

DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y ACCIÓN DECLARATIVA DE MERA CERTEZA

(COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL ROL N° 3.283)

CRISTIAN ROMÁN CORDERO

RESUMEN: La sentencia del TC Rol N° 3.283 dirime acertadamente la contienda de competencia promovida por la CGR entre ella y el 29° Juzgado Civil de Santiago, pues, siendo el régimen previsional al que están adscritos los funcionarios de la DGAC una materia sobre las cuales corresponde a ella informar exclusivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCCGR, y así lo ha hecho, a través de una serie de dictámenes que conforman su *jurisprudencia administrativa* sobre el particular, la interposición de una acción declarativa de mera certeza, requiriendo que se declare judicialmente una interpretación de la ley distinta, y que dicho tribunal ha entrado a conocer, no obstante ser improcedente (por cuanto los dictámenes de la CGR sí pueden ser impugnados, pero en forma directa, y no oblicua, y por cuanto la *jurisprudencia administrativa* que ellos contienen está dotada con una *presunción de certeza jurídica*, razón por la cual no podría haber incertidumbre jurídica sobre esa materia –supuesto básico de esa acción–) o estar mal planteada (por cuanto se ha requerido una declaración judicial general y abstracta, lo que es del todo ajena a la jurisdicción), hace que aquel, con ese solo hecho, desborde no solo los límites de la señalada acción, sino que incluso los de la jurisdicción, la que de esta forma resulta desnaturalizada y su falso ejercicio adquiere características propias de la potestad dictaminante de la CGR, invadiendo así su esfera competencial –sustituyéndola– y, asimismo, poniendo en entredicho el *sistema de interpretación de la ley administrativa*, así como sus virtudes, muy especialmente la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE: Contraloría General de la República, CGR, potestad dictaminante, dictámenes, jurisprudencia administrativa, Tribunales de Justicia, acción declarativa de mera certeza, jurisprudencia judicial, contienda de competencia, Dirección General de Aeronáutica Civil, DGAC, Caja de Previsión de la Defensa Nacional, CAPREDENA.

SUMARIO: 1. La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.283: antecedentes y síntesis 2. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.283. 3. Conclusiones.

1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 3.283: ANTECEDENTES Y SÍNTESIS¹

1. Antecedentes

(A).- El caso. La CGR (con fecha 24/11/2016) promovió una contienda de competencia entre ella y el 29° Juzgado Civil de Santiago, en conformidad a lo previsto en el artículo 93, N° 12, de la CPR². Ello por cuanto dicho juzgado entró a conocer de una acción declarativa de mera certeza deducida por el abogado Héctor Rodríguez Mendoza, en representación de 869 funcionarios de la DGAC, en contra del Fisco de Chile, ese servicio público y la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA)³, caratulada “Mendoza Rodríguez, Héctor, con Fisco de Chile y otros”. Mediante esa acción se solicitó a dicho tribunal interpretar la ley, poner “término a una situación de incertidumbre jurídica” y, en específico, determinar a qué régimen previsional están adscritos los demandantes, personal del señalado servicio público; postulando que es el mismo al que está adscrito el personal de las FFAA (CAPREDENA), y no a aquel al que se refiere el DL N° 3.500 (AFPs).

En lo medular, la CGR fundó esta contienda en el hecho que, conforme a lo previsto en el artículo 6° de la LOCCGR, corresponde a ella informar exclusivamente sobre estas materias (“...derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos...”). Y, a la sazón, ya había dictaminado reiterada y uniformemente (desde 2004) que, por mandato expreso de la CPR y de la Ley N° 18.458, los funcionarios de dicho servicio

¹ Tabla de Abreviaturas: CGR: Contraloría General de la República. CDE: Consejo de Defensa del Estado. COT: Código Orgánico de Tribunales. CPC: Código de Procedimiento Civil. DGAC: Dirección General de Aeronáutica Civil. DL: Decreto Ley. FFAA: Fuerzas Armadas. LBPA: Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos. LOCBGAE: Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. LOCCGR: Ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República. LOCTC: Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. TC: Tribunal Constitucional. TJ: Tribunales de Justicia.

² Este precepto constitucional dispone: “Artículo 93.- Son atribuciones del Tribunal Constitucional: 12°.- Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado;”.

³ Causa Rol N° 25.213-2016, seguida ante el 29° Juzgado Civil de Santiago.

público –salvo excepciones– estaban adscritos al régimen al que se refiere el DL N° 3.500 (AFPs)⁴.

El TC (2ª Sala⁵), a través de la sentencia Rol N° 3.283 (de fecha 18/1/2017), objeto de este comentario, por unanimidad, dirimió esta contienda de competencia a favor de la CGR.

(B).- El caso en paralelo. A modo de contexto, cabe destacar que, a la par, se tramitaba otra acción declarativa de mera certeza, deducida por el mismo abogado, en representación de otros 1.317 funcionarios de la DGAC, contra el Fisco de Chile y dicho servicio público, caratulada “Rodríguez Mendoza, Héctor, con Fisco de Chile y DGAC”⁶. De ella conoció, igualmente, el 29º Juzgado Civil de Santiago⁷, y (con fecha 18/3/2016) la rechazó; más la Corte de Apelaciones de Santiago⁸ (en voto dividido, con fecha 9/8/2016) revocó dicha sentencia, y acogió la demanda, declarando, en consecuencia, que los demandantes sí estaban adscritos al régimen previsional de las FFAA (CAPREDENA), “debiendo los demandados revertir los efectos de la aplicación errónea de las normas previsionales a los demandantes”⁹.

⁴ Dictámenes de la CGR N°s 57.281-2004, 4.976-2005, 37.117-2006, 49.994-2007, 74.525-2011, 57.679-2014 y 78.329-2016.

⁵ En efecto, conforme dispone el artículo 12, N° 2, de la Ley N° 17.997, LOCTC: “Artículo 32. Corresponderá a las salas del Tribunal: 2. Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado”. Esta Sala estuvo integrada por los Ministros señores Carlos Carmona Santander (Presidente), Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, señora María Luisa Brahm Barril y señor Cristian Letelier Aguilar.

⁶ La demanda requería al 29º Juzgado Civil de Santiago que “acoja y declare que 1) A los funcionarios que representa y que desempeñan sus labores en la Dirección General de Aeronáutica Civil, les corresponde la aplicación del sistema previsional contemplado en el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de la Subsecretaría de Guerra; 2) Como consecuencia de ello, el demandado debe revertir los efectos de la aplicación errónea de las normas previsionales, a los actores; y, 3) Que la demandada debe pagar las costas”.

⁷ Sentencia del 29º Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 4.017-2012.

⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4.049-2016.

⁹ Esta sentencia, en lo medular, sostuvo: “se acoge la demanda intentada a fojas 51 por don Héctor Eduardo Rodríguez Mendoza, abogado, en representación convencional de los allí individualizados, en contra del Fisco de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado y de la Dirección General de Aeronáutica Civil representada por su Director, en consecuencia, se declara que a cada uno de los actores y que desempeñan sus labores en la Dirección General señalada, les corresponde la aplicación del sistema previsional contemplado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de la Subsecretaría de Guerra, debiendo los demandados revertir los efectos de la aplicación errónea de las normas previsionales a los demandantes”.

Contra dicha sentencia, el CDE dedujo recurso de casación en el fondo. Estando este recurso en tramitación ante la CS¹⁰, la CGR (con fecha 18/12/2016) promovió una contienda de competencia entre ella y la CS ante el H. Senado (por tratarse de un Tribunal Superior), conforme a lo dispuesto en el artículo 53, N° 3, de la CPR¹¹. Y este (con fecha 6/3/2018) por 16 votos a favor y 12 en contra, la dirimió a favor de la CGR¹²¹³. Vale decir, en el mismo sentido que lo había hecho el TC, respecto de la contienda de competencia promovida por

¹⁰ Causa Rol N° 76.325-2016, seguida ante la CS.

¹¹ Este precepto constitucional dispone: “Artículo 53.- Son atribuciones exclusivas del Senado: 3) Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia”.

¹² Cabe consignar que, mediante oficio N° 64/SEC/18 del Presidente del H. Senado, de fecha 6/3/2018, se comunicó a la CS esta decisión, en los siguientes términos: “comunico a Su Excelencia que el Senado acordó lo siguiente: - Que se acoge la solicitud del señor Contralor General de la República planteada mediante oficio N° 093000, de fecha 28 de diciembre de 2016. - Que, en consecuencia, la Excelentísima Corte Suprema no es competente para avocarse al conocimiento del recurso de casación deducido en los autos Rol N° 76.325-2016. Los fundamentos que sustentan el acuerdo precedente se consignan en los correspondientes ejemplares del Diario de Sesiones del Senado, los cuales serán acompañados oportunamente”. Y en razón de él, la CS, mediante Resolución de Pleno N° 16-2018, de fecha 12/3/2018, resolvió: “se omite pronunciamiento respecto del recurso de casación deducido en causa Rol 4.017-2012 del 29° Juzgado Civil de Santiago, caratulada “Rodríguez con Fisco”, ingresada a esta Corte Suprema bajo el N° 76.325-2016. Devuélvanse los autos antes mencionados”, con la prevención del Presidente señor Brito y los Ministros señor Silva y señoras Chevesich y Muñoz, que es del siguiente tenor: “entendiendo que los efectos de lo resuelto por el Senado de la República implica que los tribunales ordinarios de justicia quedan excluidos para conocer todo lo concerniente a la demanda incoada ante el 29° Juzgado Civil de Santiago, por la que se pretende –en lo esencial– que se declare que a los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil individualizados en el libelo les es aplicable el sistema previsional contemplado en el DFL N° 1 de la Subsecretaría de Guerra atendidos los términos que se planteó, fueron de opinión que así debía declararlo esta Corte, previo a devolver los autos a la instancia que corresponde”.

¹³ Cabe precisar que, a la fecha del cierre del presente trabajo (13/5/2018), este caso aún sigue en discusión. En efecto, el demandante ha solicitado el “cúmplase” de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, toda vez que, sostiene, la contienda de competencia promovida por la CGR ante el H. Senado diría relación solo respecto de la CS, en lo concerniente a la casación en el fondo que ante ella se tramitaba (lo cual podría colegirse de la Resolución de Pleno N° 16-2018, a la luz de la prevención de algunos ministros); en tanto que el CDE ha solicitado, derechamente, el archivo de la causa. Con fecha 4/4/2018, la Corte de Apelaciones de Santiago (5ª Sala), resolvió: “Por recibidos los antecedentes desde la Excm. Corte Suprema. Cúmplase y devuélvanse los autos a primer instancia a efectos de su archivo”, resolución contra la cual el demandante, con fecha 9/4/2018, dedujo recurso de reposición y apelación subsidiaria, el cual, con fecha 9/5/2018, fue rechazado, concediéndose la apelación subsidiaria y elevándose los autos al efecto.

la CGR entre ella y el 29º Juzgado Civil de Santiago, un año antes, a través de la sentencia que es objeto del presente comentario.

(C).- Otros casos análogos recientes. Finalmente, cabe señalar que, a la fecha de cierre del presente trabajo (mayo 2018), el CDE ha promovido ante el TC tres nuevas contiendas de competencia entre la CGR y Juzgados Civiles, pues estos han entrado a conocer acciones declarativas de mera certeza, en las que se les requiere cierta interpretación de la ley, en circunstancias que existe *jurisprudencia administrativa* de la CGR que establece una distinta. La primera de ellas ha sido promovida, mediante escrito ingresado el pasado 30/4/2018, con el 18º Juzgado Civil de Santiago, y la cuestión de fondo discutida dice relación con el régimen previsional de 76 trabajadores de Astilleros y Maestranzas de la Armada (ASMAR)¹⁴, y las dos restantes, mediante escrito ingresado el 3/5/2018, con el 28º Juzgado Civil de Santiago, y la cuestión de fondo discutida dice relación con el régimen de remuneraciones de 4 (y luego 1) funcionarios de Carabineros¹⁵.

¹⁴ Contienda de competencia promovida por el CDE ante el TC (Rol N° 4.672, por escrito ingresado el pasado 30/4/2018) entre la CGR y el 18º Juzgado Civil de Santiago, pues este entró a conocer de una demanda (Rol N° C-5.928-2018) deducida por el abogado Claudio Venegas Ramis, en representación de 76 personas que se identifican como trabajadores de Astilleros y Maestranzas de la Armada (ASMAR), en contra del Fisco de Chile y CAPREDENA, y en la que requiere que declare judicialmente “Que mis representados deben ser incorporados como beneficiarios o afiliados de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, CAPREDENA, con todos los beneficios previsionales que de ello se desprenda, disponiendo que los fondos acumulados por cada uno de ellos que actualmente se encuentren en las Administradoras de Fondos de Pensiones AFP, sean remitidos a la referida Caja de Previsión”, en circunstancias que existe jurisprudencia administrativa de la CGR en un sentido diverso sobre el particular.

¹⁵ Estas son:

(i).- Contienda de competencia promovida por el CDE ante el TC (Rol N° 4.688, por escrito ingresado el pasado 3/5/2018) entre la CGR y el 28º Juzgado Civil de Santiago pues este entró a conocer de una acción declarativa de mera certeza (Rol N° C-362-2018), deducida por el abogado Juan Luis Railef Balmaceda, en representación de 4 funcionarios de carabineros, en contra del Fisco de Chile, y en la que se requiere se “establezca que Carabineros de Chile, a través de su Dirección de Gestión de Personas Departamento P.7. de Carabineros, dependiente de la Dirección Nacional de su Personal, está obligada a reconocer a cada uno de mis representados el derecho a percibir la remuneración correspondiente a la escala de sueldos grado 8, de conformidad a lo establecido en el transcrito artículo 43 letra d), con expresa condenación en costas”, en circunstancias que existe *jurisprudencia administrativa* en un sentido diverso sobre el particular.

Cabe destacar que en este caso el demandante dedujo un requerimiento de inaplicabilidad ante el TC (Rol N° 4.585), teniendo por gestión pendiente la causa antes indicada, en contra del artículo 6º de la LOCCGR (en el que el CDE ha sustentado la

2. Síntesis de la sentencia

(A). *Escritos principales*¹⁶

(a).- Contraloría General de la República. Al promover esta contienda de competencia, sostuvo:

- Que es de su exclusiva competencia la interpretación de la normativa legal aplicable a los órganos de la Administración del Estado y sus funcionarios, conforme disponen artículos 98 de la CPR y 1°, 5° y 6° de la LOCCGR. Especialmente este último, en tanto precisa que corresponde exclusivamente a la CGR, a través de sus dictámenes, “informar 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, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y

excepción de incompetencia absoluta de la jurisdicción ordinaria para conocer de esos autos pues la judicial solicitada a través de la acción de mera certeza deducida interferiría el ejercicio de la potestad dictaminante por parte de la CGR). Sostuvo al efecto que dicho precepto (en tanto permite a la CGR informar exclusivamente las materias que indica) establecería una excepción a la regla general de que todo acto de los órganos del Estado puede ser objeto de control judicial, lo que contravendría lo dispuesto en los artículos 19 N° 2, inciso 2° y 19 N° 3, inciso 6°, de la CPR. El TC, con fecha 8/5/2018, declaró inadmisibles dichos requerimientos de inaplicabilidad (por tres votos a favor y dos en contra) pues, sostuvo, dada la alegación del CDE, el precepto no era decisivo para la resolución de dicha gestión pendiente, ya que en ella no resulta cuestionada la revisión judicial de los dictámenes (en cuyo caso sí lo sería) sino que “Lo que allá plantea la defensa del Estado es que, en el marco de la declaración de mera certeza, el tribunal de la causa no tendría facultades para emitir una interpretación sustitutiva –como acto administrativo de reemplazo– de aquella que, en la materia, ya expidió dicha entidad fiscalizadora”.

(ii).- Contienda de competencia promovida por el CDE ante el TC (Rol N° 4.689, por escrito ingresado el 3/5/2018), entre la CGR y el 28° Juzgado Civil de Santiago. Es idéntico al anterior. La acción declarativa de mera certeza que conoce dicho tribunal (Rol C-2.248-2018) ha sido deducida por el mismo abogado pero en representación de un solo carabiniero. Igualmente, el demandante dedujo recurso de inaplicabilidad ante el TC (Rol N° 4.555), en contra del artículo 6° de la LOCCGR (por el mismo motivo), el cual, con fecha 7/5/2018, fue declarado inadmisibles (por iguales razones).

¹⁶ Esta síntesis se ha efectuado a partir de la parte expositiva de la sentencia en comentario. Se hace presente: (a).- Que se ha omitido lo informado por una funcionaria de la DGAC, Mónica Hernández, lo cual se encuentra referido en las páginas 5 y 6 de esta sentencia; y (b).- Que la línea argumental de la CGR fue abordada con mayor profundidad en la vista de la causa, razón por la cual se recomienda revisarla. Se encuentra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yWIRTFtF4dA>

reglamentos que los rigen”, los cuales conforman su *jurisprudencia administrativa*, y son obligatorios para todos los órganos y funcionarios sujetos a su fiscalización, conforme disponen los artículos 9° y 19 de la LOCCGR.

- Que, en ejercicio de la señalada potestad dictaminante, la CGR en forma reiterada y uniforme ha establecido (desde el año 2004 al 2016, en al menos siete dictámenes¹⁷) que los funcionarios de la DGAC, desde la dictación de la Ley N° 18.458, de 1985, están adscritos al sistema previsional regido por el DL N° 3.500, y que no pueden ser imponentes de CAPREDENA –salvo los casos exceptuados por la misma ley–.
- Que el 29° Juzgado Civil de Santiago, al haber dado curso a la tramitación a esta acción declarativa de mera certeza, sustituiría a la CGR en su potestad dictaminante, interpretando la legislación administrativa, excediendo sus competencias, con la consecuente infracción del artículo 7° de la CPR. A mayor abundamiento, los TJ carecen de facultades para declarar en forma general y abstracta la normativa aplicable a los funcionarios y órganos de la Administración, relativa a pensiones y jubilaciones, pues en su función jurisdiccional conferida por el artículo 76 de la CPR, les prohíbe mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos, o actuar fuera de los “negocios de su competencia”, como acontece en este caso, en que la competencia corresponde a la CGR. Con todo, nada obsta al control jurisdiccional, que puede proceder contra sus dictámenes, lo que no acontece en la especie.
- Que, por tanto, al dar curso a la tramitación de la demanda, el 29° Juzgado Civil de Santiago se inmiscuye en competencias exclusivas y excluyentes de la CGR, y pretende sustituirla en su cometido, transgrediendo con ello la CPR y las leyes. Se configuraría así la contienda de competencia, en tanto un juez de un tribunal inferior de justicia está lesionando e interfiriendo en las funciones constitucionales y legales de la CGR.

¹⁷ Cita al efecto sus dictámenes N°s 57.281-2004; 4.796-2005; 37.117-2006; 42.994-2007; 74.525-2011; 57.679-2014; y 78.329-2016.

(b).- 29° Juzgado Civil de Santiago. Este, a través de su jueza suplente, señora María Cecilia Morales, informó, en síntesis, lo que sigue:

- Que aun cuando no exista norma jurídica que haga mención expresa a las acciones declarativas de mera certeza, el juez, en atención al principio de inexcusabilidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 6°, 7° y 76 de la CPR, y 1°, 5°, 7° y 10° del COT, debe dar tramitación, conocer y fallar el asunto sometido a su decisión, incluso a falta de ley que lo resuelva, conforme al procedimiento ordinario supletorio dispuesto por el artículo 3° del CPC.
- Que se trata de un caso concreto sometido a su decisión, en que los demandantes pretenden una interpretación de la norma diversa a la de la autoridad administrativa, y los demandados instan porque aquella interpretación se mantenga, lo que evidentemente importa un asunto contencioso en el que el juez debe efectuar su labor interpretativa y fallar conforme a Derecho.

(B).- Sentencia. Esta dirimió esta contienda de competencia a favor de la CGR. En lo medular, sostuvo:

- Que, en lo “atinentes al fondo de la cuestión debatida, cabe subrayar que sobre el estricto ámbito de aplicación personal que posee el régimen previsional de las Fuerzas Armadas, reposa la vigencia de una normativa clara y precisa en la materia, que únicamente lo hace aplicable al personal del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”¹⁸. En otras palabras, que el personal de

¹⁸ Considerando 4°. Al respecto, en lo medular, señala que la Ley N° 18.458 reservó el régimen de CAPREDENA “solo al personal de las Fuerzas Armadas, que por disposición constitucional (artículo 101, inciso primero) están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea” (Considerando 8°). Y que la “ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948, reiteró el principio restrictivo que inspiró la dictación de la anterior Ley N° 18.458, al disponer en los artículos 61 (63) y 62 (64) que el régimen de previsión y de seguridad social que le es propio, únicamente se aplica al personal de planta de esas instituciones, al personal de reserva llamado al servicio activo y a los alumnos de las escuelas institucionales” (Considerando 10°). Y que ello obedece al objetivo de “asegurar un régimen especial solo para quienes asumen los riesgos y la carrera profesional que ello implica, las leyes ulteriores que han ido excluyendo a algunos imponentes que no reunían esas condiciones de trabajo.” (Considerando 12°). Agregando que “Que, acorde con lo razonado precedentemente, procede aseverar que existe una normativa clara y precisa en lo relativo a

la DGAC no está adscrito al régimen previsional de las FFAA, sino al regido por el DL N° 3.500¹⁹.

- Que dicha normativa “puede ser modificada, con imperio por sobre todo el Estado, pero únicamente por decisión de los Poderes colegisladores y, eventualmente, del propio TC. Esta normativa previsional relativa a funcionarios públicos puede ser interpretada entretanto, con fuerza general y obligatoria para la Administración del Estado, pero solamente a través de dictámenes que toca pronunciar exclusivamente a la CGR”²⁰. En consecuencia, “Alterar esta premisa básica y cierta [que el sistema previsional de las FFAA rige solo a sus funcionarios –nota nuestra–, para incorporar al estatuto previsional castrense a todo un cuerpo de funcionarios civiles, amerita por consiguiente un cambio constitucional y legal radical, que excede una interpretación meramente judicial”²¹. Por tanto, “desborda las potestades judiciales pretender que un tribunal –eludiendo dichos órganos e instancias constitucionales– expida una sentencia donde se interpreten genérica y retroactivamente los textos constitucionales y legales que rigen la materia, a fin de incorporar al sistema previsional castrense a funcionarios ajenos a las instituciones armadas”²².

quienes se encuentran afiliados al régimen previsional de las Fuerzas Armadas: solo el personal del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, a que se refiere la Carta Fundamental, en su artículo 105, inciso primero, la Ley orgánica constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948, artículos 61 (63) y 62 (64), y la Ley N° 18.458, en su artículo 1°.” (Considerando 21°).

- ¹⁹ En el Considerando 14° sostiene que “el artículo 3° de la Ley N° 18.458 (así como sus artículos 6° y 7°) dispusiera que los funcionarios de los servicios u organismos vinculados al Ministerio de Defensa, pero que no son integrantes de las Fuerzas Armadas, debían quedar afectos al sistema previsional establecido en el DL N° 3.500, de 1980, por ser precisamente este el régimen previsional común aplicable a los funcionarios y trabajadores en el país, y de conformidad con el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, N° 2, de la Constitución.” (Considerando 14°).
- ²⁰ Considerando 4°. En el mismo sentido, en el Considerando 21° agrega que “Incorporar otra clase de personal a dicho régimen, entraña modificar esa normativa, lo cual exige la concurrencia de los Poderes colegisladores y, eventualmente, de este mismo Tribunal Constitucional. Intertanto, tal normativa puede ser informada de un modo generalmente obligatorio, para toda la Administración del Estado, solo por la Contraloría General de la República, precisamente por concernir al régimen previsional aplicable a funcionarios públicos” (Considerando 21°).

²¹ Considerando 14°.

²² Considerando 4°.

- Que “no existen actos estatales exentos de revisión jurisdiccional. (...) Solo vale como Estado de Derecho, por demás, aquel donde hay cabida al control jurisdiccional sobre la Administración”²³. Mas la “acción declarativa de mera certeza que, concebida por los tribunales para dilucidar una situación de incertidumbre jurídica, en que se encuentra una persona frente a un acto u omisión administrativa dados, ha pasado en algunos casos a aceptarse derechamente como un medio para impugnar determinados actos de la Administración”, pero “no alcanza a la modificación o exclusión de normas legales vigentes, cuestión que, como se ha señalado, excede las competencias jurisdiccionales y se inmiscuye derechamente en el ámbito reservado al legislador, sin perjuicio de afectar también las facultades interpretativas de tales normas por parte de la CGR”²⁴.
- Que, siendo la CGR parte de la Administración del Estado²⁵, es indudable que sus actos son recurribles ante los tribunales, incluyendo sus dictámenes²⁶, “esto es, aquellos actos en que dicha entidad fiscalizadora informa –con alcance general y efectos retroactivos– acerca de las leyes y reglamentos que rigen a la Administración”²⁷. Mas precisa que “La impugnación requiere, lógicamente, individualizar los pronunciamientos que se estiman contrarios al ordenamiento jurídico o –para lo que atinge a una acción declarativa de mera certeza– que habrían creado una situación de incerteza donde antes no la había. En cuyo último caso, a los tribunales les es dable declarar cuál es la voluntad del Legislador, aplicable a la causa concreta en que recae su sentencia. (/) Pero si el dictamen contralor es

²³ Considerandos 15º y 16º. Lo cual funda en la CPR, en sus artículos 19, N° 3, incisos 1º y 2º (derecho a la defensa jurídica) y 38, inciso 2º (“Toda persona lesionada en sus derechos por la Administración... podrá reclamar ante los Tribunales que señale la ley”), y en la LOCBGAE, en específico en sus artículos 2º (“todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”), 3º (principio de “impugnabilidad de los actos administrativos”), y 9º (“los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley (...) sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”).

²⁴ Considerando 16º.

²⁵ Con cita al artículo 1º, inciso 2º, de la LOCBGAE.

²⁶ Con cita al artículo 3º, inciso 6º, de la LBPA.

²⁷ Considerando 17º. Con cita a los artículos 5º, inciso 3º, 6º, inciso 1º, y 9º incisos 5º y 6º de LOCCGR.

jurídicamente irreprochable, solo el Poder Legislativo podría retomar su potestad normativa para cambiar la jurisprudencia administrativa, total o parcialmente, sobre la base de una diferente apreciación interpretativa de las normas involucradas”²⁸.

- Que, en conclusión, “la acción de mera certeza, tiene por propósito conferir seguridad jurídica a una situación incierta. Cuyo no sería el caso, pues la situación previsional de los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil se encuentra consolidada desde 1985. De suerte que, al pedirse la reversión de este régimen, no se hace más que producir un estado de evidente incertidumbre jurídica”²⁹. “Por tanto, interfiere en las atribuciones de los órganos constitucionales señalados y exorbita las potestades judiciales, un tribunal que entra a interpretar genérica y retroactivamente los textos constitucionales y legales que gobiernan la materia, instado a ello por unos funcionarios civiles que pretenden ingresar al régimen previsional de las Fuerzas y que se revierta su actual afiliación al sistema previsional del DL N° 3.500, de 1980”³⁰.

2. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ROL N° 3.283

Estructuraremos el presente comentario en torno a las siguientes tres preguntas: 1.- ¿Es correcto que el TC en esta sentencia, a fin de dirimir la contienda de competencia, haya resuelto la cuestión de fondo discutida? 2.- ¿Había propiamente contienda de competencia? 3.- Habiendo contienda de competencia: ¿Es correcta su resolución a favor de la CGR?

1. **¿Es correcto que el TC en esta sentencia, a fin de dirimir la contienda de competencia, haya resuelto la cuestión de fondo discutida?**

Conforme se ha podido observar, la sentencia en comento entró de lleno a analizar y resolver la cuestión de fondo discutida, ya que de-

²⁸ Considerando 17°.

²⁹ Considerando 20°.

³⁰ Considerando 21°.

terminó a cuál régimen previsional están adscritos los funcionarios de la DGAC. En efecto, sostuvo que lo están a aquel regido por el DL N° 3.500, y no al de las FFAA (CAPREDENA) –salvo excepciones establecidas por la propia ley–, explayándose latamente sobre el particular (vale decir, en el mismo sentido a lo dictaminado por la CGR³¹). Cabe, entonces, preguntarse: ¿Es correcto que el TC, al dirimir esta contienda de competencia, haya procedido de esta manera? Esto por cuanto bien podría sostenerse que, al así hacerlo, ya no habría contienda de competencia, lisa y llanamente, porque ya no habría caso de fondo que resolver (pues este lo habría resuelto el propio TC a través de esta sentencia³²).

A nuestro juicio, el TC, a fin de dirimir una contienda de competencia, bien puede emplear el ordenamiento jurídico en su conjunto, ya que al efecto no se encuentra circunscrito al ámbito normativo constitucional como acontece con otras de sus atribuciones³³, y asimismo, analizarla concretamente, vale decir, atender al específico ejercicio que los órganos contendientes han realizado o realizan de las competencias en ella confrontadas (entre las cuales se produciría el conflicto, la invasión o la interferencia)³⁴. Con todo, ello en caso alguno lo autoriza para resolver derechamente la cuestión de fondo discutida, y menos aun, pretender con ello, a la vez, resolver la contienda (o bien utilizarlo como fundamento para ese efecto, ni aun a

³¹ Así, por ejemplo, sostuvo que “el dictamen contralor es jurídicamente irreprochable” (Considerando 17°), “la situación previsional de los funcionarios de la DGAC se encuentra consolidada desde 1985” (Considerando 20°), y “que se revierta su actual filiación al sistema previsional del DL N° 3.500, de 1980” (Considerando 21°).

³² Pallavicini Magnère, Julio (2017): “Rol del Senado en contiendas de competencia” (Exposición presentada en Seminario “Control de Constitucionalidad”, “Cuarta Mesa: Contiendas de competencia”, organizado por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional -25/05/2017-). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QfOvAVn6WYk&list=PLqRWyXXOYvMxpmMQ6Y5RWrJl026nPypXS&index=5> (minuto 19:38)

³³ Como acontece, por ejemplo, a propósito del requerimiento de inaplicabilidad, toda vez que el análisis que el TC debe efectuar para su correcta resolución solo debe decir relación con materias de constitucionalidad, mas no con aquellas de mera legalidad concernidas, en tanto estas son privativas del juez que ha de resolver la gestión pendiente invocada.

³⁴ En este sentido, el TC, en esta sentencia, claramente observó que “corresponde entrar a esta materia [régimen previsional al que están adscritos los funcionarios de la DGAC], no por entrometerse en la cuestión de fondo debatida ante el 29° Juzgado Civil de Santiago, sino porque solo tras un análisis sustancial del caso, se revelan las facultades de los órganos constitucionales que –aparte de las de la Contraloría General– aparecen aquí afectadas.” Considerando 6°.

modo indirecto, ya sea como refuerzo o complemento). Mas, esto es lo que precisamente aconteció en la especie, aunque –cabe precisar, desde ya– dado que la decisión adoptada por la sentencia en comento se sustentó no solo en esta línea argumental (resolver derrechamente la materia de fondo discutida), tal defecto no ha tenido en ella incidencia decisiva, razón por la cual no la invalida, aunque sí es el origen de sus muchas inconsistencias y perniciosos efectos, conforme a continuación veremos.

En términos muy sintéticos, en esta contienda de competencia, estaban confrontadas, por una parte, la potestad dictaminante de la CGR, que ha sido ejercida a través de dictámenes reiterados y uniformes –*jurisprudencia administrativa*– que han interpretado que la ley dispone que el personal de la DGAC está adscrito al régimen previsional consultado en el DL N° 3.500, y no al de las FFAA (CAPREDENA) –aunque, en rigor estricto, solo la han replicado, ya que esta es clara sobre este punto; dato que, en todo caso, no debiera tener ninguna incidencia en la decisión de esta contienda, y ni aun ser mencionado en la respectiva sentencia, conforme veremos más adelante; y por otra, la potestad jurisdiccional del 29° Juzgado Civil de Santiago activada mediante el ejercicio de la señalada acción declarativa de mera certeza, inespecífica en cuanto a sus límites –en tanto es creación de la práctica judicial– pero, adicionalmente, ejercida respecto de una hipótesis en la que ella no es procedente (porque los dictámenes pueden ser impugnados judicialmente con tal que se haga en forma directa, y no oblicua, y porque la *jurisprudencia administrativa* que ellos contienen está dotada de *presunción de certeza jurídica*, la que excluye la incertidumbre jurídica, presupuesto básico para el ejercicio de esta acción³⁵) o que al menos fue mal planteada (porque se ha requerido a dicho tribunal una declaración judicial que interprete la ley, en forma general y abstracta, lo que es del todo impropio del ejercicio de la jurisdicción).

El TC decidió esta contienda de competencia a favor de la CGR, en base a dos líneas argumentales. En efecto, sostuvo: (1.- Propia de la contienda trabada).- En síntesis, que el 29° Juzgado Civil de Santiago, al entrar a conocer de una acción como aquella (ya que no declinó su competencia), improcedente o al menos mal planteada, conforme se ha indicado, y con la cual se pretende, en definitiva,

³⁵ Artículo 3°, inciso final, de la LBPA.

“impugnar” oblicuamente los dictámenes de la CGR (y no directamente, como es de rigor), hace que aquel, con ese solo hecho, no solo rebase los límites de dicha acción, sino que también los de la jurisdicción, la cual así resulta desnaturalizada, y su falso ejercicio hace que adquiera caracteres propios de la potestad dictaminante de la CGR, a la que, en definitiva, sustituía; y (2.- Impropia de la contienda trabada).- Asimismo, razonó en orden a que: (a).- El régimen previsional al cual están adscritos los funcionarios de la DGAC es una materia que corresponde determinar a la ley. Este fundamento si bien es correcto, se halla extramuros de la contienda sobre la que conocía, conformando así –y resolviendo– una hipotética “contienda de competencia”, en paralelo, entre el 29º Juzgado Civil y los órganos colegisladores. Con todo, cabe destacar que este fundamento no ha importado la resolución de la cuestión de fondo discutida (al menos no directamente); y (b).- Que la ley, que en efecto regla esa materia, ha establecido que dichos funcionarios no están adscritos al régimen previsional del personal de las FFAA (CAPREDENA), sino que al regido por el DL N° 3.500 (AFPs). Esto es correcto, más su inclusión en la sentencia, como fundamento directo de la decisión o indirecto –con la finalidad de respaldar la *jurisprudencia administrativa* de la CGR– importó derechamente resolver la cuestión de fondo discutida.

Esa extralimitación, aun cuando no ha alcanzado la calidad de decisiva en la sentencia en comento, es muy cuestionable, pues: (i).- Esta contienda de competencia ha sido promovida por la CGR para que el TC dirima a quien corresponde interpretar la ley relativa al régimen previsional de los funcionarios de la DGAC en forma general y abstracta: o a la CGR o al 29º Juzgado Civil de Santiago, y en caso alguno para que aquel interprete el correcto sentido de esa ley, o, lo que es lo mismo, determine si la *jurisprudencia administrativa* de la CGR sobre el particular es o no conforme a ella, pues de lo contrario, tal como aconteció, dicha contienda de competencia deja de ser tal, se desnaturaliza y se convierte, en los hechos, en un control de legalidad de los dictámenes de la CGR y de la *jurisprudencia administrativa* en ellos contenida; (ii).- Esta contienda ha sido promovida por la CGR en función de la potestad dictaminante (la cual sería “invadida” por la potestad jurisdiccional del 29º Juzgado Civil de Santiago), y que aquella ha ejercido, en materias indicadas en el artículo 6º de la LOCCGR, a través de una serie de

dictámenes. Esta contienda, así planteada, debe ser dirimida por el TC, con absoluta prescindencia de cuál es la correcta interpretación de la ley, o bien, si la propiciada por la CGR, a través de tales dictámenes, que conforman su *jurisprudencia administrativa*, es o no tal, máxime si se considera que ellos, en tanto actos administrativos, están dotados con presunción de legalidad y, correlativamente, la interpretación de la ley que contienen, esto es, la *jurisprudencia administrativa*, está dotada con *presunción de certeza jurídica*; (iii).- A nuestro juicio, el hecho que el TC resolviera el fondo de la cuestión discutida, se debió a que, teniendo presente que la competencia “invadida” era la potestad dictaminante de la CGR, y que esta había sido ejercida a través de una serie de dictámenes, que conforman su *jurisprudencia administrativa* sobre el particular, no advirtió sus características y efectos, o bien la incidencia que estos tenían en la correcta decisión de esta contienda, muy especialmente la *presunción de certeza jurídica* con la que está dotada. Y como no las advirtió, quiso reforzar dicha *jurisprudencia*, así como a los dictámenes que la contienen, en cuanto a su legalidad, lo que era, conforme a lo señalado precedentemente, del todo innecesario; (iv).- Lo paradójico de esto, es que el TC, en esta sentencia, que dirime una contienda de competencia a favor de la CGR, “invadió” derechamente su potestad dictaminante, al precisar el sentido de la ley (sobre el régimen al cual están adscritos los funcionarios de la DGAC, que corresponde a ella exclusivamente informar), cual era precisamente la potestad que, al promover esta contienda, aquella había buscado resguardar (frente a la potestad jurisdiccional del 29º Juzgado Civil de Santiago). Dado que la interpretación de la ley propiciada por el TC, en esta sentencia, ha sido en el mismo sentido que la *jurisprudencia administrativa*, tal “invasión” ha pasado inadvertida; mas, de seguir esta práctica, bien podría acontecer que, en un caso análogo, el TC sostenga una interpretación de la ley en un sentido distinto a esa *jurisprudencia*, en cuyo caso la CGR muy probablemente sí acusaría la “invasión” a su potestad dictaminante que ello importa, conflicto que, huelga observar, actualmente no tiene vía de solución institucional, salvo su prevención a través de la autorrestricción por parte del TC, en el ejercicio de esta competencia; y (v).- El TC, al resolver el fondo de la cuestión debatida a través de la sentencia en comento ha generado dos indeseados efectos: (a).- Si se impugnaran, ahora, directamente los dictámenes de la CGR que contienen la señalada *jurisprudencia administrativa*, por ilegales, por ejemplo,

a través de una demanda de nulidad de Derecho Público, esta no prosperaría, no solo porque ellos son legales, sino también porque el TC, en esta sentencia, ya declaró su legalidad nada más ni nada menos que con la *autoritas* que singulariza sus decisiones (y, en efecto, muy probablemente la CGR la citaría como fundamento de la legalidad de sus dictámenes, y los TJ como fundamento para rechazar esta demanda); y (b).- Si la propia CGR quisiera reconsiderar su *jurisprudencia administrativa* (al menos parcialmente) en esta materia, lo que es teóricamente posible y muy habitual, no podría o bien le resultaría muy difícil, ya que el TC, en esta sentencia, fijó la interpretación de la ley.

2. ¿Había propiamente contienda de competencia?

Esta pregunta es muy relevante por cuanto de haber contienda de competencia, en los términos previstos en el artículo 93, N° 12, de la CPR, el TC estaba habilitado para dirimirla, mas no, en caso contrario. Frente a esta pregunta es posible elaborar dos respuestas contradictorias entre sí. La primera, desde una perspectiva abstracta: no hay ni puede haber contienda de competencia; mientras que la segunda, desde una perspectiva concreta: sí la hay (a la cual adherimos). Revisemos a continuación estas posibles respuestas, así como sus fundamentos.

(A).- Respuesta desde una perspectiva abstracta: no hay contienda. Conforme a ella, no hay ni puede haber contienda de competencia. Esto al menos por dos razones: (1ª Razón).- Entre las competencias confrontadas en esta contienda de competencia, esto es, la potestad dictaminante de la CGR y la potestad jurisdiccional de los TJ, existen sustanciales diferencias (que analizaremos más adelante), de lo que se seguiría, en opinión de algunos autores, que no podría configurarse entre ellas contienda de competencia alguna^{36, 37}; y (2ª razón).- El fondo de la materia discutida, esto es,

³⁶ En este sentido, Alejandro Guzmán Brito ha observado que “Propiamente hablando, no puede haber conflictos de competencia entre un órgano dotado con tal potestad [interpretativa, en sede administrativa, de la ley, como es el caso de la CGR –nota nuestra– y los tribunales de justicia” GUZMÁN (2014) p. 138.

³⁷ Por su parte, Francisco Zúñiga, al analizar las contiendas de competencia promovidas por la CGR en relación a las acciones declarativas de mera certeza intentadas por el personal de la DGAC, sostiene que “a nuestro parecer no existe en rigor contienda de

determinar cuál es el régimen previsional aplicable al personal de la DGAC, no corresponde ni a la CGR ni a los Tribunales de Justicia, sino que, por así disponerlo expresamente la Constitución, a los órganos colegisladores, lo que resulta corroborado si se considera que su determinación repercute directamente en materias financiero-presupuestaria, cuya iniciativa legislativa corresponde en forma exclusiva al Presidente de la República³⁸. De ello se seguiría, en opinión de algunos autores, que como ninguno de los órganos contendientes tendría competencia al respecto (CGR y TJ), malamente podría existir entre ellos contienda de competencia³⁹.

Ambas razones pueden ser fácilmente descartadas. La 1ª razón, por cuanto, nada impide que entre atribuciones de distinta naturaleza jurídica (como la dictaminante de la CGR y la jurisdiccional de los

competencia. En efecto, para establecer una contienda, positiva o negativa, se requiere un conflicto atributivo de potestad de la misma naturaleza ya sea formal, material o ambas. En la especie, tenemos por una parte una atribución de fuente legal: potestad dictaminante de la CGR y, por otra, una potestad de fuente constitucional y legal de la Corte Suprema abierta vía casación en el fondo, sobre un conflicto acerca del derecho subjetivo (determinación del régimen previsional de los funcionarios de la DGAC)” ZÚÑIGA (2017), p. 201. Y, asimismo, Julio Pallavicini, quien observa que, “Resulta evidente que no se trata de un “mismo asunto”. Una cosa es un recurso de casación en el fondo, cuyo conocimiento compete a la Corte Suprema, y otra muy distinta es la facultad de la Contraloría de interpretar las normas de contenido administrativo. Además, ambas atribuciones se encuentran reguladas en textos diferentes. Incluso en su dictamen N° 25.171, de 2014, la Contraloría sostuvo que el hecho que ella haya emitido un pronunciamiento acerca de la incompatibilidad de un funcionario municipal “no impide de modo alguno, si se requiere, la intervención del órgano jurisdiccional competente, [pues] se trata de esferas de competencias diversas unas de otras”, precisadas en los diversos cuerpos normativos, de modo que “en la especie no se verifica la supuesta contienda de competencia que indica” PALLAVICINI (2017).

³⁸ En este sentido, Francisco Zúñiga sostiene que se trata de una materia que es de “dominio legal en lo básico (artículo 63 N° 4 de la Constitución), de iniciativa exclusiva del Presidente de la República (artículo 63 N° 14 y artículo 65 inciso 4, N° 6, de la Constitución). El dominio de ley y la iniciativa exclusiva quedan reforzadas su la legislación previsional tiene incidencia financiero-presupuestaria, lo que ocurre de forma evidente con la previsión de los funcionarios de la DGAC, volviendo abstracta y general una decisión de tribunales”. ZÚÑIGA (2017) p. 202.

³⁹ En este sentido, Francisco Zúñiga sostiene que, “A nuestro juicio, la definición del régimen previsional de los trabajadores del sector público es una cuestión que corresponde exclusivamente al dominio-competencia del legislador, por lo tanto la Corte Suprema como el Contralor General de la República se arrogan competencia sobre la materia, extendiendo su radio a cuestiones que no son parte de su esfera de control y decisión, es decir, hacia ámbitos que son propios de competencia y decisión legislativa.” ZÚÑIGA (2017) p. 199.

TJ) puedan verificarse “colisiones”⁴⁰, especialmente cuando aquellas son ejercidas desbordando o excediendo sus límites naturales. De ahí que sea necesario, a fin de dirimir correctamente esta contienda de competencia, analizarla desde una perspectiva concreta, vale decir, atender a cómo los órganos contendientes han hecho ejercicio específico de las atribuciones confrontadas (lo que haremos en la letra que sigue). Y la 2ª razón, por cuanto si bien es cierto que corresponde a la ley definir el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC, y así lo ha hecho, no lo es menos que como toda ley, por muy clara que sea, precisa de una interpretación, idealmente general y abstracta, misma que ha sido confiada a la CGR, conforme precisa el artículo 6º de la LOCCGR, y que se contiene en una serie de dictámenes, conforme se ha señalado. Por su parte, el 29º Juzgado Civil de Santiago, al entrar a conocer esta acción declarativa de mera certeza (no declinó su competencia), ha estimado que está igualmente facultado para declarar esa interpretación general y abstracta de dicha ley. Por tanto, la contienda de competencia en cuestión no trata sobre determinar a quién corresponde fijar el régimen previsional de dichos funcionarios, que sin dudas corresponde a la ley, sino a quién corresponde efectuar al respecto tal interpretación.

(B).- Respuesta desde una perspectiva concreta: sí hay contienda. A mayor abundamiento, conforme se ha observado, el análisis del modo concreto en el que las competencias confrontadas se evidencian en la especie, nos permite arribar precisamente a la respuesta contraria, vale decir, que sí hay contienda de competencia (aunque con características muy particulares, conforme veremos a continuación).

⁴⁰ En este sentido, la STC Rol N° 2.700 (con cita a la STC Rol N° 2.657) ha sostenido “Tal como lo ha reconocido este Tribunal, sí *“puede existir colisión de atribuciones entre órganos de naturaleza distinta, en la especie, administrativa y judicial. En nuestro ordenamiento fundamental, entonces, no puede sustentarse la tesis de que la contienda de competencia se genera única y exclusivamente en la hipótesis de ejercicio o abstención de ejercicio de competencias análogas y no en el caso de un conflicto de funciones”* (STC, Rol N° 2657, considerando 5º). En otras palabras, la contienda planteada supone, por esencia, la pretensión de cambio desde una sede jurisdiccional especial a una administrativa. Una contienda de competencia no significa que uno de los órganos se atribuya la competencia del otro para actuar de la misma manera que este último lo haría;” (Considerando 17).

(a).- Generalidades sobre la contienda de competencia en cuestión.

Necesario es precisar sobre qué no trata la contienda de competencia en cuestión, y sobre qué sí.

¿Sobre qué no? La contienda de competencia en cuestión: (i).- No trata sobre determinar si los actos formales de la CGR son o no susceptibles de control judicial, lo que algunos han querido ver como propósito seguido por esta para promoverla, acusando incluso una suerte de *activismo contralor* tendente a que ella quede en una situación de autarquía, vale decir, exenta de aquel. Al respecto cabe puntualizar que no existe discusión alguna (tal como lo destaca la sentencia en comentario): todos los actos de la CGR, en tanto órgano de la Administración del Estado que es, son susceptibles de control judicial (aunque cabe precisar, desde ya, que ello no significa que puedan serlo a través del ejercicio de cualquier acción jurisdiccional, muy especialmente respecto de sus dictámenes); (ii).- No trata sobre la confrontación entre la potestad jurisdiccional del 29º Juzgado Civil de Santiago y la potestad legislativa de los órganos colegisladores (Presidente de la República y Congreso Nacional), como parece entender el TC en muchos pasajes de esta sentencia. Por lo pronto, esta “contienda de competencia” excede el marco de la atribución que aquel ejerce (artículo 93, N° 12, de la CPR), y a mayor abundamiento, no se enmarca en ninguna de las atribuciones que la CPR le otorga; (iii).- No trata sobre determinar a quién corresponde fijar el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC, lo que corresponde indudablemente a la ley, sino determinar a quién corresponde establecer su interpretación general y abstracta: o a la CGR, en el ejercicio de su potestad dictaminante, o a dicho tribunal, en el ejercicio de la jurisdicción activada a través de la específica acción declarativa de mera certeza deducida; y (iv).- Tampoco trata sobre una confrontación entre la potestad de toma de razón –o representación– de la CGR (competencia que la CPR expresamente le atribuye⁴¹) y la potestad jurisdiccional⁴² de los TJ, activada a través de la interposición de un recurso de protección (acción constitucional de derechos fundamentales suficientemente regulada a nivel constitucional –y en un auto acordado–⁴³), como aconteció

⁴¹ Artículo 99 de la CPR.

⁴² Artículo 76 de la CPR.

⁴³ Artículo 20 de la CPR y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales (Acta N° 94-2015, de 19/6/2015).

en las contiendas de competencia promovidas por la CGR hace ya más de 20 años⁴⁴, razón por la cual la decisión adoptada entonces por el H. Senado, así como la discusión doctrinaria que al respecto tuvo lugar, no resultan a esta en lo absoluto atingentes.

¿Sobre qué sí? La contienda de competencia en cuestión sí trata sobre la confrontación entre, por una parte, la potestad dictaminante de la CGR (legal, y no constitucional), en cuya virtud puede emitir dictámenes respecto de determinadas materias (consultadas en el artículo 6º de la LOCCGR), y así efectivamente lo ha hecho en relación al régimen previsional de los funcionarios de la DGAC; y por otra, la potestad jurisdiccional de los TJ, activada a través de la acción declarativa de mera certeza (que es una creación de la práctica judicial), con características un tanto imprecisas –muy especialmente en cuanto a sus límites– y que en la especie, además, ha sido planteada en una hipótesis en la que resulta improcedente o al menos en forma defectuosa.

(b).- Las competencias confrontadas en la contienda en cuestión.

Dicho lo anterior, a continuación, analizaremos las competencias confrontadas en esta contienda, y cómo ellas interactúan entre sí. Esto lo haremos (b.1) desde una perspectiva teórica, y luego (b.2) desde una perspectiva concreta (vale decir, cómo estas han sido ejercidas específicamente en este caso por los órganos contendientes).

(b1).- Las competencias confrontadas en la contienda en cuestión: aspectos teóricos.

(Competencia 1).- La potestad dictaminante de la CGR⁴⁵. Se trata de una potestad legal (no constitucional –ni aun implícitamente–) que le atribuye el artículo 6º de la LOCCGR, de naturaleza administrativa (no jurisdiccional) y en cuya virtud corresponde a esta informar exclusivamente, vale decir, interpretar, en sede administrativa, la ley, en tanto se refiera a ciertas materias que dicho precepto legal indica. Esto lo hace a través de dictámenes (actos administrativos), que conforman su *jurisprudencia administrativa*, la cual es vinculante para los órganos de la Administración⁴⁶.

⁴⁴ Al respecto, véanse: RÍOS (1993), FERNÁNDEZ (1996), LIBEDINSKY (1997).

⁴⁵ Al respecto, véase: BERMÚDEZ (2010) p. 241.

⁴⁶ Artículos 9º y 19 de la LOCCGR. Destacando esta idea, Enrique Silva Cimma plantea que “La Contraloría General también realiza control jurídico mediante la emisión de dictámenes que, cuando inciden en las materias administrativas que específicamente

Respecto de esta potestad cabe destacar:

(i).- Fundamento de la potestad dictaminante. La atribución –legal– de esta potestad a la CGR, en nuestra opinión, obedece al menos a tres razones: (1ª).- A través de sus dictámenes, que conforman su *jurisprudencia administrativa*, aquella otorga a los órganos de la Administración una interpretación de la ley rápida, especializada, general y vinculante, que permite a estos, aplicarla uniforme y coherentemente⁴⁷, y así actuar eficaz y eficientemente, conforme a Derecho, en pos de sus cometidos; (2ª).- Facilita a la CGR la realización de su función de control, pues, para ello, preciso es que esta pueda establecer, a través de sus dictámenes, que conforman la *jurisprudencia administrativa*, la interpretación de la ley que, estando dotada de *presunción de certeza jurídica*, constituya la “*vara*” cierta y uniforme con la que al efecto “*medirá*”; y (3ª).- La seguridad jurídica que se sigue de lo señalado en los numerales precedentes, tanto para la Administración, incluida la CGR, como para las personas (funcionarios y particulares).

(ii).- Efectos de los dictámenes. Al respecto podemos destacar:

(a).- Los dictámenes de la CGR conforman la denominada *jurisprudencia administrativa*, esto es, la interpretación de la ley a la que los órganos de la Administración, en forma directa e inmediata, están vinculados –y conforme a la cual aquella ejerce su función de control–⁴⁸. En razón de lo anterior, los dictámenes tienden a ser ge-

señala el artículo 6º de su ley orgánica, constituyen la jurisprudencia administrativa, y por ende, tiene carácter vinculantes para la Administración (Ley N° 10.336, artículo 9º, inciso 3º y 19)” SILVA (1994) pp. 171-172.

⁴⁷ En este sentido, Luis Lizama señala que “la interpretación administrativa es privativa de ciertos servicios públicos especialmente facultados por el sistema jurídico para interpretar la ley (...) no se trata de cualquier servicio público sino de entidades fiscalizadoras cuya obligación es velar por la correcta aplicación de las leyes y cuya competencia interpretativa se la ha conferido para que en el ejercicio de sus facultades fiscalizadores el personal de su dependencia aplique en forme coherente y uniforme la ley interpretada (...) en otras palabras la ley faculta a estos órganos para interpretar la ley que les corresponda fiscalizar, a fin de que el ejercicio de sus facultades inspectivas sea realizado satisfaciendo el derecho fundamental de igualdad ante la ley para todos los sujetos fiscalizados. No es casualidad que la totalidad de los órganos públicos facultados para interpretar la ley tengan a la vez competencia para fiscalizar la aplicación de las normas que interpretan...” LIZAMA (1998) pp. 14-15.

⁴⁸ En este sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss ha observado que a través de sus dictámenes, “la Contraloría General de la República fija el sentido y alcance de las disposiciones legales o reglamentarias que regulan la organización y funcionamiento de los distintos servicios o entidades de la Administración del Estado, sometidos a la fis-

nerales y abstractos, a fin de que la interpretación de la ley que ellos contienen, esto es, la *jurisprudencia administrativa*, vincule no solo al órgano de la Administración o persona (funcionario o particular) respecto del que se emite, sino que a todos aquellos que se hallen en la misma situación. Por cierto, la *jurisprudencia administrativa* no vincula a los TJ, ya que, para estos, no es más que una opinión jurídica versada, lo que es sin perjuicio de que, cuando la interpretación de la ley a la que arriben coincida con la propiciada por aquella, puedan en sus sentencias citarla, tal como habitualmente acontece^{49, 50}; y (b).- La *jurisprudencia administrativa*, contenida en los dictámenes de la CGR, y en la medida que se refiera a materias que indica el artículo 6° de la LOCCGR, está dotada con *presunción de certeza jurídica*; lo cual es lógica consecuencia del hecho que aquellos son actos administrativos y, en tanto tales, están dotados

calización de este organismo contralor. (l) Son estos dictámenes los que conforman, en definitiva, la llamada “jurisprudencia administrativa”, conjunto de soluciones jurídicas que se imponen dentro del ámbito de la Administración, y obligan a sus funcionarios (artículos 6° inciso final citado y 19). Cabe señalar sí, que ella no obliga ni vincula a los tribunales de justicia, para quienes esta jurisprudencia contralora no es sino una mera opinión, ilustrada, es cierto, pero mera opinión, finalmente, para el caso sometido a su conocimiento y decisión jurisprudencial” SOTO KLOSS (2012b) p. 787.

⁴⁹ En este sentido, Alejandro Guzmán ha sostenido que “Es doctrina generalmente aceptada que la interpretación proferida por un jefe de servicio dotado con la potestad de interpretar normas no obliga con ella a los tribunales de justicia, sean ordinarios, especiales o arbitrales, de manera que cuando estos se vean en el caso de aplicar en sede jurisdiccional normas que cuentan con cierta interpretación administrativa pueden desconocerla o ignorarla y conservan plena libertad para formular las interpretaciones que les parezcan correctas a la norma de que se trate. Por cierto, pueden coincidir con el sentido de alguna interpretación administrativa existente, mas no porque deban coincidir con ella, sino porque de hecho llegaron a la misma conclusión a que se había llegado el intérprete administrativo que sea. También, en ese caso, pueden usar la interpretación administrativa con la cual coinciden como argumento de autoridad en función de reforzar sus propias conclusiones” GUZMÁN (2014) p. 175. El mismo agrega que “son manifestación específico del régimen general que afecta a la interpretación administrativa en orden a no vincularlos [a los tribunales], a la cual están sometido incluso los dictámenes del Contralor General de la República” GUZMÁN (2014) p. 178.

⁵⁰ Tal como aconteció, por ejemplo, en la reciente sentencia de la CS Rol N° 38.681-2017 de la CGR en cuanto aplica el principio protección de la confianza legítima en relación a la no renovación de contratos. En efecto, en lo medular, sostuvo: “Octavo: Que en la actualidad, es un verdadero axioma que si una relación a contrata excede los dos años y se renueva reiteradamente una vez superado ese límite, se transforma en una relación indefinida, conforme al principio de confianza legítima que la Contraloría General de la República comenzó a aplicar decididamente con ocasión del Dictamen N° 85.700, de 28 de noviembre de 2016, cuya normativa cubre, entre otros, a los funcionarios designados en empleos a contrata regidos por la Ley N° 18.884.”

de presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios⁵¹. Esta *presunción de certeza jurídica*, como es evidente, excluye la incertidumbre jurídica; en tanto que la ilegalidad en la que podrían eventualmente incurrir tales dictámenes y la *jurisprudencia administrativa* que contienen, puede ser corregida a través de la impugnación directa de aquellos en sede judicial. Esta *presunción de certeza jurídica* es un efecto de la *jurisprudencia administrativa* muy relevante y singular en el contexto del Ordenamiento Jurídico nacional, pues ni aun la ley clara lo produce –al menos no, en estos términos– así como tampoco una sentencia judicial –dados sus singulares efectos–.

(iii).- Diferencias entre la potestad dictaminante de la CGR (*jurisprudencia administrativa*) y la jurisdiccional de los TJ (*jurisprudencia judicial*). Entre ellas cabe destacar: (a).- La primera es de fuente legal⁵², mientras la segunda, constitucional⁵³ y legal; (b).- La primera es de naturaleza administrativa, mientras la segunda, jurisdiccional; (c).- La primera solo puede estar referida a las materias señaladas en el artículo 6º de la LOCCGR, mientras la segunda, en general, a todas las materias, siempre que sea “reclamada su intervención en forma legal y en materias de su competencia” (o lo que es lo mismo, que no lo sean de otros órganos); (d).- La primera se concreta en dictámenes, que son actos administrativos, mientras la segunda, en sentencias; (e).- La primera conforma la *jurisprudencia administrativa*, mientras la segunda, la *jurisprudencia judicial*; (f).- La primera vincula solo a los órganos de la Administración, no así la segunda; (g).- La primera tiene efectos más allá del caso concreto (aunque solo en el marco de la Administración, conforme se ha observado), mientras la segunda, relativos (solo en el caso en el que actualmente se pronunciaren); (h).- La primera tiende a la generalidad y abstracción, mientras la segunda se caracteriza por su especificidad y concreción; (i).- La primera, en principio, no resuelve conflictos entre partes con fuerza vinculante⁵⁴, mientras la segunda se singulariza precisamente por aquello; (j).- La primera es particularmente respetuosa del precedente, no así la segunda (en atención a sus efectos relativos); y (k).- La *jurisprudencia adminis-*

⁵¹ Artículo 3º, inciso final, de la LBPA.

⁵² Artículo 6º de la LOCCGR.

⁵³ Artículo 76 de la CPR.

⁵⁴ Sobre esta hipótesis excepcional, véase, entre otros: LARA (2011) pp. 79 - 80.

trativa se contiene en dictámenes, esto es, actos administrativos, los cuales pueden ser impugnados –directamente– ante los TJ; lo que de prosperar importará que dicha *jurisprudencia* se *incline* ante la *jurisprudencia judicial* –o si se quiere, que sea “reemplazada” por esta– (esto, en caso alguno, procede en sentido inverso).

(iv).- Control judicial de los dictámenes. Al efecto preciso es determinar qué quiere significar la expresión “exclusivamente” que emplea el artículo 6° de la LOCCGR (“Artículo 6°.- Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre...”). En una primera aproximación, podría pensarse que ella importa que la facultad de interpretar la ley sobre las materias que dicho precepto legal indica corresponde en forma exclusiva y excluyente a la CGR, de tal suerte que su ejercicio, a través de sus dictámenes, está exento, así como estos, del control judicial; respuesta que debe ser descartada inmediata y categóricamente, pues ello no es ni puede ser así, simplemente, porque tal interpretación resulta abiertamente contraria a la CPR (en específico, a lo dispuesto en su artículo 38, inciso 2°).

Entonces: ¿Qué quiere significar? A nuestro juicio, al respecto es posible esbozar dos lecturas, complementarias entre sí: (1ª lectura: En el plano intra-Administración).- Que la CGR es el único órgano de la Administración que detenta esta potestad para interpretar, en sede administrativa, la ley (y en relación a las específicas materias que dicho precepto legal indica). Esta habría sido una de las ideas que el Legislador quiso remarcar con dicha expresión cuando le atribuyó esta potestad a finales de la década de los años 50. Mas hoy no es el único de esos órganos que la detenta, pues aquel la ha ido atribuyendo, en número cada vez más creciente, a otros (por ejemplo, a algunas superintendencias)⁵⁵, aunque en ámbitos sectoriales muy específicos. Probablemente, con ello se ha pretendido excluirlos (o separarlos), en tales materias, de esta

⁵⁵ Cabe destacar que esta potestad interpretativa, en sede administrativa, de la ley, la tienen atribuida por ley, aparte de la CGR, otros órganos de la Administración, en relación a sus específicos ámbitos sectoriales. Así, Alejandro Guzmán sostiene (en 2014) que estos, en total, son veinte. Entre ellos, aparte de la CGR, podemos citar, por ejemplo, la Superintendencia de Casinos de Juego, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, el Servicio de Evaluación Ambiental, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la Superintendencia de Salud, etcétera. (GUZMÁN (2014) p. 55).

amplia potestad interpretativa de la CGR⁵⁶, misma que, aun así, sigue siendo la de mayor calibre tanto por las materias que comprende, como por la cantidad de órganos de la Administración a los que vincula; y (2ª lectura: En el plano extra-Administración).- Que la CGR, respecto de las materias indicadas en el artículo 6º de la LOCCGR, no necesariamente debe tener la última palabra, pero sí, la *primera*. Vale decir, en relación a ellas, deberá estarse, primeramente, a la *jurisprudencia administrativa*, y si esta aún no existe, instarse por ella, requiriéndole pronunciamiento⁵⁷. Y si se estimare que dicha *jurisprudencia*, contenida en sus dictámenes, es ilegal, nada obsta para que estos sean impugnados, siempre que sea en forma directa, de suerte tal que, de prosperar, sean anulados y se declare judicialmente la correcta interpretación de la ley, la que si bien tendrá el efecto relativo propio de la *jurisprudencia judicial*, con posterioridad, deberá ser incorporada a la *jurisprudencia administrativa*, mediante un dictamen –o instrucción– de la CGR, y así regirá con las características propias de esta. En este contexto, la expresión “exclusivamente” que emplea dicho precepto legal importaría la prevalencia, en estas materias, de la *jurisprudencia administrativa* respecto de la *jurisprudencia judicial*, en los términos señalados, conformando así lo que denominamos *sistema de interpretación de la ley administrativa*. Este sistema se explicaría por: (a).- La conveniencia de contar con un centro prevalente de dicha interpretación, dada la necesidad de tener y mantener un solo criterio interpretativo (lo que, por cierto, no excluye el control judicial, siempre que los respectivos dictámenes sean impugnados directamente, en razón de su ilegalidad); (b).- La especificidad de las materias indicadas en el artículo 6º de la LOCCGR y la *expertise* técnica de la CGR respecto de ellas; y (c).- Las especiales características de la *jurisprudencia administrativa*, que la distinguen de la *judicial*, entre ellas su efecto general –en tanto vincula a todos los órganos de la Administración– y su *presunción de certeza jurídica*, las cuales permiten y facilitan a éstos la aplicación uniforme y coherente de la ley –conforme a Derecho–, y a la CGR,

⁵⁶ En este sentido, Alejandro Guzmán estima que la proliferación de la atribución de esta potestad a órganos de la Administración distintos de la CGR radicó en el hecho que “los gobiernos se interesaron en ella como manera de restringir la influencia de la CGR en la interpretación de las leyes administrativas” (GUZMÁN (2014) p. 19).

⁵⁷ Dictamen de la CGR N° 24.143-2015.

realizar su función de control; en suma satisfacer y maximizar el principio de seguridad jurídica, siempre necesario, y muy especialmente en relación a tales materias.

Recapitulando, nada obsta al control judicial de la *jurisprudencia administrativa*, contenida en dictámenes de la CGR, siempre que estos sean directamente impugnados en razón de su ilegalidad⁵⁸. De prosperar tal impugnación, la *jurisprudencia administrativa* se *inclina* ante la *jurisprudencia judicial*⁵⁹, vale decir, es “reemplazada” por esta⁶⁰ (lo que operará a través de la anulación del dictamen, y la incorporación de la interpretación de la ley judicialmente declarada a la *jurisprudencia administrativa*, mediante un posterior dictamen –o instrucción– de la CGR, y así regirá con las características propias de esta). A *contrario sensu*, dicho control no procede en forma indirecta u oblicua, por ejemplo, requiriendo a los TJ una interpretación de la ley distinta a la establecida por aquellos, sin impugnarlos, o peor aún, lisa y llanamente, ignorándolos.

⁵⁸ Cabe observar que esto permite que ellos sean controlados no solo en cuanto a la legalidad de la interpretación de la ley que contienen, sino también y antes, en cuanto a si la materia sobre la cual trata se encuentra o no comprendida dentro de aquellas respecto de las cuales la CGR puede informar exclusivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCCGR.

⁵⁹ En este sentido, la sentencia CS Rol N° 5.984-2012 precisa: “Noveno: (...) Al respecto, debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando esta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece –interpretando la ley– que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos de la “jurisprudencia administrativa” como señala el artículo 6° inciso final de su Ley Orgánica”.

⁶⁰ En la vista de la causa, la CGR citó el caso del reciente dictamen N° 24.159-2016, que declaró que no se hallaba dentro de las competencias de las municipalidades el gestionar “supermercados populares”, razón por la cual estas corporaciones debían abstenerse de hacerlo, mismo que fue recurrido de protección por la I. Municipalidad de Tocopilla y que finalmente la CS estimó ilegal. Otro ejemplo, en este mismo sentido, es la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 5.776-2012 (confirmada por la sentencia de la CS Rol N° 5.894-2012) que, en lo pertinente, declaró: “Por estos fundamentos, y vistos además, lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y el auto acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre tramitación y fallo de los recursos de protección se acoge el recurso interpuesto por la I. Municipalidad de Santiago, en contra de la CGR, solo en cuanto se decide que se dejen sin efectos los dictámenes N° 27.677, de 2010, y N° 6512, de 2012”.

(Competencia 2).- La potestad jurisdiccional de los TJ activada a través de la acción declarativa de mera certeza⁶¹. Se trata de una acción inespecífica, en tanto ha sido creada por la práctica judicial. A través de ella se requiere a los TJ para que, en ejercicio de la jurisdicción, frente a una incertidumbre jurídica existente, declaren la ley aplicable a una situación o caso, la interpreten o bien aclaren la voluntad del Legislador⁶²; lo cual, al enmarcarse en el ejercicio de la jurisdicción, no puede sino que tener lugar en el contexto de un conflicto entre partes, que es resuelto, con fuerza vinculante, declarando, a su vez, un derecho o situación jurídica subjetiva específica (y no efectuando declaraciones generales y abstractas, las que son ajenas al ejercicio de la jurisdicción). El fundamento normativo de esta acción se halla, esencialmente, en el principio de inexcusabilidad (artículo 76, inciso 2º, de la CPR⁶³), el que, a la vez, precisa sus límites más evidentes; en efecto, conforme a él, los TJ pueden ejercer la jurisdicción siempre que sea “reclamada su intervención en forma legal y en materias de su competencia”; razón por la que los TJ no pueden ejercerla cuando se trate de materias que no son de su competencia, y no lo son las materias propias de otros órganos del Estado, y aquellas que siéndolo inicialmente, su intervención ha sido reclamada en forma distinta a la establecida por la ley.

Interacción entre la potestad dictaminante de la CGR y acción declarativa de mera certeza. Respecto de una materia sobre la cual corresponde a la CGR informar exclusivamente, conforme a lo previsto en el artículo 6º de la LOCCGR, y que, efectivamente, lo ha hecho a través de sus dictámenes, conformando así su *jurisprudencia administrativa* sobre el particular, cabe preguntarse: ¿Qué rol corresponde a la acción declarativa de mera certeza, cuando con su

⁶¹ Al respecto, véase muy especialmente: MARÍN (1965).

⁶² En este sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss plantea que esta acción tiene por objeto (pretensión), “a saber: (a).- que el Tribunal declare la legislación aplicable a una determinada situación que se plantea incierta, o bien, (b).- que el Tribunal declare la interpretación de un determinado precepto de ley, o (c) que el tribunal declare la intención o finalidad de la ley, en otros términos, la “voluntad del legislador” al dictarse una ley o determinados preceptos de ella” (comentando el caso “Otero Falabella”, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 60-1963, 2.2, pp. 62-76.). SOTO KLOSS (2017) p. 148.

⁶³ Este precepto constitucional dispone: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

ejercicio se requiere a los TJ la declaración de una interpretación de la ley distinta?

A nuestro juicio, ninguno, pues, en esta hipótesis, los TJ no podrían entrar a conocer dicha acción –y menos resolverla– pues esta sería siempre y en todo caso improcedente, por al menos dos razones: (i).- No caben impugnaciones indirectas u oblicuas de los dictámenes. Esto por cuanto, conforme se ha razonado, la *interpretación administrativa*, contenida en los dictámenes de la CGR, solo puede ser modificada mediante la impugnación directa de estos, en razón de su ilegalidad. Por tanto, no es posible que los TJ declaren judicialmente una interpretación de la ley distinta a la de la *jurisprudencia administrativa*, sin que anulen el dictamen que la contiene, o peor aún, lo ignoren⁶⁴; y (ii).- La *jurisprudencia administrativa*, contenida en los dictámenes de la CGR, está dotada de *presunción de certeza jurídica*, y por tanto, excluye la incertidumbre jurídica, presupuesto básico para que los TJ puedan entrar a conocer –y resolver– la acción declarativa de mera certeza⁶⁵.

Esta respuesta resulta muy razonable si se considera que los dictámenes de la CGR son actos administrativos, de tal suerte que si un TJ efectuara una declaración judicial de una interpretación de la ley distinta a la contenida en ellos, sin anularlos, los dejaría subsistentes y, en consecuencia, seguirían produciendo sus efectos. Así, la *jurisprudencia administrativa* en ellos contenida se mantendría vigente, dotada con la *presunción de certeza jurídica* que le es propia (en paralelo, a la *jurisprudencia judicial* que surgiría como consecuencia del ejercicio de esta acción) y, por tanto, a ella seguirían directa e inmediatamente vinculados los órganos de la Administración; entre ellos, la CGR, la que deberá conformarse a su propia *jurisprudencia*

⁶⁴ En este sentido, el profesor Eduardo Soto Kloss ha sostenido que “Si la Administración ha emitido un “acto administrativo” (cualquiera sea la forma adoptada, si decreto, resolución, orden, circular, instrucción, bando, oficio, etc.) no parecería procedente plantear esta acción declarativa de mera certeza, puesto que si esta decisión afecta a un particular en su esfera subjetiva habrá de impugnarla por la acciones procesales que el ordenamiento, con abundancia, ha previsto al efecto (acciones que sean de origen constitucional, o bien de origen legal). Aquí no hay incertidumbre que dilucidar: lo que habrá que determinar el tribunal es si ese acto administrativo es o no conforme a derecho; en otros términos, si ha sido emitido con vicios que lo hacen inválido, o sea “nulo”, según lo dispuesto por el artículo 7º, inciso 3º, de la Constitución” SOTO KLOSS (2017) p. 161.

⁶⁵ Artículo 3º, inciso final, de la LBPA.

administrativa al momento de emitir otros dictámenes o al efectuar la toma de razón de actos administrativos sometidos a ese trámite en los que aquella resulte atingente. Y como, en paralelo, existirá una *jurisprudencia judicial* que interpreta la ley en sentido diverso, esta lejos de aclarar una supuesta incertidumbre jurídica, la generaría, pues su sola existencia pondría en entredicho el carácter vinculante de los dictámenes de la CGR, la *presunción de certeza jurídica* de su *jurisprudencia administrativa* y el *sistema de interpretación de la ley administrativa* (y sus ventajas, muy especialmente la seguridad jurídica). A mayor abundamiento, si se sostuviera que esta *jurisprudencia judicial* vincula igualmente a la CGR, en orden a que su *jurisprudencia administrativa* debe *inclinarse* ante ella, ello incentivaría a que se requiera a los TJ declaraciones judiciales que interpreten la ley (en las materias indicadas en el artículo 6º de la LOCCGR) en un sentido diverso al de la *jurisprudencia administrativa*, o peor aún, que se acuda a estos directamente⁶⁶, en cuyo caso, junto a los mismos perniciosos efectos antes señalados, la CGR sería sustituida y reducida a la calidad de un mero o simple espectador.

(b2).- Las competencias confrontadas en la contienda en cuestión: ¿Cómo se evidencian en la especie?

(Competencia 1).- La potestad dictaminante de la CGR, en la especie. La CGR la ha ejercido a través de una serie de dictámenes que ha emitido en relación al régimen previsional al que están adscritos los funcionarios de la DGAC, desde 2004 a 2016, conformando así la *jurisprudencia administrativa* sobre el particular⁶⁷. Conforme a esta, los funcionarios de la DGAC no están adscritos al régimen previsional del personal de las FFAA (CAPREDENA), sino que al regido por el DL N° 3.500 (AFPs) –salvo excepciones–.

(Competencia 2).- La potestad jurisdiccional de los TJ activada a través de la acción declarativa de mera certeza, en la especie. En la especie, el 29º Juzgado Civil de Santiago ha entrado a conocer (no ha declinado su competencia) de una acción declarativa de

⁶⁶ Cabe, en todo caso, destacar que en esta hipótesis emanarían *jurisprudencia judicial*, la que es muy distinta a la *jurisprudencia administrativa*, conforme se ha observado. Esto se aprecia, por ejemplo, en cuanto a los efectos, pues la primera tiene efectos singulares, y no efectos generales, como la segunda (aunque circunscrito al plano de los órganos de la Administración).

⁶⁷ Dictámenes de la CGR N°s 57.281-2004, 4.976-2005, 37.117-2006, 49.994-2007, 74.525-2011, 57.679-2014 y 78.329-2016.

mera certeza deducida en representación de 869 funcionarios de la DGAC, en virtud de la cual se le ha solicitado que interprete la ley, aclarando una –supuesta– incertidumbre jurídica existente en cuanto al régimen previsional al que ellos están adscritos. En específico, le requirieron que declare que están adscritos al régimen previsional del personal de las FFAA (CAPREDENA), y no al regido por el DL N° 3.500 (AFPs) –e incluso con alcance retroactivo–, vale decir, todo lo contrario a lo dictaminado por la CGR.

Interacción entre la potestad dictaminante de la CGR y acción declarativa de mera certeza, en la especie. A la luz de todo lo señalado precedentemente, es posible sostener que el 29° Juzgado Civil de Santiago, lisa y llanamente, no debió entrar a conocer de esta acción declarativa de mera certeza, por ser improcedente o al menos por estar mal planteada:

(i).- Era improcedente. Por cuanto: (a).- No caben impugnaciones indirectas u oblicuas de los dictámenes. Nos remitimos a lo señalado con anterioridad. Con todo, si los respectivos dictámenes de la CGR, que contienen su *jurisprudencia administrativa* sobre esta materia, hubiesen sido impugnados directamente, en razón de su ilegalidad, como es de rigor, ello no habría prosperado, toda vez que el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC ha sido fijado por la ley, de suerte tal que tales dictámenes, al replicarla, en caso alguno podían ser calificados como ilegales⁶⁸; y (b).- La *jurisprudencia administrativa*, contenida en dictámenes de la CGR, está dotada con *presunción de certeza jurídica*, y por tanto, excluye la incertidumbre jurídica, con lo que faltaría el presupuesto básico de la acción. En efecto, sobre el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC, existe *jurisprudencia administrativa* de la CGR, contenida en una serie de dictámenes reiterados y uniformes, que está dotada con *presunción de certeza jurídica*, y que excluye la in-

⁶⁸ Así lo ha destacado Julio Alvear al sostener que “Lo que sucede aquí es que, en realidad, no existe un acto administrativo reclamable, un acto estatal de intermediación a partir del cual se produzca algún perjuicio para los funcionarios. La administración no los está dejando fuera; es la institucionalidad la que lo hizo. No hay un acto administrativo excluyente, por eso los funcionarios dedujeron la acción declarativa de mera certeza, para que sea el tribunal el que declare que ellos están incorporados a la institucionalidad. Pero, insisto, no hay acto de la administración que esté lesionando los derechos de los funcionarios. Es la propia institucionalidad la que no reconoce su integración al sistema previsional de las Fuerzas Armadas.” ALVEAR (2017).

certidumbre jurídica. Lo paradójico es que el solo hecho que el 29º Juzgado Civil de Santiago haya entrado a conocer de esta acción, en esa forma planteada, generó incertidumbre, pues con ello dio a entender que no había certeza jurídica al respecto y que recién la habría una vez que la sentencia que declarara la interpretación de la ley quedara ejecutoriada (en circunstancias que, en rigor estricto, sí la había, por la sola existencia de los señalados dictámenes), situación que habría alcanzado aun mayor gravedad si esta acción hubiese sido acogida tal como fue planteada⁶⁹.

(ii).- Estaba mal planteada. Pues se pretendía la declaración de una interpretación de la ley general y abstracta. Esto quedaba en evidencia, por una parte, en el importante número de los funcionarios de la DGAC en cuya representación se ha ejercido esta acción declarativa de mera certeza (869) [tal como acontecía en el “caso paralelo” (1.317)], y por otra, en la genérica declaración que requerían al 29º Juzgado Civil de Santiago⁷⁰, que no decía relación con derechos subjetivos de los demandantes, sino que con los derechos de un colectivo de funcionarios públicos⁷¹ o, si se quiere, sobre la ads-

⁶⁹ Tal como aconteció en el “caso en paralelo”, con la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4.049-2016

⁷⁰ Solicitaron, en específico, que se declarara judicialmente que “A los funcionarios que representa y que desempeñan sus labores en la Dirección General de Aeronáutica Civil, les corresponde la aplicación del sistema previsional contemplado en el Decreto con Fuerza de Ley N°1, de la Subsecretaría de Guerra”.

⁷¹ El TC cuestionó que se ejerzan acciones colectivas por funcionarios públicos, por cuanto estas no han sido reconocidas por ley expresamente. Al efecto, sostuvo que “no todo ese universo de vías de reclamo se encuentra a disposición de los funcionarios públicos, para la defensa de sus derechos laborales o previsionales” (Considerando 18º). En efecto, si bien disponen de las vías de impugnación que la CPR ofrece a los afectados por actos de la autoridad –recurso de protección y la acción nulidad de derecho público– (Cita al afecto las STC Roles N°s 78, considerando 11º; 176, considerando 6º; 523, considerando 7º; y 946, considerando 34º.), “Empero, es lo cierto que cuando el Legislador ha querido que los tribunales conozcan de otra acción, enderezada por funcionarios contra específicos actos o resoluciones de la Administración, eventualmente lesivos de sus derechos estatutarios o previsionales, ha tenido que establecerlo expresamente así, ley orgánica constitucional mediante” (Considerando 18º. Con cita al artículo 77, inciso 1º, de la Constitución; y a las STC Roles N°s. 50, Considerando 13º; 1.911, Considerando 6º, y 3.121, Considerando 6º). Y el TC “no se ha pronunciado, en grado de control preventivo de constitucionalidad, respecto a ley alguna que le haya conferido competencia a los tribunales para conocer de acciones colectivas promovidas por funcionarios públicos, en que se pida declarar cuál es el régimen previsional al que se encuentran incorporados” (Considerando 19º).

cripción o no de estos a un régimen o estatuto jurídico específico⁷² –que incluso precisaba tener efectos retroactivos– y que, además, de ser acogida, no podría sino que entenderse extensiva a los restantes funcionarios de ese servicio público, en razón de la garantía de la igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2, de la CPR). Por lo pronto, cabe observar que esta clase de declaraciones, dada su generalidad y abstracción, son impropias del ejercicio de la jurisdicción, y propias de la potestad dictaminante de la CGR (y de la potestad legislativa de los órganos colegisladores⁷³).

Por todo lo anterior, a nuestro juicio, el 29° Juzgado Civil de Santiago debió declarar, de oficio, su incompetencia y/o los demandados haber deducido, en su oportunidad, la excepción homónima⁷⁴, lo que no ocurrió⁷⁵.

(c).- Sí hay contienda de competencia. A la luz de todo lo razonado precedentemente, cabe concluir que sí había contienda de competencia. Esta se verificó en tanto el 29° Juzgado Civil de Santiago entró a conocer (no declinó su competencia) esta acción declarativa de mera certeza que, en esta hipótesis, era improcedente (por cuanto los dictámenes de la CGR sí pueden ser impugnados, pero en forma directa, y no oblicua, y por cuanto la *jurisprudencia administrativa* que ellos contienen está dotada con una *presunción de certeza jurídica*, razón por la cual no podría haber incertidumbre jurídica sobre esa materia –supuesto básico de esa acción–) o al menos mal planteada (por cuanto se ha requerido una declaración judicial general y abstracta, lo que es del todo ajena a la jurisdicción), y con la cual, en definitiva, se buscaba “impugnar” oblicuamente los respectivos dictámenes de la CGR (esto es, sin impugnarlos directamente, en razón de su ilegalidad, como era de rigor), lo que hacía que aquel, con ese solo hecho, no solo excediera los límites de dicha acción, sino que incluso los de la propia jurisdicción, la cual así resultaba desnaturalizada, y su falso ejercicio adquiriría, en los hechos,

⁷² En este sentido, Alejandro Vergara ha señalado que “lo que solicita este colectivo de funcionarios no es que el tribunal les adjudique un derecho (que es lo propio de todo juicio o causa), sino que buscan una declaración interpretativa con efectos regulatorios generales para todos ellos” VERGARA (2017a) p. 134.

⁷³ Artículo 63, N° 20, de la CPR.

⁷⁴ Artículo 303, N° 1, del CPC.

⁷⁵ Recordemos que la CGR no fue considerada como parte en esta causa sino hasta bien avanzada su tramitación.

caracteres propios de la potestad dictaminante de la CGR, a la que de esta forma sustituía.

Con todo, esta contienda de competencia presenta al menos dos particularidades: (i).- La “invasión”/lesión. Se podría pensar que no hay acto decisorio del que se derive la “invasión”/lesión (o una “amenaza grave”⁷⁶) a la potestad dictaminante de la CGR, especialmente si se estimara que aquella solo podría tener lugar en la medida que se hubiese dictado sentencia por el 29º Juzgado Civil de Santiago declarando la interpretación de la ley general y abstracta requerida por los demandantes (vale decir, en sentido diverso al de la *jurisprudencia administrativa* de la CGR)⁷⁷. Estimamos que ello no es así, pues dicho acto decisorio sí se ha verificado en tanto aquel ha entrado a conocer de esta acción declarativa de mera certeza (vale decir, no declinó su competencia). Ello por cuanto con ese solo hecho: (a).- dicho tribunal se atribuyó al menos una competencia provisional para aclarar esta falsa incertidumbre jurídica⁷⁸ (falsa, ya que la *jurisprudencia administrativa*, que está dotada de *presunción de certeza jurídica*, la excluía); y (b) porque “la oportunidad para la adopción de una determinación final sobre el asunto por parte de este Tribunal [en este caso, el 29º Juzgado Civil de Santiago –nota nuestra– no es inocua para la parte que ha promovido la contienda”⁷⁹, la CGR, toda vez que aquel, con ese solo hecho, puso en entredicho su potestad dictaminante, el carácter vinculante de sus dictámenes, la *presunción de certeza jurídica* de su *jurisprudencia administrativa* y el *sistema de interpretación de la ley administrativa*; y (ii).- “Invasión”/lesión por desbordamiento o exceso. Conforme se aprecia, en este caso la “invasión”/lesión a la potestad dictaminante de la CGR se ha producido a consecuencia del desbordamiento o exceso en el ejercicio de la jurisdicción por parte del 29º Juzgado Civil de Santiago, al entrar a conocer de esta acción declarativa de mera certeza, no obstante ser improcedente

⁷⁶ GARCÍA (1987) pp. 146-147.

⁷⁷ ZUÑIGA (2017) p. 204.

⁷⁸ STC Rol N° 2.700. Considerando 7º. “Y, por el otro, es posible sostener que el órgano imputado como incompetente (el Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana) no ha declinado su competencia para seguir conociendo del asunto, pudiendo entenderse que, a esta fecha, se ha arrogado una competencia al menos provisoria;”.

⁷⁹ STC Rol N° 2.700. Considerando 12.

o estar mal planteada⁸⁰. De ahí que la promoción por la CGR de esta contienda de competencia no solo ha tenido por fin aquellos que singularizan a esta clase conflictos, sino que, además, uno eminentemente corrector de los vicios presentes en dicha acción ⁸¹, y respecto de los cuales los mecanismos dispuestos al efecto por el Ordenamiento Jurídico no actuaron ni correcta ni oportunamente, en instancias previas.

Precisado esto último, esta contienda de competencia se nos revela como el resultado de una concatenación de desaciertos, con un gran acierto final como lo fue, a la luz del resultado, su promoción por la CGR ante el TC. En efecto: (i).- Los funcionarios de la DGAC, que desean ser cambiados de régimen previsional (desde AFP a CAPREDENA), con la finalidad de contar con mejores pensiones, al no haber conseguido el envío de un proyecto de ley que concretara tal cambio⁸², vieron una opción para conseguirlo en el ejercicio de esta

⁸⁰ Esto no es extraño en las contiendas de competencias pues, tal como destaca Francisco García, reconociendo la existencia de un *tercer genus* respecto de ellas, las “controversias generadas por causa de una minoración o un desbordamiento de atribuciones. Supuestos que en gran medida, a mi juicio, cabe reconducir a los conflictos positivos fundados en el modo de ejercicio de la competencia. (...) En todo caso, al parecer existe unanimidad en la doctrina italiana (con diversas matizaciones) a la hora de concebir la esencia del conflicto en la existencia de un vicio de incompetencia que causa una lesión...” GARCÍA (1987) p. 127.

⁸¹ En este sentido, Patricio Zapata ha precisado que “La contienda de competencia no es para evitar que una demanda temeraria o mal hecha sea acogida. El buen funcionamiento del Estado de Derecho, y el equilibrio entre los poderes, supone confiar en que los propios jueces actuarán razonablemente y rechazarán las demandas a las que falte algún presupuesto procesal básico. Siempre existe, por supuesto, el riesgo que un tribunal se equivoque. Hay remedios sensatos para eso.” ZAPATA (2017).

⁸² Una eventual modificación del régimen previsional de los funcionarios de la DGAC no podría sino que hacerse a través de una modificación legal, tal como lo habían entendido incluso sus propios funcionarios, quienes, antes de iniciar esta estrategia judicial (ejercer la acción declarativa de mera certeza a fin de que los TJ aclaren una supuesta incertidumbre jurídica sobre el régimen previsional al que ellos están adscritos, tal como acontece en este caso y en el otro “en paralelo”), habían requerido a sucesivos Gobiernos, con o sin paralizaciones mediante, el envío al Congreso Nacional de un proyecto de ley que modificara el régimen previsional al que están adscritos, esto es, desde el régimen del DL N° 3.500 (AFPs) al de las FFAA (CAPREDENA). Así, por ejemplo, la Asociación Nacional de Funcionarios de la DGAC, a través de carta de fecha 16/1/2014, solicitó al señor Rodrigo Hinzpeter Kirberg, entonces Ministro de Defensa Nacional, “que ante la eventual conjunción de actores para generar el proyecto de ley se tomen obligatoriamente en consideración los argumentos aportados, disponiendo la solución previsional de la Dirección General de Aeronáutica Civil hacia el reconocimiento de cotizar en la Caja de la Defensa Nacional en concordancia con lo prescrito en el artículo 21 de la Ley N° 16.752.”. Disponible en: <http://www.anfdgac>.

acción declarativa de mera certeza. Esta estrategia judicial tenía la ventaja, para los demandantes, de soslayar como contraria a la CGR (natural interesada en defender su potestad dictaminante y el carácter vinculante de sus dictámenes), pues, por mandato legal, el legitimado pasivo en estos casos es el Fisco (representado por el CDE⁸³); (ii).- El hecho que el 29º Juzgado Civil de Santiago, bajo un concepto extensivo del principio de inexcusabilidad (tal como queda en evidencia en lo informado por su jueza suplente⁸⁴), haya entrado a conocer de esta acción (no obstante ser improcedente y estar mal planteada), y más aun cuando importaba, conforme se ha destacado, rebasar los límites de la acción deducida y de la propia jurisdicción, de suerte tal que su falso ejercicio resultaba asimilable a la potestad dictaminante de la CGR⁸⁵; (iii).- El hecho que los demandados no hayan opuesto, como era preciso, la excepción de incompetencia⁸⁶; y (iv).- Finalmente, el gran acierto: la promoción por la CGR de esta contienda de competencia, pues, dado su resultado, permitió, por una parte, evitar que una acción improcedente o al menos mal planteada, prosperara, y con ello que eventualmente fuera acogida, lo

cl/wp-content/uploads/Carta-N-03.2014-Solicita-proyecto-de-ley-sobre-prevision-DGAC.pdf

⁸³ En conformidad a lo dispuesto en los artículos 2º, 3º, N° 1, y 18 del DFL N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda.

⁸⁴ Cabe destacar que esto se constata igualmente en el Pleno de la CS, prueba de lo cual es el hecho que, en el “caso análogo”, luego de la decisión del H. Senado, aquella haya devuelto el expediente a la Corte de Apelaciones de Santiago, sin precisar para qué fin, el cual, a nuestro juicio, no podía ser otro que su archivo, tal como precisó la prevención de cuatro de sus ministros. Véase nota 12.

⁸⁵ En este sentido, Alejandro Vergara ha observado: “Y un tribunal no puede aducir ni confundir la inexcusabilidad (que está consagrada para el caso de una verdadera causa jurisdiccional y para otros fines) para admitir y fallar peticiones que lo llevan a invadir competencias de otros órganos.” (en la especie, del Congreso Nacional, legislando, y de la CGR, dictaminando). A lo que agrega que “Esta acción de mera certeza es un invento de la praxis, no está consagrada en ley alguna, no tiene proceso previo tipificado y no origina propiamente una causa jurisdiccional. Una acción de esta naturaleza no parece dar lugar a un verdadero contencioso administrativo, pues se le pide al tribunal que actúe como un verdadero legislador y dictaminador de la Administración”. VERGARA (2017a), p. 134.

⁸⁶ Esto llama la atención sobre la necesidad de una mayor coordinación entre la CGR y el CDE, en orden a que este último, frente a acciones análogas, ejerza las excepciones pertinentes, o bien promueva la contienda de competencia mientras esté radicado su conocimiento en los tribunales inferiores (lo que, por lo pronto, ya se constata, en los “casos análogos recientes”).

que habría significado un ingente costo para el erario público⁸⁷, así como también un “efecto dominó”, en orden a que otros grupos, en situaciones análogas, intentaran esta misma vía para sustraerse de su *jurisprudencia administrativa* y/o modificar sus específicos regímenes jurídicos fijados por ley^{88 89}; y por otra, restablecer su potestad dictaminante, el carácter vinculante de sus dictámenes, la *presunción de certeza jurídica* con la que está dotada su *jurisprudencia administrativa* y el *sistema de interpretación de la ley administrativa*.

3. Habiendo contienda de competencia: ¿Es correcta la decisión a favor de la CGR?

(A).- **La sentencia y la decisión.** El TC decidió esta contienda de competencia a favor de la CGR, lo que compartimos. Cabe, por lo pronto, precisar que con ello en caso alguno le ha reconocido inmunidad en cuanto al control judicial, así como tampoco le ha otorgado a sus dictámenes un estatus privilegiado⁹⁰ (con el que, por cierto, ya contaban, en tanto actos administrativos que son –dotados con presunción de legalidad, imperio y exigibilidad frente a sus

⁸⁷ Al efecto, cabe destacar que, conforme observó la CGR, en la vista de la contienda de competencia cuya sentencia comentamos, de acuerdo a sus cálculos, de prosperar la interpretación que los demandantes habían requerido al 29° Juzgado Civil de Santiago, a través del ejercicio de la acción declarativa de mera certeza deducida (que se declare que los funcionarios de la DGAC están adscritos al régimen previsional de CAPREDENA), ello importaría para el Fisco de Chile, en el plazo de 30 años, un costo estimado, por lo bajo, de 300.000 millones de pesos. Véase la vista de la causa Rol N° 3.283. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yWIRTFtF4dA> (minuto 30:02).

⁸⁸ En este sentido, Patricio Zapata ha observado que “cabe advertir que cualquiera que sea alérgico al activismo judicial desatado no puede sino preocuparse por la forma abstracta en que está construida la demanda de los funcionarios de DGAC. El que se acoja una acción como esta podría, en efecto, abrir la puerta para que mañana otro grupo de ciudadanos busque, y encuentre, un tribunal que, aun a falta de agravio concreto y sin ley habilitante, le cambie, y mejore, sin embargo, su régimen legal de salud, vivienda o educación”. ZAPATA (2017).

⁸⁹ Prueba de ello son los casos que han dado lugar a la promoción por el CDE de las contiendas de competencias a las que nos referimos como “casos análogos recientes”.

⁹⁰ En este sentido, Francisco Zúñiga ha planteado que “La decisión favorable del TC respecto de la contienda de competencia importa un prejuicio sobre la pretendida irreprochabilidad de las resoluciones de la CGR; una suerte de inmunidad de jurisdicción inconciliable con un Estado de derecho. El imperio del Derecho significa en último término, que los tribunales de justicia son los llamados a realizar el control judicial de los actos administrativos, según lo dispone el artículo 38 de la Constitución”. ZÚNIGA (2017) p. 204.

destinatarios—). Por el contrario, ha afirmado que aquellos sí están afectos al control judicial⁹¹, aunque ha precisado que aquel opera a través de su impugnación directa, y no oblicua, como en el caso de acciones que importen requerir la declaración judicial de una interpretación de la ley distinta a la que ellos contienen (la *jurisprudencia administrativa*), sin impugnarlos, o peor aún, lisa y llanamente, ignorándolos⁹². Esta decisión es correcta, pues lo contrario, esto es, que los TJ declaren la interpretación de la ley general y abstracta, sobre materias que corresponde informar exclusivamente a la CGR, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCCGR, sin que hayan sido impugnados directamente sus dictámenes, que contienen su *jurisprudencia administrativa*, en razón de su ilegalidad, y, consecuentemente, sin que hayan sido anulados, importaría pasar por alto su potestad dictaminante, el carácter vinculante de sus dictámenes, la *presunción de certeza jurídica* de su *jurisprudencia administrativa* y el *sistema de interpretación de la ley administrativa*.

Cabe destacar que, últimamente, la CS, en armonía con lo resuelto por el TC en esta sentencia, parece ir reconociendo el relevante rol que corresponde a la *jurisprudencia administrativa* de la CGR y las singularidades de su control judicial, tal como se advierte en sus recientes sentencias recaídas en los casos “Gendarmería”⁹³ y “cajas de

⁹¹ Por todos, véase: SOTO RAMÍREZ (2011) pp. 44 - 45.

⁹² En este sentido, Alejandro Vergara correctamente ha señalado que esta sentencia “no significa plantear que la CGR debiese quedar al margen del control jurisdiccional de los tribunales, que es un canon del Estado de derecho. Lo que se dice es que tal control debe producirse solo ante verdaderas causas de naturaleza jurisdiccional, ante un acto administrativo específico, por un dictamen específico, dentro de los plazos que se establezca, y en un proceso previamente tipificado”. VERGARA (2017a) p. 134.

⁹³ En la respectiva sentencia la CS sostuvo “que siendo la materia discutida de carácter previsional, según lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley N° 10.336, corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República la facultad de fijar el sentido y alcance de las normas que versen sobre la materia”; y luego, reconociendo que existe *jurisprudencia administrativa* al respecto, “que determinó el correcto sentido y alcance de las normas”, concluye que la Dirección de Previsión de Carabineros “ha seguido las instrucciones que sobre la materia ha determinado el órgano contralor, contenidas en el Dictamen N° 42.701 de 9 de junio de 2016, por lo que debe concluirse que la referida Dirección ha obrado en la especie dentro de las facultades legales que le han sido conferidas, por una parte fijando el contenido y extensión de las normas previsionales aplicables al caso concreto, conforme su interpretación y los lineamientos que al respecto le han sido impartidos por la Contraloría General de la República”. Sentencias de la CS Roles N°s 34.218-2017, 34.220-2017, 35.257-2017, 40.306-2017 y 41.751-2017.

compensación”⁹⁴. Así, por ejemplo, esta última, relativa a un recurso de protección deducido en contra de un dictamen de la CGR⁹⁵, reconoce como atribución de esta, “la prerrogativa de interpretar la preceptiva legal que incide en el ámbito administrativo, plasmada en informes jurídicos vinculantes para toda la Administración del Estado sometida a su fiscalización, con arreglo a los artículos 5°, 6°, 9° y 19 de la Ley N° 10.336 de 1952.”, precisando que “distinto es el control judicial de la función dictaminadora de la Contraloría General de la República, aspecto que no conduce a desconocer las potestades de las que se encuentra investido el órgano fiscalizador, sino a esclarecer si en el uso de tal facultad se ha incurrido en ilegalidades o arbitrariedades que conculcan alguna de las garantías del artículo 20 de la Constitución”.

(B).- La sentencia y su contribución a la libertad. La libertad en las sociedades democráticas modernas está resguardada muy especialmente en la medida que se conciba en la forma más amplia posible –y sin retroceso– el derecho de acceso a la justicia respecto de las acciones y omisiones de la Administración; y, asimismo, por la observancia y fortaleza del principio de la seguridad jurídica, en lo concerniente al plexo normativo que la rige, y que conforma, a su vez, los límites de su actuación. En este contexto, la sentencia en comento, en relación a las materias que corresponde informar exclusivamente a la CGR, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCCGR, y que concreta a través de sus dictámenes, que conforman su *jurisprudencia administrativa*, establece una fórmula de equilibrio entre el derecho de acceso a la justicia y el principio de la seguridad jurídica, que sin restringir en lo absoluto el primero, aunque precisando el modo en que debe reconducirse (impugnación directa de los dictámenes, en razón de su ilegalidad), salvaguarda ampliamente el segundo, garantizado muy especialmente a través del carácter vinculante de sus dictámenes y la *presunción de certeza jurídica* de su *jurisprudencia administrativa*. Y como tales materias están referidas directa o indirectamente a los límites de la actuación de la Administración, esta fórmula de equilibrio se erige como una sólida muralla divisoria entre, por una parte, esa actua-

⁹⁴ Sentencia de la CS Rol N° 35.110-2017.

⁹⁵ Dictamen de la CGR N° 3.646-2017.

ción, que de esta forma queda sujeta a Derecho cierto, y, por otra, la libertad, nuestra libertad y nuestras libertades.

3. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos señalar:

(1).- El TC, en esta sentencia, resolvió la cuestión de fondo discutida, ya sea como fundamento directo de la decisión de la contienda de competencia o indirecto, con la finalidad de respaldar la *jurisprudencia administrativa* de la CGR, en cuanto a su legalidad. Ello, si bien no ha sido decisivo, no es correcto, pues: (a).- esta contienda de competencia ha sido promovida por esta a fin de que se dirima a quien corresponde interpretar la ley relativa al régimen previsional de los funcionarios de la DGAC en forma general y abstracta, y en caso alguno para que ella sea interpretada; (b).- era innecesario, ya que dicha *jurisprudencia* está dotada con *presunción de certeza jurídica*; y (c).- de esa forma el TC “invadió” la potestad dictaminante de la CGR, misma que esta ha buscado resguardar con la promoción de esta contienda.

(2).- Hay contienda de competencia entre la CGR y el 29° Juzgado Civil de Santiago, pues, siendo el régimen previsional al que están adscritos los funcionarios de la DGAC una materia sobre las cuales corresponde a ella informar exclusivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCCGR, y así lo ha hecho, a través de una serie de dictámenes, que conforman su *jurisprudencia administrativa* sobre el particular, la interposición de una acción declarativa de mera certeza, requiriendo que se declare judicialmente una interpretación de la ley distinta, y que dicho tribunal ha entrado a conocer, no obstante ser improcedente (por cuanto los dictámenes de la CGR sí pueden ser impugnados, pero en forma directa, y no oblicua, y por cuanto la *jurisprudencia administrativa* que ellos contienen está dotada con una *presunción de certeza jurídica*, razón por la cual no podría haber incertidumbre jurídica sobre esa materia —supuesto básico de esa acción—) o estar mal planteada (por cuanto se ha requerido una declaración judicial general y abstracta, lo que es del todo ajena a la jurisdicción), hace que aquel, con ese solo hecho, desborde no solo los límites de la señalada acción sino que incluso los de la jurisdicción, la que de esta forma resulta desnaturalizada, y su falso ejercicio adquiere características propias de la potestad dictaminante de la CGR, invadiendo así su esfera competencial.

(3).- El TC decidió esta contienda de competencia a favor de la CGR, lo que compartimos. Con ello no le ha reconocido en caso alguno inmunidad respecto del control judicial, así como tampoco le ha otorgado a sus dictámenes un estatus privilegiado (con el que, por cierto, ya contaban, en tanto actos administrativos que son). Por el contrario, ha afirmado que aquellos sí están afectos al control judicial, aunque ha precisado que aquel opera a través de su impugnación directa, y no oblicua, como en el caso de acciones que importen requerir la declaración judicial de una interpretación legal distinta a la que ellos contienen –la *jurisprudencia administrativa*– sin impugnarlos, o peor aún, lisa y llanamente, ignorándolos. Esta decisión es correcta, pues lo contrario, esto es, que los TJ declaren la interpretación de la ley general y abstracta, sobre materias que corresponde informar exclusivamente a la CGR, conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCCGR, sin que hayan sido impugnados directamente sus dictámenes, que contienen su *jurisprudencia administrativa*, en razón de su ilegalidad, y, consecuentemente, sin que hayan sido anulados, importaría pasar por alto su potestad dictaminante, el carácter vinculante de sus dictámenes, la *presunción de certeza jurídica* de su *jurisprudencia administrativa* y el *sistema de interpretación de la ley administrativa*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio, “Entre el criterio del TC y del Senado” (El Mercurio Legal - 16/03/ 2017). Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/03/16/Entre-el-criterio-del-TC-y-del-Senado.aspx>.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1993): “Sobre el recurso de protección la representación del Contralor. Reflexiones acerca de una contienda de competencia”, Revista Chilena del Derecho, N° 20: pp. 743-754.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2006): “Los dictámenes y la interpretación en sede administrativa”, Revista Actualidad Jurídica, N° 14: pp. 149-160.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2010): Derecho Administrativo General (Santiago, LegalPublishing, primera edición).

- DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 365^a, Sesión 86^a, en martes 6 de marzo de 2018, Especial.
- DIARIO DE SESIONES DEL SENADO. Legislatura 365^a, Sesión 87^a, en martes 6 de marzo de 2018, Ordinaria.
- DUVAUCHELLE RODRÍGUEZ, Mario (1994): *Las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile: su regulación constitucional y orgánica constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (1996): “Procedencia del recurso de protección a propósito de una contienda de competencia”, *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, N° 7: pp. 47-52.
- FLORES, Juan Carlos (2007): “Límites constitucionales de las facultades interpretativas de los organismos de la Administración”, *Revista de Derecho Público*, N° 69, Tomo II: pp. 60-84.
- GARCÍA MECHSNER, Cristian (2013): “Contiendas de competencia entre órganos políticos o administrativos y tribunales inferiores de justicia: ¿inconstitucionalidad sobrevenida o derogación tácita?”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 3: pp. 109-116.
- GARCÍA ROCA, Francisco Javier (1987): *El conflicto entre órganos constitucionales* (Madrid, Editorial Tecnos, primera edición).
- GEPP MURILLO, Ignacio Andrés y Muñoz Balharry, Alfonso José (2013): *Potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República* (Santiago, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2014): *La interpretación administrativa en el Derecho Chileno* (Santiago, Editorial LegalPublishing, primera edición).
- LARA ARROYO, José Luis (2011): “Algunas reflexiones sobre el contencioso administrativo en Chile”, en Arancibia Mattar, Jaime, Martínez Estay, José Ignacio y Romero Seguel, Alejandro (edit.), *Litigación Pública* (Santiago, Editorial LegalPublishing, primera edición) pp. 65-92.

- LIBEDINSKY TSCHORNE, Marco (1997): “Opinión de la Corte Suprema sobre contienda de competencia”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, N° 1, pp. 75-96.
- LIZAMA PORTAL, Luis (1998): *La Dirección del Trabajo: una explicación de su facultad de interpretar la legislación laboral chilena* (Memoria de prueba para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile).
- LÓPEZ BOFILL, Héctor (1999): *Conflictos de competencia y jurisdicción ordinaria* (Madrid, Editorial Marcial Pons, primera edición).
- MARÍN SALAS, Carlos (1965): *Las sentencias de mera declaración* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2013): “Bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República”, *Revista de Derecho Público*, N° 78: pp. 97-115.
- OLGUÍN RICHTER, Álvaro (2000): *Estudios de las contiendas de competencia promovidas por la Contraloría General ante el Senado de la República* (Santiago, Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile).
- PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio (2017): “La aparente contienda de competencia de la Contraloría en el Senado” (*El Mercurio Legal* - 15/05/2017) Disponible en: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/03/15/La-aparente-contienda-de-competencia-de-la-Contraloria-en-el-Senado.aspx>.
- REYES ERAZO, Isaura y Vallet Espejo, Camilo (2016): *Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve Análisis Descriptivo* (Santiago, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile).
- RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro (1993): “Contiendas de competencia”, *Gaceta Jurídica*, N° 168, pp. 7-11.
- SILVA CIMMA, Enrique (1994): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición).

- SOTO KLOSS, Eduardo (2005): “La acción declarativa de mera certeza frente a la Administración”, en VVAA, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público” (Santiago, Editorial LexisNexis, primera edición) pp. 559-565.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012a): “La acción declarativa de mera certeza”, en Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo. Temas fundamentales (Santiago, Editorial LegalPublishing, tercera edición) pp. 753-760.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012b): “Control contralor. La Contraloría General de la República en el ámbito de la organización del Estado: antecedentes históricos y funciones”, en Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo. Temas fundamentales (Santiago, Editorial LegalPublishing, tercera edición) pp. 781-789.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012c): “La función dictaminante de la Contraloría General de la República”, en Soto Kloss, Eduardo, Derecho Administrativo. Temas fundamentales (Santiago, Editorial LegalPublishing, tercera edición) pp. 791-801.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2017): “La acción declarativa de mera certeza frente a la Administración del Estado”, en Soto Kloss, Eduardo (edit.), El Derecho Administrativo y la protección de las personas (Santiago, Ediciones Universidad Católica) pp. 143-169.
- SOTO RAMÍREZ, Fernando (2011): La fuerza vinculante de los dictámenes de la Contraloría General de la República” (Santiago, Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, mención Derecho Público, Universidad de Chile).
- VARELA BARRAZA, Yuri (2009): La consulta tributaria vinculante en el Estado de Derecho (Santiago, Editorial LegalPublishing, primera edición).
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017a): “Acciones de mera certeza y atribuciones de la Contraloría”, en Vergara Blanco, Alejandro, Derecho Administrativo: identidad y transformaciones (Santiago, Ediciones Universidad Católica, primera edición) pp. 133-134.

- VERGARA BLANCO, Alejandro (2017b): “Contienda de competencia entre la Contraloría y la Cuarta Sala de la Corte Suprema”, en Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho Administrativo: identidad y transformaciones* (Santiago, Ediciones Universidad Católica, primera edición) pp. 135-148.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio (2017): “La contienda” (La Tercera - 14/3/2017). Disponible en: <http://www2.latercera.com/voces/la-contienda/>.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2017): “Contiendas de competencia de la Contraloría General de la República y los tribunales del Poder Judicial. Análisis de un caso de activismo judicial y activismo contralor”, *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, N° 11, pp. 193-209.

MATERIAL AUDIOVISUAL

- PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio (2017): “Rol del Senado en contiendas de competencia” (Exposición presentada en Seminario “Control de Constitucionalidad”, “Cuarta Mesa: Contiendas de competencia”, organizado por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional -25/05/2017-). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QfOvAVn6WYk&list=PLqRWyXXOYvMxppmMQ6Y5RWrl026nPypXS&index=5>.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2017): “Contiendas de competencia entre tribunales y CGR” (Exposición presentada en Seminario “Control de constitucionalidad”, “Cuarta Mesa: Contiendas de competencia”, organizado por la Asociación Chilena de Derecho Constitucional -25/05/2017-). Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QfOvAVn6WYk&list=PLqRWyXXOYvMxppmMQ6Y5RWrl026nPypXS&index=5>.
- Vista de la causa Rol N° 3.283. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=yWIRTFtF4dA>.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.657.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.700.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.283.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4.555.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 4.585.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5.894-2012.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 10.972-2013.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34.218-2017.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 34.220-2017.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 35.110-2017.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 35.257-2017.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 40.306-2017.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 41.751-2017.
Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 4.049-2016.
Sentencia del 29° Juzgado Civil de Santiago Rol N° 4.017-2012.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 57.281-2004.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 4.976-2005.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 37.117-2006.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 49.994-2007.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 74.525-2011.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 57.679-2014.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 24.143-2015.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 24.159-2016.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 42.701-2016.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 78.329-2016.
Dictamen de la Contraloría General de la República N° 3.646-2017.

