constituye un *cierre de cuentas*, y que se trata de un (...) *acto de constancia de que, con los gastos efectuados, previa emisión de los certificados de obra, se han cancelado todas las obligaciones contractuales o bien, se han generado créditos a su favor o alguna deuda pendiente por parte del contratista.*⁶

⁵ Énfasis añadido.

⁶ CELIS DANZINGER, Gabriel, *Los contratos de obra pública*, Thomson Reuters, primera edición (2019)

Es decir, nos encontramos frente a un verdadero finiquito que permite determinar y calcular si se han realizado todos los pagos que procedían conforme a contrato, y el saldo a pago que pudiera existir, en favor de uno u otro.

Por otra parte, el fundamento habilitante para el cobro de una póliza de garantía no es otro que el incumplimiento del contratista unilateralmente calificado por la entidad mandante. Así lo establece el RCOP y la particular característica de las pólizas a primer requerimiento, en cuyo caso *“la indemnización deberá ser pagada al asegurado dentro del plazo que establece la póliza, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago”*.

Para que nos encontremos frente al caso en que una póliza de garantía –o una boleta de garantía- sea cobrada por el MOP, y pueda tener en consecuencia saldos resultantes en su poder, debemos encontrarnos frente a un incumplimiento del contratista así calificado por la Administración. Ello ocurrirá en caso de no renovar con la antelación necesaria una póliza pronta a expirar, o bien en una liquidación anticipada, o bien ante una liquidación “con cargos”. Esta última, es realizada por la Administración *respecto de un contrato que debe terminar anticipadamente causado por incumplimientos del contratista, y en que las garantías y retenciones se mantienen en poder del MOP para costear con ellas las obras que falten hasta concluir completamente el encargo -que usualmente debe terminar por construir una tercera empresa contratista-, las multas respectivas y cualquier otro perjuicio para el Fisco.*⁷

Por cierto que en este caso no podría estimarse que estamos frente a un saldo en favor del contratista, desatendiendo el Organismo de Control el tenor literal del artículo 177, el cual resulta evidente que no se hace cargo de esta especial circunstancia.

El artículo 177 del RCOP presupone que el contrato se ejecute con normalidad, sin que medie la ejecución de garantías en virtud de un término anticipado. Así se establece en el inciso final del mismo artículo.

Luego, la misma norma nos señala que si no hay saldos pendientes a favor del Fisco, se devolverá al contratista *la boleta de garantía o póliza de seguro y el saldo de las retenciones si las hubiere*; es decir, la disposición regula la situación en que no se ha hecho efectiva la boleta y/o póliza, y que estas deben devolverse al contratista, pues sino habría señalado “o el saldo de las mismas”, lo que hace claramente la diferencia en relación con las retenciones, en que sí lo dispone, esto por una razón obvia, las retenciones son de propiedad del contratista por

⁷ MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación Administrativa*, Thomson Reuters, Segunda edición (2019)

efectuarse sobre los estados de pago del contrato, no ocurriendo lo mismo con la póliza.

Por otro lado, y en directa relación con lo planteado, no resulta aplicable el razonamiento del artículo 177, respecto del saldo que medie entre el valor de la póliza pagado y los perjuicios del incumplimiento, por cuanto al establecer el referido artículo que procede la devolución de la garantía (boleta o póliza), lo que procede es la devolución del instrumento mercantil/póliza -en caso alguno el valor monetario de estos-, los que no ingresan al patrimonio del contratista, sino que son restituidos a aquél que pagó de más en virtud de las normas del pago de lo no debido.

En consecuencia, resulta ilegal concluir que el saldo que se genere en virtud de la ejecución de la póliza y el perjuicio cuantificado, sea restituido al contratista y que con ello, este último lo ingrese a su patrimonio, por cuanto **existiría un enriquecimiento ilícito y pago de lo no debido.**

Por lo anterior, el saldo resultante de los montos pagados por una compañía de seguros con motivo de la ejecución de las pólizas de garantía -las cuales por lo demás son a primer requerimiento- y el perjuicio efectivamente causado, debe ser restituido a quien pagó de más; esto es, a la Compañía de Seguros.

LAS NORMAS DEL CÓDIGO DE COMERCIO APLICABLES AL CONTRATO DE SEGUROS, SON ERRÓNEAMENTE APLICADAS POR CONTRALORÍA

El Contrato de Seguro se encuentra regulado en el Título VIII del Libro II del Código de Comercio en los artículos 512 y siguientes, **el cual fue reemplazado el año 2013 por su texto actual mediante la Ley N°20.667.**

Conforme a la regulación normativa de este contrato, el seguro de garantía está concebido como un seguro de daños; es decir, aquel que tiene por objeto la indemnización de los daños sufridos por el asegurado.

El artículo 582 del Código de Comercio señala que *por el seguro de caución el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado los daños patrimoniales sufridos en caso de incumplimiento por el tomador del seguro o afianzado, de sus obligaciones legales o contractuales.*⁸ En virtud de lo anterior, se obliga a pagar al asegurado -hasta el monto asegurado de la póliza como máximo- los perjuicios que le haya ocasionado dicho incumplimiento.

⁸ Énfasis añadido.

A su vez, el artículo 550 del Código de Comercio, consagra el *Principio de indemnización*. *Respecto del asegurado, el seguro de daños es un contrato de mera indemnización y **jamás puede constituir para él una oportunidad de una ganancia o enriquecimiento.***⁹

A este respecto, es la propia Contraloría General que en sendos dictámenes que ha señalado “*en concordancia con lo manifestado en los dictámenes N°s 12.541, de 2010, y 78.248, de 2011, en el cobro de una garantía de fiel, oportuno e íntegro cumplimiento de un contrato, deben resguardarse los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe que han de inspirar las actuaciones de la Administración, de manera que, **atendido el carácter de caución y no de sanción del instrumento por el que se consulta, ese cobro no puede exceder del monto en que se cuantifique el incumplimiento de las obligaciones y las multas que se hayan impuesto y no se encuentren solucionadas** (...)*¹⁰ la ejecución de la garantía de fiel, oportuno e íntegro cumplimiento del proyecto no puede sino ser proporcional al incumplimiento que motiva la respectiva ejecución, para determinar lo cual la autoridad deberá definir y ponderar debidamente los factores que correspondan.”¹¹

Esta naturaleza no se ve modificada por la norma general de subrogación consagrada en el artículo 534 del Código de Comercio, como erróneamente al parecer lo entiende el Organismo de Control.

En cambio en el dictamen que motiva este recurso, ahora la Contraloría concluye que los saldos deben ser restituidos al contratista y no a la Compañía de Seguros, por cuanto ello (...) *resulta concordante con lo prescrito en el artículo 534 del Código de Comercio (...) en orden a que la compañía aseguradora, en virtud del pago de la indemnización, se subroga en los derechos y acciones que el asegurado tenga en contra de terceros en razón del siniestro, asistiéndole, asimismo, el derecho previsto en el artículo 582 del mismo código, según el cual “Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro”*.

Como ya hemos dejado establecido en el punto anterior, no se trata de una materia regulada en el artículo 177 del RCOP, por lo tanto no existe sustento normativo alguno para dictaminar en forma diferente en este aspecto, y que se aparte ese Organismo de Control de su propia jurisprudencia administrativa, interpretando normas de derecho careciendo de facultades para ello.

⁹ Énfasis añadido.

¹⁰ Dictamen CGR N° 64.670/2014

¹¹ Dictamen CGR N° 12.541/2010

Al respecto, la Comisión del Mercado Financiero ha sido clara, y en base a una consulta realizada por el propio Organismo de Control, en que ambas instituciones han concluido que los montos a devolver por concepto de la diferencia entre el monto cuantificado al incumplimiento y el valor de las cauciones ejecutadas, es decir, refiriéndose al “saldo resultante” o “exceso del perjuicio”, **deben ser restituidas a la aseguradora que extendió las cauciones.**

Mediante Dictamen N° 18.853 de 2019, la Contraloría sostuvo que “(...) *sobre la posibilidad de restituir la parte de los gastos que eventualmente acepte con cargo a los montos cobrados con la póliza de garantía, los dictámenes N°s 12.541, de 2010, y 31.848, de 2014, dispusieron que la garantía de fiel cumplimiento es un documento representativo de dinero que habilita para percibir directamente la cantidad expresada cuando se incumplen las obligaciones pactadas, y su naturaleza jurídica corresponde a una caución, pues su finalidad es asegurar el cumplimiento de la obligación a la que accede.*

Luego, en armonía con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe que han de inspirar las actuaciones de los órganos de la Administración, su cobro no puede exceder del monto en que se cuantifique el incumplimiento de las obligaciones, por lo cual se debe restituir al ejecutor el saldo que eventualmente obre en su favor, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa a favor de la repartición (aplica criterio de los dictámenes Nos. 37.069, de 2015, y 12.541, ya aludido).

Por lo tanto, la actuación de la JUNAEB se ajustó a derecho al cobrar la aludida póliza de garantía tras constatar la existencia de saldos objetados en la rendición de cuentas del convenio antes referido, pero corresponde que retenga solo el valor proporcional al incumplimiento del convenio, y que restituya el saldo de \$35.274.400 si procediere.

Por último, corresponde definir a quién debe restituirle ese monto la JUNAEB, a la empresa aseguradora, o bien, a la Fundación Solidar.

Pues bien, ambos artículos 534 y 582 del Código de Comercio que cita el requirente en su presentación forman parte del Título VIII, “Del contrato de seguro”, de ese cuerpo normativo (...)

Pues bien, esta Entidad de Control le requirió informe a la Comisión para el Mercado Financiero acorde con la competencia que el decreto ley N° 3.538, de 1980 -cuyo texto íntegro fue sustituido por el artículo primero de la ley N° 21.000-, le otorga en relación con la interpretación las normas que rigen a las empresas dedicadas al comercio de asegurar y reasegurar, cualquiera sea su naturaleza, y los negocios de estas.”

*En ese contexto, se remite al requirente una copia del **oficio N°10.910, de 2018**, evacuado por esta última entidad”.*

Por su parte, la Comisión para el Mercado Financiero, mediante su Oficio N°10.910 de fecha 24 de abril de 2019 señaló que “(...) *respecto de la persona a quien deberían eventualmente entregarse dichos recursos en caso que corresponda su devolución, le informo que el artículo 534 del Código de Comercio dispone (...) Atendido lo anterior, cabe informar que el artículo 534 del Código de Comercio establece una norma general de subrogación, por el cual el asegurador adquiere todos los derechos y acciones que con motivo del siniestro correspondan al asegurado, y por su parte el artículo 582 que se refiere exclusivamente al seguro de caución, señala que el tomador del seguro le reembolsará al asegurador el pago efectivamente realizado en razón del siniestro.*

Sin embargo, se debe tener en consideración que el Título VIII del Libro II del Código de Comercio relativo al contrato de seguro, no contiene normas relativas a este tipo de reembolsos o devoluciones, más allá del artículo 550 que señala: "Principio de indemnización. Respecto del asegurado, el seguro de daños es un contrato de mera indemnización y jamás puede constituir para él la oportunidad de una ganancia o enriquecimiento.

*Dado lo anterior, en opinión de este Servicio, los fondos cobrados por JUNAEB a la compañía de seguros como indemnización, en la cantidad que correspondería devolver en consideración a la rendición parcial de gastos de Fundación Solidar, **deberían ser restituidos a quien haya pagado en exceso**, siguiendo las disposiciones relativas al pago de lo no debido de los artículos 2295 y 2300 del Código Civil, **en este caso, la Compañía de Seguros HDI Seguros de Garantía y Crédito.**”*

A través de las pólizas a primer requerimiento en este tipo de contratos, las Compañías Aseguradoras se obligan a cubrir los perjuicios derivados del incumplimiento de los contratos de obra pública por la suma estipulada en las condiciones particulares, incluyendo dentro de su monto el pago de las multas y cualquier otro que fuere procedente, en forma previa a la determinación del perjuicio. Así está normado.

En el caso que exista un incumplimiento por parte del ejecutor de la obra -el afianzado o tomador en el contrato de seguro- el cobro de la póliza permitirá al mandante resarcir los daños *efectivamente* sufridos con ocasión del incumplimiento, **debiendo reembolsar a la Compañía de Seguros lo que se cobrare, que excediere al daño efectivamente sufrido.**

Como es posible apreciar, **la materia asegurada corresponde a los perjuicios efectivamente sufridos, y sólo respecto de dicha suma se genera una acción de reembolso en contra del afianzado del seguro (Contratista), y a la vez se genera una acción de restitución del pago de lo no debido de la Compañía de Seguros, respecto del beneficiario de la póliza sobre el exceso del perjuicio.** El saldo de lo pagado corresponde a un pago de lo no debido que debe ser restituido a la compañía directamente por el Asegurado conforme a las normas generales del pago de lo no debido y al principio de indemnización consagrado en el artículo 550 del Código de Comercio, **en virtud del cual el seguro no puede constituir jamás ocasión de lucro para el asegurado**, que es precisamente lo que ocurriría si la Administración no restituyera esas sumas.

Por otra parte, se debe tener presente que el artículo 582 del Código de Comercio establece una **obligación de reembolso del tomador del seguro**, en este caso la Constructora a favor de la Compañía Aseguradora, cuyo objeto es la indemnización debidamente pagada, es decir **el pago de lo debido** a propósito del seguro (daños patrimoniales sufridos).

Lo anterior se ve refrendado en el propio artículo 8 de la PÓLIZA DE SEGURO DE GARANTÍA O CAUCIÓN A PRIMER REQUERIMIENTO DE OBRAS PÚBLICAS, incorporada al Depósito de Pólizas bajo el código POL120140065, que señala:

“Por el hecho del pago de la indemnización al Asegurado, el Asegurador **se subroga en los derechos y acciones que a ese Asegurado LE CORRESPONDAN**, a objeto de ejercitar dichos derechos y acciones **en contra del contratista** y otros terceros causantes del siniestro”.

Considerando entonces que la determinación del perjuicio efectivamente sufrido **–o que corresponda–** se determina en la liquidación del contrato, acto posterior al cobro de las garantías, la acción de subrogación de la Compañía contra el tomador se limitará al perjuicio sufrido, y no al exceso del perjuicio, caso en el cual nos encontramos frente a una acción de restitución en favor de la Compañía sobre aquél beneficiario que recibió de más, en este caso, el MOP. Es decir, la subrogación de la Compañía de Seguros sobre las acciones y derechos que el MOP tenga contra el contratista, se limitan única y exclusivamente a estas, y no a otras. Entonces, no cabe duda alguna de que la subrogación del artículo 534 del Código de Comercio opera hasta el monto del perjuicio, y no sobre aquello que lo exceda. Así lo ha determinado la CMF:

Es así que por ley, **la única persona que tiene derecho a esa devolución es el Asegurador**, por cuanto, el que pagó en exceso es este y no el Contratista. Ese saldo, es dinero que nunca debió salir del patrimonio de la Compañía, por

ser sumas que las pólizas no cubren, pero que sin embargo ocurre por el carácter de pago a primer requerimiento, donde el pago se efectúa previo a la determinación del perjuicio efectivo. No está demás reiterar que los contratos de seguro cubren solamente el daño *efectivamente* sufrido por el asegurado. En consecuencia, toda suma pagada en exceso pertenece al asegurador y no al afianzado, ni menos al tomador.

En consecuencia, conforme a lo señalado expresamente por el Código de Comercio, a la Jurisprudencia administrativa, y lo dispuesto por la Comisión del Mercado Financiero -Organismo competente para interpretar las normas en análisis- las garantías en un contrato de obra pública tienen la naturaleza de **una caución, cuyo cobro no puede exceder el monto en que se cuantifique el incumplimiento. Ahora bien, considerando el carácter de primer requerimiento en cuya virtud se debe pagar, y luego discutir -tal y como ocurre en las boletas de garantía- , corresponde que los saldos que se generen luego de cuantificado el perjuicio garantizado con la póliza, atendida su naturaleza divisible, sean restituidos a la Compañía de Seguros.** Lo anterior, por cuanto el **cobro de la póliza debe limitarse, en cuanto a su monto, a los perjuicios efectivamente causados al asegurado**, y a fin de no incurrir en un enriquecimiento ilícito, y que el pago tenga el efecto liberatorio propio del mismo, en los términos del artículo 1576 del Código Civil.

No queda duda entonces, que, conforme al Código de Comercio, la Jurisprudencia del órgano especializado y competente para su interpretación, esto es, la CMF y lo resuelto por la propia Contraloría en los dictámenes Nos. 37.069, de 2015, y 12.54, entre otros, a que se ha hecho alusión, existe un derecho indubitado de mi representada sobre el saldo de las pólizas de seguro que exceden el siniestro cubierto.

Pues bien, este derecho indubitado de mi representada resulta afectado en virtud de una errada aplicación del artículo 177 del RCOP por parte de la Contraloría, que no resulta aplicable al caso, lo que implica en primer lugar que la Contraloría exorbita sus atribuciones, pues incursiona en competencias de otros órganos sectoriales, en este caso la CMF, y además su interpretación va en contra del expreso texto del artículo 177 del RCOP, contrariando sus propios actos, en este caso su propia Jurisprudencia, lo cual torna al dictamen en ilegal y arbitrario.

Yerra la Contraloría, en consecuencia, al señalar en el dictamen recurrido que *“no obsta a lo concluido lo manifestado en el dictamen N°16.853, de 2019, de esta Entidad Contralora, y en el oficio N°10.910, de 2018, de la Comisión para el Mercado Financiero -ambos aludidos por los recurrentes-, pues tales*

pronunciamientos no resultan aplicables en la especie, toda vez que dicen relación con un convenio de transferencia de recursos suscrito por la Junta Nacional de Jardines Infantiles, y no con contratos de obra pública celebrados en el marco del antedicho decreto N° 75 de 2004, ordenamiento que regula específicamente la materia estudiada.”

Lo cierto es que no se trata de situaciones diversas, sino que idénticas, esto es, a quien corresponde que le sea restituido el exceso del perjuicio resultante del monto de la indemnización, y el perjuicio efectivo.

Como revisaremos a continuación, la Contraloría realiza una ilegal aplicación de las reglas de hermenéutica, lo que se traduce en este dictamen de efectos antijurídicos y contrario a derecho.

VIII. CONTRALORÍA NO APLICA LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN CONFORME A DERECHO

De la sola lectura del acto recurrido se desprende que Contraloría ha estimado que cuando estamos frente a un contrato de obra pública, existiría una norma especial que regula la materia, que en este caso corresponde al RCOP.

Sin perjuicio de que como hemos señalado, lo anterior constituye una conclusión errada por regular el RCOP una materia completamente diversa; lo cierto es que por reglas comunes de interpretación y obligatorias para el intérprete, tampoco podríamos haber llegado a un resultado de esa naturaleza.

La doctrina ha señalado que (...) *la legislación suele prescribir ciertas reglas de interpretación, que en el caso de Chile están especialmente concentradas en el ‘Título preliminar’ del Código Civil. Ahora bien, se puede plantear el problema de si el detentador de una potestad de interpretación administrativa está obligado a seguir tales reglas, o puede prescindir de ellas y aplicar otras, si las hubiera, o ninguna. La respuesta está ínsita en la pregunta: **se trata de reglas de interpretación contenidas en una ley; no de consejos, directivas generales y abiertas o guías del legislador al intérprete; por estas razones, el intérprete administrativo está obligado a aplicarlas, bajo pena de caer en ilegalidad y, por ende, de quedar material, no solo formalmente expedito el camino de la revisión administrativa y desde luego judicial del acto administrativo.***¹²

En consecuencia, siendo el tenor literal de las normas claro, regulando situaciones diversas, y extendiendo el artículo 177 del RCOP a situaciones que no se encuentran expresamente reguladas por el, la Contraloría en su actuación

¹² GUZMÁN (2019)

interpretativa, incurre en actuaciones ilegales con claros resultados contrarios a derecho.

Al parecer el Contralor estimó que estábamos frente a un verdadero conflicto de normas, toda vez que aplicó el criterio de solución de conflictos de la especialidad; sin embargo, yerra también al realizar este examen; toda vez que previo a aplicar un criterio de solución de conflicto normativo, debe determinar si se dan los supuestos para encontrarnos frente a este; es decir, si hay una incompatibilidad entre dos o más normas, si estas tienen la misma jerarquía o especialidad, y que tengan el mismo ámbito de aplicación.

No obstante que ya hemos dejado establecido que este aparente conflicto no existe por regular situaciones diversas; es importante señalar que el criterio de especialidad y jerarquía han sido mal aplicados.

En primer término, debemos recordar que los criterios de solución de conflictos tienen un orden de precedencia para su aplicación, siendo el más importante de ellos el criterio jerárquico.

Si aplicamos el *criterio jerárquico*, no admite duda que el Código de Comercio, y la Ley que Regula el Contrato de Seguro, tienen una jerarquía normativa superior al Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 75 de 2004, el RCOP, manifestación de la potestad reglamentaria.

Luego, de acuerdo con la prelación de estos criterios, correspondería aplicar el *criterio cronológico*, en virtud del cual nuevamente podemos concluir que recibiría aplicación el Código de Comercio, al haberse reemplazado el Título VIII del Libro II del mismo el año 2012, mediante la Ley N°20.667.

Finalmente, y como hemos latamente desarrollado en el presente recurso, no recibiría aplicación el pretendido criterio de especialidad, por cuanto el RCOP no regula la situación que se analiza, puesto que refiere a un contrato sin observaciones, donde no existe incumplimiento del contratista que hubiere ameritado el cobro de las garantías.

En consecuencia S.S. ILTMA, la Contraloría General de la República, mediante el dictamen N°E115.356 de 2021, ha incurrido en actos contrarios a derecho ilegales y arbitrarios, excediendo su facultad interpretativa, e incumpliendo normas que resultan obligatorias aun para ese Organismo. Con ello, eleva a una categoría preferencial los contratos de obras públicas estableciendo privilegios no concedidos por el legislador, y generando diferencias arbitrarias que serán desarrolladas en el capítulo siguiente.

IX. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS

Nuestra Constitución Política, así como diversos tratados internacionales y numerosa regulación legislativa y reglamentaria complementaria, reconoce, asegura y garantiza, una serie de derechos, poniendo principalmente al Estado y a sus órganos en la obligación de respetarlos, lo cual no es sino una manifestación de que el ser humano está dotado de una serie de garantías que son anteriores a la existencia misma del Estado y que, por lo mismo, este último está al servicio de la persona humana, a fin de obtener la plena realización de cada uno de los sujetos interrelacionados.

En virtud de ello, tanto estos derechos como los consagrados internamente en virtud del artículo 5° inciso segundo de la misma Carta Fundamental, son considerados como esenciales para la existencia humana y por dicha razón se encuentran excepcionalmente resguardados.

De lo expuesto en el presente recurso, resulta palmario que el **Dictamen N°E115.356/2021 de la Contraloría General de la República, es ilegal y arbitrario, y vulnera diversas garantías constitucionales de nuestro representado.**

En particular, se ven afectados sus derechos a la igualdad ante la ley, y derecho de propiedad, consagrados en los numerales 2° y 24 del artículo 19, de la Carta Fundamental.

IX.I EL ACTO RECURRIDO VULNERA LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY

El segundo numeral del artículo 19 de la Constitución Política de la República asegura a todas las personas *la igualdad ante la ley*.

El Tribunal Constitucional ha sintetizado el criterio tanto de la jurisprudencia -incluyéndolo- como de la doctrina al señalar que la igualdad ante la ley consiste en *que las normas jurídicas deben ser iguales y, consecuentemente distintas, para aquellas personas que se encuentran en circunstancias diversas.*¹³

De esta manera, la garantía constitucional invocada establece la exigencia de que, en circunstancias similares, la aplicación de la ley sea igual. Del mismo modo, el constituyente ha prohibido las discriminaciones arbitrarias, lo que

¹³ STC Rol N°1.502 de 2009.

implica que en situaciones determinadas puede discriminarse, pero las discriminaciones deben ser motivadas y no contrarias a la razón.

En este sentido, la misma magistratura ha señalado que *la dimensión del principio de igualdad que el requirente denomina diferenciado, no se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino que hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación.*¹⁴

En efecto, discriminación arbitraria es *toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública que aparezca contraria a la ética elemental (...).*¹⁵

En el caso concreto, el acto impugnado vulnera la Igualdad ante la ley, al menos, en los siguientes aspectos:

- a) Se estipula por la vía de una interpretación administrativa que en los contratos de obras públicas, que tengan por mandante al Ministerio de Obras Públicas, la devolución de los saldos resultantes entre el monto de la indemnización, y el perjuicio efectivo serán entregados al contratista, a pesar de no ser titular de estos; sosteniendo que en el caso que el mandante sea una entidad diversa, como las municipalidades, JUNAEB, SERVIU, IND, entre otros organismos técnicos, esa devolución podrá realizarse conforme a las normas del Código de Comercio y las instrucciones de la Comisión para el Mercado Financiero.
- b) No existe justificación ni un fin lícito para establecer la citada diferencia, para cuya conclusión debemos tener presente que conforme a la definición de liquidación de un contrato, y frente al cobro de una póliza de garantía, los saldos en disputa jamás constituyen dineros a favor del contratista, no teniendo derecho alguno sobre su pago, el cual se estaría realizando en forma indebida.

De esta manera, y conforme a lo señalado por la jurisprudencia judicial y administrativa de nuestro país, nuestra representada está siendo discriminada arbitrariamente, al obligar la recurrida al Ministerio de Obras Públicas a cumplir con este dictamen conforme a su carácter vinculante y obligatorio para los funcionarios públicos, amenazando y menoscabando su derecho a la igualdad ante la ley.

¹⁴ STC Rol N°807 de 2007.

¹⁵ NAVARRO BELTRÁN, Enrique, *La Constitución Económica Chilena ante los Tribunales de Justicia*, Editorial Universidad Finis Terrae (2016)

Conviene recordar al efecto que *un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no es arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y las circunstancias de que se aplique a todas las personas que se encuentren en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien no basta que la justificación de la diferencia sea razonable, sino que además debe ser objetiva.*¹⁶

Como hemos desarrollado latamente en el presente recurso, la diferenciación realizada no sólo no tiene sustento normativo, sino que carece de la objetividad necesaria para entender que se encuentra conforme a la garantía constitucional en análisis.

IX.II. EL DICTAMEN N°E115.356 de 2021, VULNERA EL DERECHO DE PROPIEDAD

El artículo 19 N° 24 de la Constitución asegura a todas las personas *el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*".

Como ya revisamos en la primera parte del presente recurso, las pólizas de garantías emitidas con ocasión de garantizar contratos de obra pública, requieren para su cobro el cumplimiento de ciertos requisitos; así también para efectos de la devolución de los saldos resultantes. Lo anterior reviste importancia por cuanto el cumplimiento de estos será indispensable para determinar el titular del derecho de propiedad.

Para haberse cobrado una de las garantías, debe haber un incumplimiento del contratista respecto de las obligaciones contractuales, lo que admite que la Administración, en amparo del interés fiscal, pueda realizar el pertinente cobro para terminar las obras o pagar ciertas obligaciones incumplidas que debe procurar determinar. Así debe ser.

Luego, tratándose de un seguro de daños divisible, cumplidas estas obligaciones y quedando saldos en poder de la Administración, no admite duda que esos dineros deben devolverse a la Compañía, por cuanto el contratista nunca tuvo la propiedad sobre los mismos, ni siquiera una mera expectativa, no constituyendo saldos a su favor conforme al RCOP.

La parte de los dineros resultantes del cobro de la póliza que resultaron ser suficientes para terminar las obras y cubrir las obligaciones del contratista, no admite duda que entraron al patrimonio de la Administración Pública por

¹⁶ STC N°1.133, C.17

haberse cumplido un hecho jurídico apto para producirlos al momento de la vigencia de la ley.

La propiedad exige una titularidad previa, **que el contratista nunca tuvo sobre los saldos en discusión, y no puede tampoco llegar a tenerlas, por cuanto estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa.**

Por tanto yerra la Contraloría en su dictamen en directa amenaza al derecho de propiedad que tiene mi representada a percibir los saldos resultantes por el cobro de estas pólizas en contratos de obra pública, por cuanto sus dictámenes son obligatorios para los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas. Dicho dictamen ilegal y arbitrario, implicaría que mi representada deba buscar restablecer el imperio del derecho, por vías mucho más onerosas, lo que constituye una vulneración al derecho de propiedad.

El Tribunal Constitucional ha señalado que modificar la naturaleza de una obligación estableciendo un mecanismo de cobro costoso y demoroso implica una vulneración al derecho de propiedad. En este sentido ha indicado que (...) *disponer de un mecanismo de cobro de los fondos depositados, como lo sería -según el fisco-, exigir al Fisco el cumplimiento de una obligación de hacer, y, en caso de que el Presidente de la República no cumpliera, demandar la indemnización de los perjuicios que tal incumplimiento le provoca, no es en ningún caso equivalente a la titularidad de un derecho de propiedad, tal como es garantizada en el artículo 19 N°24 de la Constitución. Pues, dicha vía, es decir, el ejercicio de acciones legales pertinentes, es costosa y demorosa, y además con ello, **se cambia la naturaleza de la obligación, que era de pago, y se pretende transformarla en una obligación de indemnización de perjuicios, lo que no resulta aceptable a la luz del estatuto constitucional de la propiedad. En efecto, si bien dicho estatuto no impide que alguien sea privado de su propiedad, pero a condición de que la ley que lo autorice lo haga por causales determinadas y previo pago del total de la indemnización al contado. Aceptar la tesis del Fisco equivaldría a permitir actos expropiatorios (...)***¹⁷

POR TANTO S.S. ILTMA. En atención a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la presente acción, se ha producido una afectación de los derechos fundamentales de nuestro representado la que sólo es reparable mediante la acción concreta, inmediata y eficaz que esta Ilustrísima Corte de Apelaciones puede realizar, acogiendo el presente recurso y ordenando el restablecimiento inmediato del imperio del derecho, declarando ilegal y arbitrario, o bien ilegal, o arbitrario, el acto recurrido, lo deje sin efecto, y se

¹⁷ STC 944, c.15 Énfasis añadido

ordene la restitución a mi representada, del “saldo resultante” o “exceso del perjuicio” de las pólizas otorgadas en los contratos individualizados en el numeral I. de esta presentación denominado “**ANTECEDENTES PREVIOS DEL ACTO RECURRIDO**”, debidamente individualizadas en el mismo numeral al cual nos remitimos íntegramente, que resulte con motivo de las liquidaciones de los contratos referidos, que, conforme al RCOP deba efectuar la entidad mandante.

PRIMER OTROSÍ: SOLICITO a S.S.I., tener por acompañados los siguientes documentos:

1. Dictamen E115.356 de 2021 de Contraloría General de la República.
2. Oficio N°10.910 de 2018 de la Comisión para el Mercado Financiero.
3. Dictamen N°16.853 de 2019 de Contraloría General de la República.
4. Dictamen N°E23.884N20 de 31/07/2020 de Contraloría General de la República.
5. Solicitud de reconsideración de Dictamen N°E23.884N20 presentado por Compañía de Seguros de Crédito Continental S.A. con fecha 23 de noviembre de 2020.
6. Oficio Ordinario N°2.217 de fecha 21 de agosto de 2020 de la Dirección Regional de Vialidad Araucanía.
7. Solicitud de Compañía de Seguros de Crédito Continental S.A. de fecha 04 de Agosto de 2020 a la Dirección Regional de Vialidad Araucanía.
8. Acta sesión de Directorio N° 284, Compañía de Seguros de Crédito Continental S.A., de fecha 21 de enero de 2015, reducida a escritura pública con fecha 23 de enero de 2015, Repertorio N° 2.310, en la notaría de don Sergio Carmona Barrales, donde consta mi personería para representar a Compañía de Seguros de Crédito Continental S.A.

SEGUNDO OTROSÍ: SOLICITO a S.S.I., tener presente que mis facultades para representar a **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE CRÉDITO CONTINENTAL S.A.** consta en Acta sesión de Directorio N° 284, Compañía de Seguros de Crédito Continental S.A., de fecha 21 de enero de 2015, reducida a escritura pública con fecha 23 de enero de 2015, Repertorio N° 2.310, en la notaría de don Sergio Carmona Barrales, que se acompaña en el numeral 8° del primer otrosí.

POR TANTO, SOLICITO A S.S.I., tenerlo presente.

TERCER OTROSÍ: Ruego a S.S.I tener presente que vengo en designar como abogado patrocinante y conferir poder al abogado habilitado para el ejercicio de la profesión don **Matías Cristóbal Daneri Bascuñán**, cédula nacional identidad N°13.830.199-0, domiciliado para estos efectos en Miraflores 178 Piso 11 de la

Comuna de Santiago, pudiendo delegar poder y reasumirlo cuando lo estime conveniente.

POR TANTO, SOLICITO A S.S.I., tenerlo presente.