

0000001

UNO



EN LO PRINCIPAL: Deduce acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del inciso segundo del artículo 582 y de parte del inciso final del artículo 583 ambos del Código de Comercio. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** Solicita la suspensión de la gestión pendiente que indica. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** Acompaña documentos. **EN EL TERCER OTROSÍ:** Se acoja a trámite derechamente esta acción de inaplicabilidad. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** Solicita notificación electrónica. **EN EL QUINTO OTROSÍ:** Patrocinio y poder.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

LUIS JAVIER SANDOVAL OLIVARES, abogado, en representación convencional de **ORSAN SEGUROS DE CRÉDITO Y GARANTÍA S.A.** (Orsan o la Aseguradora), sociedad del giro de su denominación, RUT 76.464.275-0, todos domiciliados para estos efectos en Avenida Isidora Goyenechea 2934, oficina 801, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, a US. E. respetuosamente digo:

De conformidad con lo dispuesto en el N°6 del artículo 93 de la Constitución Política de la República (**CPR** o la **Constitución**), y en los artículos 79 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional de este Excmo. Tribunal, deduzco acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de los siguientes dos preceptos legales: **a)** inaplicabilidad íntegra del inciso 2° del artículo 582 del Código de Comercio; y, **b)** inaplicabilidad de parte del inciso final del artículo 583 del mismo Código (conjuntamente, los **Preceptos Legales Inaplicables**).

En particular, los preceptos inaplicables son:

a) Inciso 2° del artículo 582 del Código de Comercio:



“Las excepciones o defensas que el tomador oponga al asegurado, alegando que no ha existido incumplimiento de las obligaciones garantizadas por la póliza, no obstarán a que el asegurador pague la indemnización solicitada.”; y

b) Parte del inciso final del artículo 583 del mismo Código (destacada):

“Este tipo de seguro podrá ser 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.” (El destacado es nuestro y es aquella parte que se solicita inaplicar)

Los Preceptos Legales Inaplicables inciden sustancialmente en la siguiente **Gestión Pendiente**, ante la Excm. Corte Suprema: recurso de apelación deducido por Orsan el 21 de agosto de 2025, que originó el ingreso N°35.756-2025, caratulado “Orsan Seguros de Crédito y Garantía S.A. contra Schachtebeck Morales María Luz”, en contra la sentencia definitiva de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso N°499-2024 (contencioso-administrativo).

Los Preceptos Legales Inaplicables inciden sustancialmente en la Gestión Pendiente, provocando efectos contrarios a las siguientes disposiciones de la Constitución, que constituyen el **Parámetro de Control** del inciso segundo del artículo 582 y de parte del inciso final del artículo 583 ambos del Código de Comercio, cuando tales reglas son aplicadas por la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) para **imponer multas en contextos de insolvencia del tomador de una póliza de seguro de caución a primer requerimiento:** i)

derecho de propiedad (N°24 del artículo 19 de la CPR); ii) debido proceso y tutela judicial efectiva (N°3 del artículo 19 de la CPR); y iii) principio de proporcionalidad.

Pese a que los Preceptos Legales Inaplicables son constitucionales en abstracto en un elevado número de casos, deduzco esta acción de inaplicabilidad dado el efecto concreto de inconstitucionalidad provocado por la aplicación de tales reglas por parte de la CMF, como ocurrió en los procesos de revisión judicial de las actuaciones del regulador que son las Gestiones Pendientes, bajo las siguientes singularidades:

-) **insolvencia del tomador de una póliza de seguro de caución a primer requerimiento, que transforma en definitiva una transferencia patrimonial concebida por el legislador como esencialmente transitoria; y,**
-) **sentencia arbitral favorable a la posición de la Aseguradora, que negó la existencia del siniestro.**

El conflicto constitucional surge porque el Código de Comercio obliga a las aseguradoras a pagar los seguros de caución de forma inmediata (a primer requerimiento), sin que puedan presentar defensas para frenar o postergar dicho pago. Bajo condiciones normales, esto no es un problema porque la aseguradora tiene el derecho de recuperar el dinero cobrándoselo después al tomador que incumplió, lo que mantiene el equilibrio económico del contrato.

No obstante, la inconstitucionalidad concreta aflora cuando el tomador del seguro se encuentra en estado de insolvencia, escenario en el cual la arquitectura de los preceptos legales se rompe radicalmente. Al ser el tomador insolvente, el derecho de repetición deviene en ilusorio, transformando lo que debía ser una transferencia patrimonial transitoria en un

traspaso definitivo y un sacrificio patrimonial desproporcionado para el asegurador. De aplicarse estas normas, se vulnerarían garantías fundamentales como el derecho de propiedad, y la tutela judicial efectiva, pues se desnaturaliza el contrato al obligar al asegurador a asumir el riesgo de solvencia del deudor, dejando el derecho de reembolso como un remedio meramente formal y carente de eficacia práctica.

Por último, es imperativo hacer presente a esta Excma. Magistratura que, si bien recientemente se han declarado inadmisibles requerimientos referidos al inciso final del artículo 583 del Código de Comercio en las causas Rol N° 16.009-24 INA y Rol N° 17.105-25 INA,¹ el presente libelo se aparta radicalmente de los presupuestos fácticos y jurídicos allí examinados. En dichos antecedentes, este Excmo. Tribunal estimó que las impugnaciones adolecían de falta de fundamento plausible al tratarse de conflictos de mera legalidad o interpretativos. Por el contrario, la acción que hoy se somete a vuestro conocimiento no busca una revisión exegética de la norma, sino que se funda en una singularidad fáctica que rompe el equilibrio constitucional del contrato de seguro de garantía: la concurrencia de la insolvencia del tomador y la inexistencia del siniestro declarada judicialmente.

En particular, lo que dota a este caso de un carácter único frente a los precedentes de AVLA (Rol N° 16.009-24) y el anterior de Orsan (Rol N° 17.105-25) es que la insolvencia del tomador transforma el pago "a primer requerimiento" en una transferencia patrimonial definitiva e irreversible, y no meramente transitoria. Al ser el derecho de repetición (consagrado en la acción de reembolso) un remedio puramente ilusorio dada la insolvencia, la aplicación de la norma bajo el apercibimiento de una multa administrativa

¹ En este caso, esta Excma. Magistratura consideró que la acción de repetición subsistía, lo que no generaba indefensión a la aseguradora. En el caso de autos, la posibilidad de repetir está vedada, por lo que ese argumento no es replicable.

constituye una vulneración directa al derecho de propiedad y la tutela judicial efectiva, toda vez que se obliga a la aseguradora a soportar un sacrificio patrimonial sin causa y sin posibilidad real de reembolso. Estas circunstancias particulares impiden calificar este conflicto como uno de "mera legalidad", exigiendo un control de constitucionalidad concreto que no fue posible en los fallos de inadmisibilidad referidos.

I.- ANTECEDENTES: Insolvencia del tomador y declaración de inexistencia del siniestro por sentencia arbitral.

El presente requerimiento se enmarca en una disputa legal singular: se ha discutido en un procedimiento administrativo y un juicio arbitral, tramitados en paralelo, en torno a cuestiones que involucran la naturaleza jurídica del seguro de caución y sus implicancias cuando el tomador (afianzado) incurre en insolvencia. Simultáneamente, Orsan ha deducido reclamaciones judiciales en contra la actuación paralela de la CMF, que -pese a no ser objeto de pronunciamiento por este Excmo. Tribunal- no ha respetado la prejudicialidad y la preeminencia de la vía jurisdiccional por sobre la actividad administrativa .

Esta acción de inaplicabilidad es ininteligible sin distinguir con claridad todos estos planos que parecieran mezclarse los unos con los otros: i) por un lado, el Servicio de Vivienda y Urbanización Metropolitano (Serviu) dedujo una demanda arbitral en contra de Orsan, a fin que la Aseguradora respondiera por el inadecuado uso de fondos públicos caucionados por parte del afianzado, que fue rechazada el 15 de noviembre de 2024; y, ii) por el otro, posteriormente el Serviu solicitó la intervención del regulador del mercado financiero luego de que Orsan se negara a desembolsar cuantiosos importes de dinero, sin que concurriera hecho asegurado alguno y siendo el tomador del seguro de caución insolvente.

Como Orsan se negó a efectuar desembolsos pecuniarios susceptibles de ser calificados como *pago de lo no debido* en favor del Serviu, este último servicio público dedujo demanda arbitral de cumplimiento de contrato, que fue rechazada en todas sus partes.

Posteriormente, pidió que se abriera un procedimiento administrativo sancionador en contra de Orsan, encontrándose en la actualidad los actos administrativos terminales en fase de reclamación judicial. La Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, como se adelantó, rechazó ambas reclamaciones, encontrándose pendientes los recursos de apelación ante la Excm. Corte Suprema que constituyen las Gestiones Pendientes. El negocio subyacente a esta intensa litigiosidad judicial y administrativa está vinculado a la emisión de la póliza de garantía a primer requerimiento y de ejecución inmediata ID N°03-24-003154 8 (**Póliza-Orsan**), con fecha 20 de noviembre de 2020.

Es fundamental precisar que la Póliza-Orsan es, por definición, un seguro de caución, cuya arquitectura técnica y jurídica se basa en el principio de accesoriedad y en la proyección de cumplimiento de una obligación contractual específica. Al momento de su evaluación y suscripción, la Aseguradora realiza un análisis de riesgo que no contempla la hipótesis de insolvencia del tomador, pues la estructura legal del contrato descansa sobre el derecho de repetición o reembolso, el cual garantiza que cualquier desembolso realizado por el asegurador sea esencialmente transitorio.

Esta es la diferencia sustancial con un seguro de crédito, producto que sí está diseñado para proteger el balance de una empresa frente al riesgo de impago y la insolvencia de sus clientes². Debe quedar claro que esta distinción no es un

² Más aún, el art. 580 del Código de Comercio establece causales de mal estado de los negocios, insolvencia y liquidación como como aquellas que dan lugar al pago de ese tipo de seguro. Su tenor es el siguiente: "Artículo 580. Procedencia del reclamo de indemnización. Habrá lugar al pago del seguro:

a) Cuando el deudor haya sido declarado en quiebra mediante resolución judicial firme.

b) Cuando haya celebrado con sus acreedores, convenios regulados por la Ley de Quiebras que le otorguen condonaciones.

problema de tarificación o de cobrar una prima más cara; por el contrario, para cubrir la insolvencia del deudor, debe contratarse un seguro de naturaleza distinta (seguro de crédito), ya que el seguro de caución no puede ser transformado en un mecanismo que obligue a la aseguradora a asumir un riesgo de solvencia que no le corresponde. De imponerse tal carga, se desnaturaliza el mercado de caución, pues el importe de las primas sería exponencialmente más alto y el mercado mucho menos profundo para asegurar el cumplimiento de obras públicas

Así, la controversia se gatilla por la reclamación de indemnización presentada por el Serviu, pese a que tal servicio público tuviera pleno conocimiento de que el tomador del seguro caucionado por la Póliza-Orsan era insolvente.

La Aseguradora, en defensa de sus intereses, alegó entre otros aspectos, una demora injustificada del asegurado en el aviso de siniestro, infringiendo con ello el artículo 524 N° 7 del Código de Comercio.

La discusión sobre la procedencia y el monto de la indemnización, que se suscita en la esfera contractual, gira en torno a la obligación indemnizatoria de la Aseguradora derivada de la Póliza-Orsan, que caucionaba *“el correcto uso” de un anticipo muy preliminar* de 5% del valor de un contrato de construcción de un proyecto habitacional, equivalente a 32.763,78 UF. El supuesto de hecho que motivó la demanda del asegurado (Serviu) era el incorrecto uso del Anticipo por parte del Afianzado (ENV SpA), esto es, por no haber sido amortizado o devuelto con obras o en dinero, a raíz de la insolvencia de la constructora.

I.1) El Arbitraje que declaró la inexistencia del siniestro.

c) Cuando habiendo sido demandado ejecutivamente, se establezca que el deudor no posee bienes suficientes para solucionar la deuda o que, por su ocultamiento, se haga imposible la prosecución del juicio.

d) Si el asegurado y el asegurador acuerdan que el crédito resulta incobrable.

e) En los demás casos que acuerden las partes."

Conforme a lo dispuesto en el artículo 543 del Código de Comercio, cualquier dificultad entre el asegurado y el asegurador sobre la procedencia o el monto de una indemnización reclamada debe ser resuelta por un árbitro arbitrador. En este caso, la controversia se sometió al conocimiento -a petición del SERVIU- del Juez Árbitro señor Visconde Dorian Valdés de Pablo, designado el 21 de febrero de 2023.

En la sede arbitral, mi representada, Orsan, contestó la demanda del Serviu alegando que la Asegurada (Serviu) había incurrido en un claro incumplimiento de sus obligaciones por no haber notificado a Orsan del estado de insolvencia de la afianzada ni de la paralización de las obras, lo que constituía una demora injustificada en el aviso de siniestro.

Sin embargo, el incumplimiento de estas obligaciones puramente formales es accesorio, pues lo cierto es que Orsan sólo se obligó a caucionar la adecuada inversión de un inicial anticipo de 5%, en circunstancias de que la obra alcanzó más del 50% de avances.

El Juez Árbitro señor Valdés de Pablo dictó la sentencia definitiva con fecha 15 de noviembre de 2024. Lo relevante de este laudo es que, a pesar de reconocer el carácter de seguro de caución a primer requerimiento del contrato, el árbitro rechazó derechamente la demanda de Serviu en contra de Orsan, concluyendo de manera categórica la **inexistencia de un siniestro indemnizable**.

El fundamento central de la desestimación se basa en la naturaleza resarcitoria del seguro de daños. El laudo arbitral estableció que la cobertura de la Póliza-Orsan estaba circunscrita al “correcto uso del anticipo” de obras tempranas. Para que procediera la indemnización, era indispensable acreditar un uso incorrecto del anticipo, es decir, que los

recursos hubiesen sido destinados a fines distintos de la ejecución de la obra.

El árbitro tuvo por acreditado (siendo un hecho no controvertido en el proceso arbitral) que la tomadora, ENV SpA, construyó el 56,65% del proyecto. Así, el laudo concluyó que no se acreditó un “incorrecto uso del anticipo” por parte del afianzado. Por esta razón, el árbitro resolvió que era "improcedente el cobro y pago de la indemnización reclamada, por carecer de causa".

En otras palabras, la jurisdicción civil, en la persona del árbitro, validó la posición de Orsan al determinar que el riesgo cubierto (el incorrecto uso del anticipo, entendiéndolo como la destinación a un fin distinto de los fondos anticipados por el Serviu) no se había materializado, por cuanto el monto del anticipo fue destinado por el afianzado a obras efectivamente ejecutadas. La sentencia arbitral afirmó que, si Orsan hubiera pagado, se habría constituido un enriquecimiento sin causa para el asegurado.

La sentencia arbitral definitiva de 15 de noviembre de 2024, que resolvió la controversia de fondo sobre la inexistencia de daño indemnizable, fue objeto de Recurso de Casación y Apelación por parte de Serviu.

Actualmente, el conocimiento y resolución de estos recursos se encuentran pendientes ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

I.2) Procedimiento ante la Comisión para el Mercado Financiero (CMF)

Paralelamente a la tramitación del arbitraje, el Serviu Metropolitano denunció a Orsan —por idénticos hechos a aquellos que motivaron el juicio arbitral— ante la CMF, quien inició un procedimiento sancionatorio a raíz de un supuesto incumplimiento de la obligación legal de pagar la reclamación

sin oponer excepciones para diferir o condicionar su pago, basándose en la aplicación que la CMF realiza del artículo 583, inciso final, del Código de Comercio.

Este procedimiento administrativo culminó con la dictación de la Resolución Exenta N° 9.745, de 17 de octubre de 2024, que impuso una sanción de 3.000 UF a Orsan. Mi representada interpuso recurso de reposición, el cual fue rechazado por la Resolución Exenta N° 10.611 de 15 de noviembre de 2024.

El acto administrativo sancionatorio de la CMF se funda en la aplicación de la norma que exige el pago "a primer requerimiento" y la prohibición absoluta de oponer excepciones.

En consecuencia, esta defensa dedujo Reclamo de Ilegalidad en contra de las resoluciones de la CMF, ante la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Ingreso N° 795-2024 (Contencioso Administrativo). Este reclamo de ilegalidad fue rechazado con fecha 8 de agosto de 2025 por la Cuarta Sala de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Frente a esta sentencia desfavorable de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, Orsan dedujo recurso de apelación ante la Excma. Corte Suprema, el cual fue declarado admisible y actualmente está en tramitación ante esa Excma. Magistratura bajo el rol N° 37.308-2025, siendo el objeto del litigio determinar la legalidad de la sanción de la CMF en un contexto como el descrito.

Esta gestión judicial pendiente, donde se discute si la sanción es legal y, por ende, si la aplicación del Art. 583 inc. final es conforme a derecho, constituye el proceso en que se requiere la declaración de inaplicabilidad. La Excma. Corte Suprema debe determinar si el acto administrativo sancionatorio vulneró los Parámetros de Control, ya indicados en los párrafos introductorios.

La aplicación de los Preceptos Legales Inaplicables en las Gestiones Pendientes es absolutamente decisiva. La CMF fundamenta la ilegalidad del actuar de Orsan (y, por ende, la sanción) en la obligación de pago a primer requerimiento y en la prohibición de oponer excepciones, ambos derivados del Art. 583, inciso final.

Si la Excma. Corte Suprema aplica este precepto, existe una posibilidad cierta y razonable de que se rechace el reclamo de ilegalidad, convalidando una sanción administrativa que — bajo coacción estatal— desnaturaliza un desembolso que por un requisito de la esencia constituye un desembolso esencialmente transitorio. Es de la esencia del seguro caución a primer requerimiento que el Asegurador pague transitoriamente una obligación dineraria que debe ser soportada en definitiva por el tomador del seguro.

Transformar una transferencia dineraria provisoria en un desembolso permanente vulnera las garantías constitucionales de mi representada, a pesar de que puedan existir "razonamientos o argumentaciones específicas" que prueben que el acto administrativo recurrido haya vulnerado el debido proceso (Art. 19 N° 3) y el derecho de propiedad (Art. 19 N° 24). Es precisamente para evitar que se aplique la norma que obliga a convalidar la sanción (Art. 583 inc. final) y aquella que, en este contexto, resultaría contradictoria (Art. 582 inc. 2°), que se interpone esta acción.

II.- PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO POR PRODUCIR, EN ESTE CASO, INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL

Como se indicó en la introducción de la acción, las normas de rango legal cuya aplicación produce efectos contrarios a la Constitución en las Gestiones Pendientes son los siguientes:

a) El inciso segundo del artículo 582 del Código de Comercio, que define el contrato de seguro de caución y sus limitaciones:

“Las excepciones o defensas que el tomador oponga al asegurado, alegando que no ha existido incumplimiento de las obligaciones garantizadas por la póliza, no obstarán a que el asegurador pague la indemnización solicitada”.

b) A su vez, el parte del inciso final artículo 583 del Código de Comercio, regula la oposición de excepciones en seguros de caución a primer requerimiento, inaplicándose lo subrayado:

“Este tipo de seguro [de caución] podrá ser 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.”

III- GESTIÓN PENDIENTE

La Gestión Pendiente en que incide decisivamente los Preceptos Legales Inaplicables es la previamente singularizada en el recurso de apelación deducido por Orsan el 21 de agosto de 2025, que originó el ingreso N°37.756-2025 (civil), caratulado “Orsan Seguros de Crédito y Garantía S.A. contra Schachtebeck Morales María Luz”, en contra de la sentencia definitiva de la Ilma. Corte de Apelaciones de Santiago, ingreso N°499-2024 (contencioso-administrativo).

Por consiguiente, de conformidad con lo prescrito en el artículo 93, inciso 11º y en el artículo 79 de la Ley Orgánica

Constitucional del Tribunal Constitucional (LOCTC), y del certificado acompañado en un otrosí de esta presentación, mi representada posee la condición de **legitimado activo** para interponer la presente acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

IV.- DETALLE PORMENORIZADO DE LOS HECHOS EN QUE SE APOYA ESTE REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD

El 29 de noviembre de 2024, Orsan dedujo reclamación de ilegalidad contra la Resolución Exenta N°9745, de 17 de octubre de 2024, que le impuso una multa de 3.000 UF, y contra la Resolución Exenta N°10.611, de 15 de noviembre de 2024, que desechó su reposición. La Aseguradora sostuvo que la CMF había aplicado los Preceptos Legales Inaplicables de un modo tal que transforman un desembolso dinerario temporal en una transferencia definitiva en contextos de insolvencia.

En este escenario, Orsan dedujo tanto en el contexto del procedimiento administrativo (como incidente de previo y especial pronunciamiento) como en el recurso de ilegalidad, una *Litis Pendencia impropia por conexidad*.

Orsan también afirmó que las resoluciones carecían de fundamentación suficiente, que vulneraban el principio de proporcionalidad, que infringían el artículo 7° de la Constitución (principio de legalidad) y el N°3 del artículo 19 (debido proceso administrativo), en sintonía con la transgresión de los principios de contradicción y objetividad consagrados en la Ley de Procedimiento Administrativo³.

La CMF defendió su actuación, argumentando que actuó dentro de sus atribuciones y que el deber de pago a primer requerimiento era inequívoco en el artículo 583 del Código de

³ Contenida en la Ley N°19.880, que estableció Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

Comercio. También utilizó como fundamento de la multa la transgresión a un acto administrativo de su propia autoría: el Oficio Circular CMF N°972 de 13 de enero de 2017⁴. Por último, esgrimió que la existencia del arbitraje no podía suspender ni condicionar el ejercicio de su potestad sancionadora.

La Corte de Apelaciones desestimó cada uno de los planteamientos, descartando la litispendencia dado que el arbitraje versaría sobre relaciones contractuales, mientras que la CMF ejercía un control regulatorio, de modo que no había identidad de objeto ni impedimento para imponer sanciones. Esta argumentación que parte de la esencia del derecho a la tutela judicial efectiva reconoce a los administrados un derecho formal de acceso a la justicia administrativa y, además, un derecho sustantivo para controvertir la existencia de los hechos fundantes de un determinado acto administrativo.

Así, la judicatura concluyó que la multa se encontraba dentro de los márgenes legales y respondía a la gravedad del incumplimiento, sin que se advirtiera exceso alguno. Rechazó la denuncia de infracción del artículo 7° de la Constitución y de las garantías procesales, al constatar que la actora no acreditó falta de investidura, exceso de competencia o privación de oportunidades de defensa. Finalmente, sostuvo que las resoluciones estaban suficientemente motivadas conforme a los principios de la Ley de Procedimiento Administrativo, disminuyendo la discrepancia de Orsan a un mero desacuerdo respecto de lo resuelto, como si estuviera desprovisto de racionalidad.

⁴ El Oficio Circular 972 precisó el alcance de la norma del artículo 583 del Código de Comercio, donde señala expresamente —en lo que interesa a la acción de inaplicabilidad que incide en las Gestiones Pendientes— que el pago de la indemnización reclamada “no obsta al derecho del asegurado a ser reembolsado y al ejercicio de cualquier otra acción que éste tenga, por este motivo”.

Pese a que el regulador del mercado aludió, en la circular interpretativa antes referida, a dos derechos legales que el *Código de Comercio* entregó a Orsan en forma expresa (esto es, el derecho a deducir la acción de reembolso y a ejercer “cualquier otra acción”, jurisdiccional o no, que asegure su indemnidad, carácter que se desprende de la naturaleza del seguro de caución como sustituto perfecto del dinero en efectivo, gobernado por el principio de económico *funcional decoupling* o separación de funciones), la CMF insistió en seguir adelante en el procedimiento sancionatorio desatiendo por completo el carácter de pago provisorio de estos seguros, que buscan dotar de liquidez al mercado.

V.- LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO EN LA GESTIÓN JUDICIAL EN TRÁMITE, SERÁ DECISIVA EN LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO

La acción de inaplicabilidad, como **control concreto** de constitucionalidad, no cuestiona la validez abstracta de la ley, sino que analiza cómo la aplicación de los Preceptos Legales Inaplicables en la Gestión Pendiente provoca efectos contrarios la Carta Fundamental.

Tal como US. Excma. ha señalado de manera reiterada, la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes entregada a conocimiento del Tribunal Constitucional a partir de la reforma constitucional de 2005 supone el análisis del precepto legal en su aplicación concreta en una gestión judicial.

En efecto, precisando el alcance de la facultad, este Excmo. Tribunal Constitucional precisó en el pasado que *“lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior”*⁵.

Este Excmo. Tribunal Constitucional luego agregó que *“las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto sub lite, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional”*, y concluyéndose en definitiva que *“De esta*

⁵ STC Nº 546-06-INA.

manera, el que en un caso determinado se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración”⁶.

De esta forma “la decisión jurisdiccional de esta Magistratura [Constitucional] ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto y no necesariamente en su contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional. Además, cuando (...) se declare inaplicable determinado precepto legal, ello no significa que siempre éste sea per se inconstitucional, sino que, únicamente, en el caso concreto dentro del cual se formula el requerimiento, dicha norma legal impugnada no podrá aplicarse por resultar, si así se hiciere, contrario a la Constitución”⁷.

En este contexto, los Preceptos Legales Impugnados -el inciso segundo del artículo 582 y una parte del inciso final del 583 del Código de Comercio-, cuando se aplican en contextos de insolvencia del tomador del seguro de caución, producen efectos contrarios a la Constitución Política de la República.

La primera de estas reglas dispone que “*las excepciones o defensas que el tomador oponga al asegurado, alegando que no ha existido incumplimiento de las obligaciones garantizadas por la póliza, no obstarán a que el asegurador pague la indemnización solicitada*”. En cambio, la última de estas reglas dispone que “*este tipo de seguro podrá ser a primer requerimiento, en cuyo caso la indemnización deberá ser pagada al asegurador dentro del plazo que establece la póliza, sin que la oposición de excepciones pueda ser invocada para condicionar o diferir el pago*”.

⁶ STC 536-07-INA.

⁷ Ibid.

En el ámbito de la insolvencia, la operatividad de estas disposiciones adquiere una dimensión distinta. La estructura del seguro de caución a primer requerimiento descansa en un delicado equilibrio entre la celeridad del pago y la subsistencia del derecho de repetición del asegurador.

Si bien el asegurador asume la obligación de pago inmediato, ese desembolso está concebido como temporal, en la medida en que el ordenamiento jurídico le reconoce el derecho de repetición contra el tomador. Este derecho constituye el verdadero contrapeso económico-jurídico del sistema: asegura que el costo final del incumplimiento recaiga en quien lo originó —el tomador— y no en el asegurador, que sólo desempeña una función de intermediación de liquidez.

Perfectamente podría haberse asignado a la industria aseguradora el costo de soportar en definitiva el valor del siniestro causado por el tomador. Sin embargo, debe hacerse presente que el instrumento en cuestión es un seguro de caución, cuya evaluación de riesgo se basa en una proyección que no considera la hipótesis de insolvencia del tomador, pues descansa en la transitoriedad del pago y el posterior derecho de reembolso. Esta es la principal diferencia con un seguro de crédito, el cual está diseñado específicamente para proteger el balance de una empresa frente al riesgo de impago y la insolvencia de sus deudores. Por tanto, no se trata meramente de cobrar una prima más alta; para cubrir el riesgo de insolvencia debe contratarse un seguro de naturaleza distinta, esto es, el seguro de crédito. De lo contrario, si se obliga a la caución a asumir riesgos de insolvencia, lo que se terminaría reduciendo su uso y frustrando la función esencial de estos seguros de dotar al sistema de infraestructura de garantías de cumplimiento a un menor costo.

Tampoco debe perderse de vista es que el auge de estos seguros y el manifiesto interés público en su existencia se evidenció con nitidez tras el recrudecimiento crediticio

provocado por la situación inflacionaria causada por los retiros, que hizo menos profundo el mercado del crédito.

La arquitectura es clara: el beneficiario recibe los fondos sin demora. El asegurador paga, pero conserva la acción de reembolso. El tomador, finalmente, soporta el costo patrimonial del incumplimiento. La lógica del sistema exige que el tomador mantenga un nivel mínimo de solvencia que haga efectivo ese reembolso. De este modo, el pago inmediato se justifica como una medida eficiente y proporcional, pues no altera en definitiva la asignación de riesgos del contrato subyacente.

Este equilibrio se rompe radicalmente cuando el tomador se encuentra insolvente. En ese escenario, el derecho de repetición deviene en ilusorio: la Aseguradora ya no puede trasladar el costo del incumplimiento a quien debía soportarlo (esto es, al Tomador), y el desembolso, que debía ser transitorio, se transforma en una transferencia patrimonial definitiva. La repetición en ese caso sería solo aparente y, al final, se torna además en irreal el control judicial posterior (en este caso el arbitraje).

Tampoco puede perderse de vista, como señala la doctrina, que el Tomador “del seguro es el único obligado al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato que ha firmado con el asegurado, tanto es el causante del siniestro garantizado. Este incumplimiento es el elemento fundamental del siniestro en este tipo de seguro.”⁸

En términos prácticos, la insolvencia del tomador convierte al asegurador en garante de un riesgo extraño al contrato, el de la solvencia misma del deudor principal. El contrato se desnaturaliza, pues deja de ser un instrumento de **liquidez temporal** para el beneficiario y pasa a ser un mecanismo de

⁸ Molina Zaldívar, C. (2015). **Artículo 582**. En R. Ríos Ossa (Dir.), *El contrato de seguro: Comentarios al Título VIII, Libro II del Código de Comercio* (pp. 715–716). Thomson Reuters.

traspaso definitivo de patrimonio desde el asegurador al Tomador.

El resultado es simple: una asignación asimétrica de cargas que rompe el equilibrio legalmente establecido y plasmada en una ponderación de intereses efectuada por el legislador que era constitucional en el entendido de que el tomador no se enriqueciera a costa de las aseguradoras.

Desde la perspectiva del derecho de propiedad, se produce un sacrificio patrimonial desproporcionado para el asegurador. Desde la perspectiva del debido proceso y la tutela judicial efectiva, el derecho de repetición queda vacío de contenido, pues se transforma en un remedio meramente formal, carente de eficacia práctica.

La regla, concebida en abstracto como un mecanismo eficiente y equilibrado, pierde esa racionalidad cuando se aplica a supuestos de insolvencia del tomador. Precisamente en esa excepcionalidad radica la inconstitucionalidad concreta que se plantea en esta acción de inaplicabilidad.

VI.- CÓMO SE PRODUCE LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL

En el contexto de la *Gestión Pendiente*, la transgresión a la CPR se configura mediante la concurrencia de factores normativos y fácticos que, al ser aplicados por la autoridad administrativa, lesionan el núcleo esencial del derecho de propiedad, el derecho al debido proceso y además vulneran el principio de proporcionalidad inherente a la potestad sancionadora del Estado y, de un modo más general, a la imposición de cargas legislativas (como *tolerar transitoriamente* el desembolso pecuniario gatillado por la concurrencia del hecho asegurado).

El marco institucional chileno se define como un Estado Social de Derecho, cuyo mandato es armonizar intereses

individuales, como el *estar al servicio de la persona humana*, con intereses colectivos, como el *promover el bien común*. Dentro de este esquema, la acción estatal se asienta en fundamentos estructurales que incluyen el reconocimiento y la protección del derecho de propiedad y el respeto por la libertad económica. Es imperativo constitucional que toda carga patrimonial impuesta por la regulación debe dejar indemne el núcleo esencial de la propiedad.

El presente caso se centra en el seguro de caución, que es esencialmente un seguro de daños que garantiza el cumplimiento de obligaciones contractuales o legales de un tercero (el tomador). El contrato de seguro, por su propia naturaleza jurídica, está informado por el principio indemnizatorio, el cual impide que este se convierta en una fuente de ganancia o enriquecimiento para el asegurado. En consecuencia, la obligación del asegurador se estructura como una obligación de reparación cuyo cumplimiento se activa por el siniestro, evitándose así que el contrato se desnaturalice en una operación especulativa.

En el seguro de caución, especialmente en la modalidad "a primer requerimiento" (la Póliza-Orsan), existe un "desacoplamiento funcional" que lo convierte en un puente de liquidez o un sustituto funcional del dinero inmediato, garantizando el cumplimiento oportuno de una obligación frente al acreedor más inmediato perjudicado por el incumplimiento. Sin embargo, la licitud constitucional y la neutralidad de este mecanismo frente al derecho de propiedad dependen de que persista un elemento esencial: la acción de reembolso (o repetición) del asegurador contra el tomador una vez efectuado el pago al beneficiario. El derecho de reembolso resguarda la ecuación patrimonial de la aseguradora, asegurando que el desembolso sea un pago esencialmente transitorio, permitiendo así que el seguro conserve su carácter indemnizatorio aún bajo el régimen de "primer requerimiento".

La infracción constitucional se produce cuando este equilibrio se rompe de forma definitiva. El quiebre tiene lugar cuando el tomador (la Constructora) es declarado en estado de notoria insolvencia. En tal escenario fáctico, la acción de reembolso desaparece en la práctica, pues carece de eficacia jurídica y viabilidad económica.

Cuando la acción de repetición se torna incobrable, el pago adelantado efectuado por la aseguradora deja de ser un sacrificio temporal y se transforma en una privación definitiva de activos. Este efecto desnaturaliza la finalidad indemnizatoria del seguro, pues el contrato se convierte en una transferencia patrimonial sin causa efectiva o resarcitoria. En este punto, la aseguradora absorbe el riesgo empresarial estructural del deudor, operando como un mecanismo de subsidio y no de cobertura, lesionando directamente el principio de indemnidad y la protección de expectativas patrimoniales ciertas que garantiza el derecho de propiedad. El sacrificio impuesto, al tornarse definitivo, excede el ámbito de la mera carga pública, asemejándose a una expropiación regulatoria.

Finalmente, la transgresión constitucional se ve agravada por la actuación sancionadora de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF). Si bien la potestad sancionadora es legítima, su ejercicio debe ser proporcionado y prudente. La imposición de una multa pecuniaria en este contexto, que se aplica automáticamente y de forma irrestricta, se vulnerarían garantías fundamentales como el derecho de propiedad, y la tutela judicial efectiva.

Al multiplicar el impacto económico negativo sobre una entidad que ya soporta una privación definitiva de activos, la sanción motivada por los preceptos impugnados lesiona el principio de proporcionalidad, convirtiendo una regla que puede ser razonable en abstracto en una carga desproporcionada y contraria a la Constitución en el caso concreto. De este modo, la potestad sancionadora de la CMF

en esta específica *Gestión Pendiente* se ejerce desprovista de base constitucional suficiente.

VI.1- Infracción al derecho asegurado en el artículo 19, N°24, de la Carta Fundamental.

La Constitución asegura el derecho de propiedad en términos amplios, sin embargo, al mismo tiempo, permite establecer obligaciones o limitaciones a su ejercicio derivadas de la función social. Además, la Constitución permite privar de este derecho o de los atributos esenciales del mismo a su titular, ello por medio de un procedimiento expropiatorio.

Al respecto, el artículo 19 N°24 de la Constitución asegura a todas las personas:

“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (...)

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales (...).”

Como se constata, la Constitución contempla una intensa protección del derecho de propiedad. Por lo mismo restringe los elementos que constituyen la función social de la propiedad y que habilitan para la limitación del derecho de propiedad o la imposición de obligaciones en virtud de esta,

amén de los procesos expropiatorios y la subsecuente indemnización que ameritan.

En el caso de autos, el seguro de caución, definido en el Art. 582 del Código de Comercio, es un seguro de daños, no un mero instrumento abstracto de garantía a primera demanda, como la boleta bancaria. La obligación del asegurador es indemnizar, lo que implica la verificación de un daño y un siniestro, y, por tanto, comprende la oposición de alegaciones o defensas emanadas del propio de contrato de seguro de caución, tales como aquellas relativas a su existencia, causa de del siniestro, o daño patrimonial sufrido en concordancia con los principios generales del seguro (Art. 521 Código de Comercio: obligación condicional de indemnizar).

La aplicación del Art. 583, inciso final, en el contexto de la gestión pendiente (el reclamo de ilegalidad contra la sanción de la CMF por *el no pago de la indemnización*) obliga a Orsan a un pago inmediato, sin que la oposición de excepciones emanadas del contrato de seguro pueda ser invocada para condicionar o diferir dicho pago, transforma el seguro de caución a primer requerimiento en una garantía incondicional, despojándolo de su naturaleza indemnizatoria.

En este contexto, el examen de constitucionalidad debe considerar que la normativa sobre anticipos y cauciones se desenvuelve en un espacio en el que confluyen el interés público en la ejecución oportuna de obras y el derecho de propiedad de los intervinientes. La potestad estatal para exigir boletas de garantía, complementarlas o hacerlas efectivas encuentra fundamento en finalidades legítimas de política habitacional; sin embargo, su aplicación debe preservar un equilibrio razonable entre esas finalidades y las cargas patrimoniales que impone.

Desde la perspectiva del derecho de propiedad, la póliza de seguro en análisis representa un bien incorporal del constructor, afecto a limitaciones que sólo se justifican si son

proporcionales al riesgo cubierto. La facultad del Serviu para ejecutar unilateralmente esas cauciones —incluso durante la vigencia del subsidio y frente a supuestos de insolvencia— debe leerse a la luz del principio de proporcionalidad: la afectación del patrimonio de Orsan ha de ser necesaria para resguardar el correcto uso de fondos públicos y no puede traducirse en una privación arbitraria o en un sacrificio carente de compensación o remedio eficaz.

Asimismo, la restitución prevista para los casos en que no se verifique incumplimiento, junto con las reglas del Código de Comercio sobre reembolso del asegurador, refuerzan la exigencia de que el sistema preserve la integridad del derecho de propiedad. Cuando la ejecución de la garantía o el pago inmediato se convierten en transferencias definitivas, sin posibilidad real de repetición o restitución, la medida deviene en desproporcionada y vulnera el contenido esencial de dicho derecho.

La adecuada inversión de los fondos anticipados por el Serviu no puede lograrse a costa de **forzar transferencias patrimoniales definitivas** por parte de la CMF sobre la base de un instrumento concebido para dar lugar al “desacople funcional” entre el pago inmediato y la determinación posterior sobre quien soporta en definitiva el daño causado por el riesgo económico final del incumplimiento.

Debe tenerse en cuenta, además, que los anticipos son sucesivos en el tiempo y que el Serviu cuenta, si no con la propiedad del terreno edificado, al menos con una hipoteca y una prohibición de gravar o enajenar. En este sentido, conforme al art. 57 de la Ley 16.391⁹ toda obra de construcción ejecutada con fondos del SERVIU, como

⁹ Artículo 57° Toda obra o construcción ejecutada con fondos del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, de sus servicios dependientes o de las instituciones autónomas relacionadas administrativamente con el Gobierno a través de él, como asimismo, los terrenos en que tales obras se levanten y todos los demás bienes muebles destinados a incorporarse a tales obras se considerarán de propiedad y bajo la posesión de las personas jurídicas antedichas, aún en caso de no existir recepción provisional de las obras. Las obras, construcciones, los terrenos en que tales obras o construcciones se levanten y todos los demás bienes muebles destinados a incorporarse a tales obras o construcciones, se declaran inembargables para todos los efectos legales, excepto por las personas, Servicios o Instituciones que encomendaron la ejecución de dichas obras o construcciones.

asimismo los terrenos en que las obras se levante y todos los bienes muebles destinados a incorporarse a las obras se consideran de propiedad y bajo posesión del SERVIU, aún en caso de no existir recepción provisional de las obras.

Además, de acuerdo al art. 64 del D.S. N° 355¹⁰, las obras y construcciones ejecutadas con los fondos del Serviu y los terrenos en que estas se levanten, además de todos los demás bienes muebles destinados a incorporarse a las obras o construcciones, se encuentran declaradas inembargables para todos los efectos legales, y por tanto, para los efectos de la ley 20.720 sobre Insolvencia.

Frente a la liquidación concursal o insolvencia de la Constructora, el Serviu actúa como acreedor hipotecario con una preferencia concursal de la cual carece la Aseguradora. Así, el pago inmediato se convierte en transferencias definitivas sin posibilidad real de repetición o restitución, la medida deviene desproporcionada y vulnera el contenido esencial de dicho derecho.

Mientras la posición del Serviu estaba resguardada por los resguardos que provocan garantías como la hipoteca, no puede decirse que sin la multa de la CMF se habría comprometido la posición del Serviu como titular del interés general en este mercado de provisión de viviendas sociales.

El control constitucional debe, por ende, verificar que la carga económica que soporta el asegurador o el contratista sea razonable, que exista un procedimiento adecuado para discutir la procedencia del cobro y que se respete la garantía de restitución cuando no haya incumplimiento imputable.

En el caso particular de autos, donde se aplica parte del Art. 583 inc. final (pago incondicional) y, simultáneamente, existe

¹⁰ Artículo 64° Son absolutamente inembargables y no susceptibles de medida precautoria alguna todos los bienes, fondos, derechos y acciones de cualquier naturaleza que sean, que formen parte del SERVIU. Esta inembargabilidad comprende, asimismo, toda obra o construcción ejecutada con fondos del Servicio y los terrenos en que tales obras se levanten, como también los demás muebles destinados a incorporarse a tales obras, que, para estos efectos, se considerarán de propiedad y bajo la posesión del SERVIU, aún en el caso de no existir recepción provisional de las obras.

la insolvencia del tomador, la aplicación del Art. 582 inc. 2° resulta en un arma de doble filo para Orsan y en una burla para el Asegurador.

- Si se aplicara el Art. 582 inc. 2°, la cobertura otorgada a la Administración quedaría sin efecto debido a la insolvencia del tomador, frustrando el objeto de la garantía de fiel cumplimiento asociada a su naturaleza jurídica de **pago esencialmente transitorio**. Esto afectaría el derecho de propiedad y el interés público de la Administración (Asegurado).
- Pero si no se aplica el Art. 582 inc. 2° (para proteger el interés público) y se aplica parte del inciso final del el Art. 583 (pago incondicional), se fuerza a Orsan a pagar, sin poder ejercer eficazmente la acción de reembolso contra un tomador insolvente, transformando el desembolso en un pago definitivo, resguardado por una cuantiosa multa de la CMF que crece hasta el infinito por criterios de agravación de multas

Sin embargo, en la medida que la póliza de caución fue emitida precisamente para garantizar el fiel cumplimiento del anticipo inicial del 5% *frente a la Administración*, quien certificó que las obras habían alcanzado un estado de avance superior al 50%, el resultado contrario a la constitución se agrava toda vía.

Ambos preceptos, aplicados en este escenario de insolvencia, generan un resultado inconstitucional para Orsan, pues le obligan a asumir un riesgo (insolvencia) que no es el asegurado, al tiempo que le niegan la defensa de su patrimonio (Art. 19 N° 24).

En consecuencia, el resultado inconstitucional se produce al imponer un mecanismo de pago incondicional al seguro de

caución, ignorando la naturaleza conmutativa y bilateral de este contrato mercantil, y forzando a la aseguradora a asumir un riesgo de insolvencia que no es razonable que soporte, vulnerando así el principio de no confiscatoriedad inherente al derecho de propiedad.

VI.2- Infracción al derecho asegurado en el artículo 19 N°3 de la CPR, que garantiza el debido proceso, el cual comprende, entre otros, el derecho a defensa y la garantía de un justo y racional procedimiento.

La aplicación de los Preceptos Legales Inaplicables en el caso concreto producirá una contravención a los incisos segundo y sexto del artículo 19 N°3 de la CPR, que consagran el derecho al debido proceso:

Artículo 19 N°3 de la Constitución. *“La Constitución asegura a todas las personas: 3° La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.*

[Inciso segundo] Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale.

[Inciso sexto] Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El derecho al debido proceso comprende el derecho de defensa, respecto del cual este Excelentísimo Tribunal ha señalado que:

“(…) se traduce en concreto en dar todas las posibilidades al demandado para que oponga las excepciones, defensas y alegaciones que le

posibiliten desvirtuar la acción deducida por el actor, de tal manera que otorgándole dicha facultad se estará ante un debido proceso, en los términos que la Constitución Política garantiza".¹¹ (el destacado es nuestro).

En relación a la unidad del lenguaje que se impugna, el concepto de "*excepciones*" es propio del derecho procesal. Al respecto, la doctrina la ha definido como "*la contra oposición de un hecho impeditivo o negativo que excluye sus efectos jurídicos y por lo mismo la acción*".¹²

Así, en el marco de la presente causa, debemos hacer presente que el artículo 583, inciso final, interpretado como una prohibición absoluta de oponer excepciones, convierte la acción de reclamación judicial (sea el arbitraje o el reclamo de ilegalidad contra la sanción) en inocua o carente de significación real, vulnerando el derecho a defensa y el principio de bilateralidad de la audiencia.

El derecho a la acción y a un debido proceso racional y justo constituye un pilar del sistema constitucional chileno. El inciso 6° del N°3 del artículo 19 de la Constitución dispone que "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado", garantía que se ha extendido al así denominado *debido proceso administrativo*.

Esta garantía supone, específicamente, no sólo el acceso formal a un tribunal (arbitral, en este caso), sino también la posibilidad de obtener una decisión antes de que se consolide una privación patrimonial definitiva.

¹¹ STC N° 3222-16-INA, considerando 16°.

¹² CHIOVENDA, Guiseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Volumen I. Editorial Reus, 1922, p. 315.

Aplicado al régimen de pólizas de caución a primer requerimiento, este principio exige que el asegurador disponga de oportunidades reales para cuestionar la procedencia del pago o, al menos, para preservar sus derechos de repetición antes de que el sacrificio económico se torne irreversible. Cuando el ordenamiento obliga a pagar de inmediato, sin evaluar la viabilidad jurídica y económica del reembolso, y la insolvencia del Tomador impide en los hechos recuperar lo desembolsado, la carga impuesta vacía de contenido el derecho de defensa y tensiona el estándar de racionalidad y justicia exigido a todo procedimiento¹³.

Más aún, en el presente caso tan evidente es lo que venimos señalando, que se aplicó la multa del procedimiento administrativo, precisando que ello derivaba de la infracción de Orsan a la obligación legal de pagar la indemnización. Sin embargo, a los pocos días mi representada fue notificada la sentencia arbitral, en virtud de la cual se rechazó la demanda en todas sus partes, entre otros aspectos, dado que no existió siniestro. Por lo tanto, se verifica una inconsistencia y contradicción dentro de nuestro ordenamiento jurídico que debe ser enmendada.

Trasladado al caso, la controversia sobre el pago inmediato de la póliza de caución se halla estrechamente vinculada a la eficacia de la acción de reembolso y, en particular, a la solvencia del tomador.

Si —como se discutió en el juicio arbitral conexo— no concurrió siniestro, y el Tomador está en liquidación o carece de bienes suficientes, tal hecho condiciona la calificación del pago y el estatus definitivo de la afectación patrimonial del asegurador.

Esta inexistente cautela procesal protegía el debido proceso y el contenido esencial del derecho de propiedad, evitando que

¹³ Romero Seguel, Alejandro: "La prejudicialidad en el proceso civil" en: Revista Chilena de Derecho, volumen 42, N°2, 2015.

el Asegurador soportara una privación irreversible sin que se resuelva previamente la cuestión que lógicamente condiciona el litigio¹⁴.

Por otra parte, la tutela judicial efectiva, consagrada en el N°3 del artículo 19 de la Constitución y reafirmada por la jurisprudencia, no se agota en la mera posibilidad formal de acudir a los tribunales en aquellas controversias que se susciten con el Estado: exige que los mecanismos de protección sean reales, útiles y eficaces para restablecer el derecho vulnerado o impedir que su afectación se consolide. El acceso a la justicia implica, por tanto, que el titular del derecho disponga de remedios idóneos y que la sentencia pueda ejecutarse con resultados prácticos, no meramente declarativos.

En el ámbito de las pólizas de caución a primer requerimiento, la acción de reembolso cumple una función esencial, pues equilibra la obligación de pago inmediato frente al beneficiario con la preservación del carácter indemnizatorio del contrato. La acción de repetición permite que el desembolso inicial conserve la naturaleza de anticipo resarcitorio, evitando que se transforme en una transferencia patrimonial definitiva.

Sin embargo, cuando el Tomador es insolvente o carece de bienes suficientes para responder, el reembolso desaparece en los hechos y el Asegurador queda sin un mecanismo judicial eficaz para recomponer su patrimonio.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que un derecho carente de vías efectivas para su realización no satisface el estándar de tutela que la Constitución Política de la República garantiza. Un sistema que obliga a efectuar un pago significativo sin evaluar la viabilidad de su recuperación impone al asegurador un sacrificio patrimonial que excede la finalidad legítima de protección del interés tutelado por el

¹⁴

Ibíd.

Serviu y frustra la función misma del proceso como herramienta de reparación o defensa.

Este déficit es evidente cuando las normas que fundamentan la sanción administrativa —como la multa impuesta por la CMF— se dicta sin ponderar si la Aseguradora conserva un remedio real para recuperar lo pagado o para impugnar la procedencia del siniestro. La privación patrimonial se vuelve entonces definitiva, sin cauces idóneos para restablecer la situación alterada, y la tutela judicial se reduce a un rito formal sin capacidad de evitar el daño.

La efectividad de los remedios es, por ello, un límite constitucional que debiera condicionar la aplicación del régimen de primer requerimiento. Para que la obligación de pago inmediato sea compatible con la garantía de tutela judicial, debe existir —al menos en perspectiva razonable— una vía procesal que permita reclamar lo pagado indebidamente o en exceso y hacerlo con expectativas reales de éxito y ejecución, cuestión vedada por los preceptos impugnados.

Cuando esa expectativa desaparece por la insolvencia del Tomador o por la falta de bienes ejecutables, la medida deja de ser un instrumento de cobertura y se convierte en una expropiación encubierta del patrimonio de la aseguradora, incompatible con el N°3 del artículo 19 de la Constitución y con el contenido esencial del derecho de propiedad.

VI.3- Infracción al principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, reconocido implícitamente en el N°26 del artículo 19 de la Constitución, exige que toda limitación al ejercicio de los derechos fundamentales sea establecida por ley, persiga fines legítimos y no afecte el contenido esencial de esos derechos. Este principio opera como criterio rector para evaluar la constitucionalidad de

normas o actos administrativos que inciden sobre bienes patrimoniales, garantizando que las cargas públicas mantengan un equilibrio razonable entre el interés general y la esfera de libertad o propiedad de los particulares.

Pese a que los Preceptos Legales Inaplicables persiguen un fin legítimo (proteger la seriedad y confianza en el seguro de caución como sustituto del dinero en efectivo) su aplicación al caso concreto exige ponderar si la afectación al derecho de propiedad del asegurador es compatible con el principio de proporcionalidad, conforme a los N°24 y N°26 del artículo de la Constitución.

Como lo ha fallado el Tribunal Constitucional, pasar por un examen de proporcionalidad supone “perseguir fines lícitos, constituir una limitación un medio idóneo o apto para alcanzar tal fin y resultar el menoscabo o limitación del derecho [que sirva de parámetro de control], proporcional al beneficio que se obtiene en el logro del fin lícito que se persigue”¹⁵. La respuesta es negativa, por las razones que siguen.

Asimismo, la vulneración al principio de proporcionalidad en la aplicación de las normas en cuestión, han impuesto un gravamen excesivo e innecesario, incompatible con nuestro ordenamiento constitucional.

En efecto, si bien la exigencia de pago inmediato y la facultad de cobro de las pólizas son, en principio, adecuadas para caucionar el correcto uso de los anticipos, esta finalidad pública solamente se cumple de un modo compatible con la Constitución si la Aseguradora conserva una acción de reembolso que sea jurídicamente eficaz y económicamente viable. En el momento en que dicha acción desaparece, lo que ocurre típicamente ante la insolvencia del Tomador, la indemnización deja de ser un anticipo soportado transitoriamente y se convierte en una transferencia definitiva de patrimonio, lo cual desnaturaliza la función del seguro y

¹⁵ STC N°1.182-08-INA, considerando 21°. En idéntico sentido, STC N°1.201-08-INA, considerando 21°.

pone en riesgo la solvencia del sistema. Además, debemos notar que el interés público ya estaba resguardado por la propia regulación, a través de la propiedad pública del Inmueble, o por la hipoteca y la prohibición de gravar que el Tomador pactó en beneficio del Serviu. Es un aforismo aplicable aquí que, frente a obras ya edificadas, los anticipos se entienden bien utilizados.

En este contexto, la ejecución automática no era indispensable para proteger el interés general, pues existían alternativas igualmente eficaces, pero intrínsecamente menos gravosas para los derechos fundamentales de Orsan. Entre estas alternativas podíamos considerar la ejecución parcial condicionada al avance de las obras; la exigencia de una sentencia o procedimiento previo que acreditara definitivamente la inexistencia del siniestro; y la ponderación de otras cauciones sucesivas, incluyendo la hipoteca ya constituida a favor del Serviu. Estas medidas menos restrictivas habrían permitido alcanzar el fin público sin imponer al asegurador un sacrificio patrimonial definitivo. El Tribunal Constitucional exige que la consecución del interés público legítimo debe evitar daños innecesarios, y la posibilidad real de reclamar ante la judicatura es un elemento decisivo en este examen.

Debe recordarse que las aseguradoras, al estar obligadas a provisionar reservas técnicas, pueden soportar razonablemente la duración de un litigio. Por lo tanto, el Serviu podía esperar el resultado del juicio que él mismo inició —y que, finalmente, le resultó adverso— sin que ello comprometiera el bien jurídico protegido, que es la adecuada inversión de los anticipos. La evidencia disponible, incluyendo la existencia de múltiples pólizas posteriores a la Póliza-Orsan, acreditó que el anticipo había sido correctamente destinado a la construcción, demostrando que la aplicación indiscriminada de la ejecución automática reveló un uso desproporcionado de las prerrogativas administrativas. Por

ende, la medida no superaba el juicio de necesidad, pues existían mecanismos menos restrictivos que mantenían el equilibrio entre el interés público y el derecho de propiedad.

Finalmente, la afectación económica deviene excesiva porque el pago inmediato se transforma en una transferencia patrimonial definitiva a favor del Serviu, sin restitución ni preferencia concursal similar, a pesar de que este último es, a lo menos, acreedor hipotecario del Inmueble. En escenarios de insolvencia del Tomador, los preceptos legales dejan de equilibrar el interés público y el derecho de propiedad, vulnerando el contenido esencial de este último, pues el sacrificio se convierte en una privación patrimonial irreversible, incompatible con el N°24 del artículo 19 de la Constitución.

Así, de manera inevitable, las aseguradoras internalizan estos costos en sus primas, restringiendo la oferta de garantías en sectores críticos como la vivienda social, dado que el precio relativamente bajo de estos productos reposa en el delicado equilibrio que proporciona la acción de reembolso. La desproporcionalidad es máxima si consideramos que, en este mercado, el inmueble suele permanecer en propiedad del Serviu, reduciendo *de facto* el derecho de prenda general de la aseguradora. Intentar despojar a Orsan de 32.000 UF más una multa considerable, bajo amenaza de sanción, impone una carga que es desproporcionada y totalmente incompatible con el núcleo esencial del derecho de propiedad.

VIII.- CONCLUSIÓN

Si bien las transferencias patrimoniales de las aseguradoras no son inconstitucionales *per se*, la aplicación de los Preceptos Legales Inaplicables a esta Gestión Pendiente produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República. El aforismo que resume **la tesis es: “no a este precio”**.

Los preceptos impugnados en el caso *sublite* permiten a la CMF su aplicación automática, sin considerar la insolvencia del Tomador ni la eficacia real de la acción de reembolso (un elemento estructural del contrato), desnaturalizan el seguro de caución. Se transforma así un anticipo esencialmente transitorio en una transferencia patrimonial definitiva soportada por Orsan.

Orsan percibió una prima neta de 1.249,51 UF, pero se pretendía obligarla a soportar definitivamente 32.763,78 UF, lo cual afecta la libertad contractual, la conmutatividad y la garantía constitucional del derecho de propiedad.

La aplicación de las normas impugnadas por la CMF impone un sacrificio patrimonial desmedido, no satisfaciendo el principio de proporcionalidad. El traslado del riesgo de insolvencia vulnera los números 24 y 26 del artículo 19 de la Constitución.

La multa impuesta (3.000 UF), que excede el 240,09% de la prima neta, agrava este desequilibrio y traslada a la Aseguradora el riesgo de insolvencia del Tomador, riesgo ajeno a la estructura del contrato de caución.

Asimismo, la aplicación automática de las normas impugnadas ha impedido considerar la sentencia o el acto decisorio sobre un cuadro fáctico-jurídico consolidado, lo cual garantiza el debido proceso y la tutela judicial efectiva para la acción de reembolso de Orsan.

La declaración de inaplicabilidad de la norma impugnada a este caso específico respetaría los derechos constitucionales de la recurrente.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto y disposiciones constitucionales y legales citadas y pertinentes, especialmente lo dispuesto en los artículos 5°, 6°, 7°, y 19 N°s 3°, 24° y 26° de la Constitución Política de la República; y, artículos 31 N°6, 79, 80, y 81 de la Ley Orgánica

Constitucional del Tribunal Constitucional, **SOLICITO A US. EXCMA.** tener por interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del inciso segundo del artículo 582 y de parte del inciso final del artículo 583, ambos del Código de Comercio, por cuanto dichas disposiciones, de ser aplicadas, producen resultados contrarios a la Constitución Política en el procedimiento de apelación de reclamo de ilegalidad tramitado bajo el Ingreso N°35.756-2025 ante la Excma. Corte Suprema, admitirlo a tramitación, declararlo admisible y, luego de los trámites de rigor, acogerlo en todas sus partes, declarando que dicha normativa no podrá ser aplicada en el procedimiento indicado, por producir resultados contrarios a la Constitución.

PRIMER OTROSÍ: Atendido lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley Orgánica Constitucional de este Excmo. Tribunal, y siendo fundamental para asegurar el **cumplimiento efectivo de la sentencia** que emane de esta Magistratura, solicito a US. Excma. **decretar la suspensión del procedimiento** en que incide apelación al reclamo de ilegalidad impetrado en contra de la Comisión para el Mercado Financiero, que se tramita ante la Excma. Corte Suprema bajo el Ingreso N° 35.756-2025.

Sobre el particular, se ha señalado por esta Magistratura que la suspensión del procedimiento constituye una medida cautelar que busca asegurar que la sentencia de este Excelentísimo Tribunal tenga el efecto esperado en el proceso donde se produce el conflicto constitucional, buscando asegurar el resultado de una eventual declaración de inaplicabilidad que, sin la suspensión del procedimiento, resultaría ineficaz, pues sus efectos eventualmente no podrían concretarse¹⁶.

¹⁶ STC N°944-07-INA, considerando 12°

En el mismo sentido, la doctrina autorizada indica que la suspensión del procedimiento está destinada a impedir que se innove en el proceso donde producirá efecto la sentencia, teniendo como fundamento la necesidad de mantener el estado material de la cosa litigiosa o la situación de hecho existente en el pleito (*statu quo ante bellum*).¹⁷

Sírvase S.S. Excmo. TC: acceder a lo solicitado, decretando la suspensión del procedimiento indicado, en los términos planteados.

SEGUNDO OTROSÍ: Acompaño los siguientes documentos en los términos del Art. 79 de la Ley Orgánica Constitucional:

1. Copia del Reclamo de Ilegalidad deducido ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago.
2. Copia de la apelación a la sentencia que rechazó el reclamo de ilegalidad, para ser conocido ante la Excma. Corte Suprema.
3. Certificado emitido por la secretaría de la Excma. Corte Suprema, en que consta la existencia y estado procesal de las Gestiones Pendientes y la calidad de parte del requirente.
4. Copia de la Resolución Exenta N° 10.611 de 15 de noviembre de 2024, dictada por la CMF, que rechazó la reposición, y copia de la Resolución sancionatoria
5. Copia de la sentencia arbitral y de la resolución que concede el Recurso de Apelación pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Sírvase SS. Excmo. TC: Tenerlos por acompañados, con citación.

¹⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan. *La suspensión del procedimiento como medida cautelar en la Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad de la ley en Cuadernos del Tribunal Constitucional*. N°37, 2008, p. 28.

TERCER OTROSÍ: En función del Certificado de Gestión Pendiente acompañados bajo el N°5 del otrosí anterior, en relación con lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley Orgánica Constitucional de este Excmo. Tribunal Constitucional, en relación con sus artículos 79 y 80, pido acoger a trámite esta acción de inaplicabilidad considerando que esta cuestión es promovida por una de las partes de las Gestiones Pendientes, promoviendo la acción de inaplicabilidad y acompañando el certificado expedido por la Excma. Corte Suprema.

En este certificado consta el tribunal que conoce de las Gestiones Pendientes, constando en tales documentos la existencia de ésta, el estado en que se encuentra, la calidad de parte de Orsan y el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados.

Sírvase este Excmo. TC: Acceder a lo solicitado, acogiendo a trámite esta acción.

CUARTO OTROSÍ: Para efectos de cumplir con lo dispuesto en el inciso final del artículo 42 de la Ley del Tribunal Constitucional, señalo como medio de notificación electrónica, el siguiente *email* de contacto lsandoval@pslg.cl

Sírvase este Excmo. TC: Tenerlo presente.

QUINTO OTROSÍ: Ruego a US. Excma. tener presente que asumo personalmente el patrocinio y poder en la presente causa, con domicilio y correo electrónico ya singularizados. Asimismo, acompaña copia de mandato judicial en el cual consta mi personería para representar a Orsan.

Sírvase este Excmo. TC: Tenerlo presente y por acompañado con citación el mandato judicial señalado.