



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

**LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA
REPÚBLICA Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

**Estudio a la luz del conflicto sobre el régimen previsional de los funcionarios de la
Dirección General de Aeronáutica civil.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

ALYERIS LIBERTARIA RODRÍGUEZ MUÑOZ

Profesor Guía: José Miguel Valdivia

Santiago, Chile

2019

Índice

RESUMEN	7
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I. LA COMPETENCIA.	12
1. Concepto y regulación.....	12
2. Características	15
3. Diferencias con otras instituciones	16
4. Factores que la determinan	18
5. Reglas	19
6. Clasificación.....	20
7. Distribución	22
8. Límites	24
CAPÍTULO II: LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA.....	26
1. Concepto de órgano	26
2. Tipos de relaciones que pueden existir entre los órganos de la administración del Estado	27
i. Relaciones de jerarquía.....	27
ii. Relaciones de coordinación	30
iii. Relaciones de conflicto	32
3. Contiendas de competencia.....	34
i. Concepto	34
ii. Evolución.....	34
CAPÍTULO III. LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA ENTRE 1990-2018	46
1. Primera contienda de competencia	48
i. Antecedentes de hecho	48
ii. Antecedentes de derecho.....	49
iii. Debate producido en el Senado.....	49
iv. Resultado de la votación.....	58
2. Segunda contienda de competencia	60
i. Antecedentes de hecho	60
ii. Antecedentes de Derecho.....	60

iii.	Debate producido en el Senado.....	61
iv.	Resultados de la votación	66
3.	Tercera contienda de competencia.....	67
i.	Antecedentes de hecho	67
ii.	Antecedentes de Derecho.....	67
iii.	Debate producido en el Senado.....	68
iv.	Resultados de la votación	71
4.	Cuarta contienda de competencia	72
i.	Antecedentes de hecho	72
ii.	Antecedentes de Derecho.....	73
iii.	Debate producido en el Senado.....	73
iv.	Resultados de la votación	81
5.	Quinta contienda de competencia.....	82
CAPÍTULO IV. LA ÚLTIMA CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE CONTRALORÍA GENERAL Y TRIBUNALES.....		83
1.	Conceptos básicos.....	85
i.	Contraloría y su potestad dictaminante.....	85
ii.	Acciones de mera certeza	89
2.	La contienda de competencia ante el Tribunal Constitucional	91
i.	Antecedentes de Hecho.....	91
ii.	Antecedentes de Derecho.....	92
iii.	Sentencia del Tribunal Constitucional.....	95
3.	La contienda de competencia ante el Senado	100
i.	Antecedentes de Hecho.....	100
ii.	Antecedentes de Derecho.....	101
iii.	Debate producido en el senado	102
iv.	Resultado de la votación.....	124
v.	Cumplimiento del acuerdo senatorial.....	124
4.	Comentarios sobre las contiendas	126
CONCLUSIONES.....		129
BIBLIOGRAFÍA.....		137
LEYES E INFORMES CITADOS.....		140
	Leyes	140

Actas	141
Sentencias.....	142
Informes.....	142
Diarios de sesiones del Senado.....	142
Oficios y Dictámenes	143

RESUMEN

Esta investigación se centra en el estudio de las Contendidas de Competencia desarrolladas entre Contraloría General de la República y los Tribunales Superiores de Justicia, resueltas por el Senado entre los años 1990 y 2018, con énfasis en el último conflicto producido, a propósito de la determinación del régimen previsional de los funcionarios de la dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC). Se atenderá al desarrollo conceptual y normativo de las contiendas de competencia a lo largo de la evolución histórica de nuestro sistema institucional, para luego exponer pormenorizadamente la perspectiva de los contendientes en cada uno de los conflictos, así como los debates desarrollados al interior de cada uno de ellos.

INTRODUCCIÓN

“Para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder”.

Esta declaración, contenida en la obra “El espíritu de las leyes”, escrita por Charles-Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, en 1748, sirve a modo de preámbulo para el desarrollo, dos capítulos más adelante, de la llamada **doctrina de separación de poderes**. *Hay en todos los Estados tres especies de poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil*. (1906, pág. 227)

Hoy, más de 270 años después de su publicación, el panorama jurídico se descubre más complejo, y aunque la necesidad de delimitación del poder expuesta por Montesquieu siga vigente, la distinción otrora clara entre el poder legislativo, ejecutivo y judicial resulta ahora más difusa.

Esto ocurre porque para llevar a cabo su labor, la gestión de los asuntos públicos mediante actos concretos de ejecución de la ley, la administración actúa en un terreno tanto de medios jurídicos como materiales (VALDIVIA, 2018, pág. 33), lo que la diferencia de la legislación y la jurisdicción cuyas funciones se traducen en leyes y sentencias (medios jurídicos) y así, para que la administración lleve a cabo su cometido, debe recurrir a técnicas semejantes a legislar y juzgar.

Esto genera que resulte menos clara la conceptualización del “poder ejecutivo” en el mundo contemporáneo de autonomías constitucionales y legales, potestades reglamentarias, potestades normativas a organismos técnicos y competencias de resolución de conflictos otorgadas a la administración (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 28). Y si bien existen potenciales conflictos entre el poder legislativo y el ejecutivo, especialmente cuando este actúa normando, es la distinción entre la administración y el poder judicial, las dos formas de “ejecución” de la ley, la que será el foco de atención principal de este trabajo.

Observaremos que, aunque la regulación constitucional de este tipo conflictos ha sido una preocupación más bien secundaria a lo largo de nuestra historia constitucional, es de suma importancia para el armónico y ordenado funcionamiento del aparato estatal. A diferencia de los conflictos internos de un órgano del estado, que pueden ser resueltos por el superior jerárquico de este, cuando los contendientes pertenecen a distintas estructuras del estado, la resolución es más compleja.

Sin un órgano recubierto de legitimidad que resuelva con criterios claros las disputas producidas, el desorden resultante podría desembocar en falta de seguridad jurídica, en pérdida de recursos públicos, ineficacia y lentitud en la respuesta gubernamental a demandas sociales, y en la

distorsión del sistema de frenos y contrapesos propio de una democracia.

Si bien el campo de estudio señalado anteriormente es amplio, nuestro **objetivo** se acotará a los conflictos producidos entre un organismo administrativo, **la Contraloría General de la República**, con los órganos superiores del Poder Judicial, **los tribunales superiores de justicia**, siendo precisamente la actuación de Contraloría en uso de sus facultades de control de la legalidad de los actos de la administración, tanto a través de la toma de razón como por su función dictaminante, la que ha colisionado más directamente con la actuación de los tribunales de justicia en su función de control de los actos de la administración.

Para ello, la metodología utilizada será la investigación descriptiva de las contiendas desarrolladas en el periodo que abarca desde el año **1990 hasta el 2018** entre los referidos entes, conocidos por el **Senado**, con el fin de conocer los principales puntos debatidos, los argumentos esgrimidos tanto por las partes contendientes como por los senadores, así como los criterios que prevalecieron al resolver finalmente las contiendas.

Esta investigación se desarrollará a lo largo de cuatro capítulos o secciones principales.

En el primero examinaremos principalmente el concepto mismo de competencia. También ahondaremos en su regulación, sus características, sus diferencias con otras instituciones, los factores que la determinan, la forma de clasificarla, sus reglas, su distribución en diferentes órganos y los límites en su ejercicio.

En el segundo estudiaremos principalmente las contiendas de competencia en sí. Para eso partiremos inspeccionando el concepto de órgano, los tipos de relaciones que pueden existir entre órganos de la administración del estado, y finalmente las contiendas de competencia en su regulación actual, así como su evolución a lo largo de la historia institucional de nuestro país.

En el tercero expondremos una por una las contiendas de competencia producidas entre la Contraloría y los tribunales superiores, excepto la última. En esta sección, por cada contienda se explorarán sus antecedentes tanto de hecho y como de derecho, los argumentos de cada parte contendiente y luego las intervenciones realizadas por los senadores, así como el resultado final de la votación, cuando corresponda.

Y, en la última sección, analizaremos detalladamente la última contienda producida entre la Contraloría y los tribunales superiores de justicia. Este capítulo abordará primero a modo de antecedente la resolución por parte del Tribunal Constitucional de un similar conflicto, para posteriormente pasar a analizar lo resuelto en el Senado, indicando los argumentos de ambas partes, las intervenciones senatoriales, las intervenciones en la comisión de distinguidos profesores

de derecho administrativo y, finalmente, distintas reflexiones doctrinarias por ella motivadas.

Es de esperar que, a través de este examen, se comprenda no sólo la última contienda de competencia producida entre estos organismos, sino además el contexto jurídico e histórico que la rodea, así como las posibles falencias normativas que impactan en su desarrollo, y las distintas explicaciones y soluciones elaboradas por la doctrina.

CAPÍTULO I. LA COMPETENCIA.

En este primer capítulo se desarrollarán los elementos necesarios para entender las contiendas de competencia objeto de este trabajo, esto es, el concepto de competencia, su regulación en nuestro ordenamiento, sus características propias, además de los factores que la determinan, las formas de clasificarla, sus reglas, diferencias con otras instituciones, distribución de estas en los diferentes órganos y límites en su ejercicio.

1. Concepto y regulación

El concepto de competencia se puede entender tanto en un sentido procesalista como en el sentido que le da el derecho administrativo (OLGUÍN R., 2000, pág. 12), siendo este desarrollado por ambas ramas del derecho.

El concepto desarrollado por el derecho procesal define la competencia como “el derecho que tiene un juez o tribunal para conocer de la causa” (ESCRICHE, 1863 , pág. 470) o también como “la esfera de atribuciones dentro del cual cada tribunal ejerce la potestad jurisdiccional (PEREIRA A., 1993, pág. 161)”.

Este concepto de competencia se encuentra recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales que declara “*La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones*”

Si bien el concepto desarrollado tiene plena aplicación en el campo del derecho procesal, al entrar en el campo administrativista ha sido adaptado a las instituciones propias de este, siendo definida como el “*círculo de atribuciones legales de la autoridad administrativa*” (MARIENHOFF, 2003, pág. 586) y como “**el conjunto de facultades, poderes, atribuciones y responsabilidades que corresponden a una determinada entidad administrativa o a un determinado órgano en relación a los demás**” (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 198).

Según Santamaría Pastor, la noción de competencia se utiliza de forma inapropiada, de forma objetualizada (1998, pág. 392) aludiendo a las potestades e intereses encomendadas a los entes y órganos. El autor rechaza esta definición, sosteniendo que la competencia no es un objeto, sino una calidad subjetiva, consistente en “**la titularidad de una serie de potestades públicas ejercitables respecto de unas materias, servicios o fines públicos determinados: no se tiene, pues, competencia; se es competente**” (pág. 393)

Debemos destacar que la competencia debe ser referida siempre al órgano y no al individuo, pues éste es un elemento de aquel y es a este órgano a quien se le realiza la asignación de poder para

la emisión de actos administrativos, de naturaleza imperativa y que obliga de forma unilateral a quienes van dirigidos. Esta asignación se denomina potestad administrativa. (DANIEL A., 1985, págs. 71-72)

El concepto de competencia va directamente unido al concepto de **estructura jerárquica**, y su separación es debido a razones metodológicas, debido a que la distribución de competencias en los diversos órganos, tiene como objetivo la óptima división del trabajo, lo que a su vez, lleva implícita la idea de distribución según la jerarquía que poseen los órganos dentro de la estructura de la cual forman parte (SOTO K., 2012, pág. 171).

Sin embargo, la competencia no es solamente un asunto de distribución de tareas para una mejor división del trabajo. El principio de juridicidad competencial conlleva que sólo en virtud de una ley es posible crear entes y determinar sus funciones y atribuciones, careciendo una actuación fuera de la competencia asignada de validez jurídica, y originando responsabilidad. Así, **la competencia se vuelve un asunto de imputación específica de efectos jurídicos por la actuación de entes estatales**. (SOTO K., 2012, pág. 172). En resumen, la competencia es el presupuesto de la lícita actividad del órgano y límite de la misma (CORDERO V. L. , 2015, pág. 198) Los actos dictados sin competencia no son válidos (BERMUDEZ S., 2011, pág. 320) .

A mayor abundamiento, la competencia es el fundamento mismo del ente, en el sentido que la actualización de las potestades otorgadas para la satisfacción de necesidades públicas es precisamente el fin del organismo, y es esta satisfacción *la que para ser alcanzada es aderezada, recubierta, vestida, animada, por el Derecho, de un modo determinado, para que organizadamente pueda actuar unitariamente por medio de hombres imputando efectos frente a terceros* (SOTO K., 2012, pág. 173)¹

En cuanto al proceso de organización, Santamaría Pastor distingue diversas etapas; primero, la asignación a cada nivel de entes públicos de un círculo de intereses específicos, en la forma de objetivos, servicios o sectores socioeconómicos sobre los que se va a intervenir; luego, la atribución a cada ente de potestades públicas concretas para satisfacer los intereses asignados; y, por último, la distribución de los sectores de intereses junto con sus potestades correlativas entre cada órgano que integra la estructura del ente (SANTAMARÍA P., 1998, pág. 392)

Al abocarnos a nuestro estudio de conflictos entre autoridades administrativas y judiciales, debemos a la vez adaptar nuestro concepto de competencia, a un concepto amplio que nos permita entender la interacción entre ellas, ya que tanto la función jurisdiccional como la administrativa se

1. El mismo autor precisa que la competencia se atribuye a un órgano y no al sujeto jurídico del cual el órgano un elemento. El ente posee funciones que son actualizadas a través de sus órganos por medio de poderes jurídicos finalizados o potestades. En un sujeto puede haber pluralidad de competencias, que están radicadas en órganos diferentes.

caracterizan por su competencia (COLOMBO C., 2004, pág. 521). En este sentido Lautaro Ríos entiende por competencia “*la potestad conferida a una autoridad u órgano de poder para actuar o resolver aquellas materias que la constitución – o la ley dictada conforme a ella- ha puesto dentro de la esfera de sus atribuciones*” (RÍOS A., 1994, pág. 7) siendo también entendida como “*la parte de función que corresponde a un órgano*” (COLOMBO C., 2004, pág. 620), siendo una parte de la jurisdicción en el caso de un tribunal y una parte de la función administrativa en el caso de un agente público

Debemos concluir, entonces, que la competencia es una institución del derecho público aplicable tanto a las funciones jurisdiccionales como administrativas cuyo propósito es distribuir estas funciones entre los órganos del Estado.

En cuanto a su regulación en nuestro ordenamiento, su consagración se encuentra en la Constitución de la República en su artículo 7². Este señala:

*“Artículo 7° Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, **dentro de su competencia** y en la forma que prescriba la ley.*

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”

Observamos aquí que la competencia es un **requisito de validez** de la actuación de los órganos del Estado. Este artículo debe ser complementado con el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado³ (en adelante “LOCBGAE”), que declara:

“Artículo 2°- Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la

² Decreto 100. *Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile*. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (Diario Oficial de Chile. 22 de septiembre de 2005)

³ DFL 1. *Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (Diario Oficial de Chile, 17 de noviembre de 2001)

Constitución y a las leyes.

Deberán actuar **dentro de su competencia** y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. **Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.**”

Debe notarse aquí que el concepto de “ordenamiento jurídico” es más bastante más amplio que el de “la constitución o las leyes” del primer artículo citado, esto debido a que ordenamiento jurídico es una expresión doctrinaria que *denota la totalidad de las fuentes del derecho en su concepción global y unitaria* (PANTOJA B., 1987, pág. 36) y que incluye tratados internacionales, principios generales del derecho y la aplicación uniforme que hacen los órganos administrativos de las disposiciones formales.

Igualmente debe destacarse la frase final del artículo referido, que establece que todo *mal uso* que se haga de las potestades conferidas por el ordenamiento, “*todo injusto, impropio o indebido de la autoridad administrativa y todo exceso en el ejercicio de ellas, que exceda, sobrepase o vaya más allá de las atribuciones conferidos*” será sancionable por medio de dos vías: la acción jurisdiccional y los recursos administrativos (PANTOJA B., 1987, pág. 37) ⁴ Ambos artículos deben complementarse con el artículo 4⁵ de la referida LOCBGAE, que consagra la cláusula general de la responsabilidad de los órganos de la Administración del Estado, y con el artículo 8⁶ inciso 1 del mismo cuerpo legal que se refiere al derecho de reclamo.

2. Características

La competencia tiene ciertas características, cuando está referida a los órganos públicos estatales Estas son el ser **irrenunciable, específica e imprescriptible**.

Su **irrenunciabilidad** está dada por el hecho de ser una garantía para los derechos de los ciudadanos. Así, se relaciona con la noción de deber, “*o sea de obligatoriedad de su ejercicio*”

⁴ También el **artículo 3** de la Ley 19.880. se refiere a la competencia como requisito de validez. Su inciso dos declara “*Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública*” Ver: Ley 19.880. *Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado*. Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Diario Oficial de Chile, 29 de Mayo de 2003)

⁵ “**Artículo 4.** El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”

⁶ D “**Artículo 8.** Los órganos de la administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites”.

cuando se presenta la necesidad pública para cuyo efecto se le ha conferido precisamente esa potestad” (SOTO K., 2012, pág. 176). Esto tiene sentido al considerar que el órgano público tiene una función, un poder jurídico finalizado, que es justamente la causa de su creación.

La irrenunciabilidad de la competencia también implica que es indisponible⁷, no pudiendo ser convenida con terceros, al ser materia de orden público, y que su no ejercicio implica antijuridicidad, pudiendo generar responsabilidad por falta de servicio.

La especificidad de la competencia, por su parte, deriva del principio de juridicidad del obrar de los órganos del estado, y está recogida en el artículo 7 de la Constitución Política, que señala “*Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*”.

De su regulación se desprende que la competencia será siempre “*formal y expresamente prevista, determinada positivamente, pues no cabe olvidar que en virtud del principio de juridicidad estos órganos existen en la medida que hayan sido creados por el legislador*” (SOTO K., 2012, pág. 178)⁸

Esta característica conlleva que las potestades asignadas al órgano serán siempre condicionadas y limitadas, debiendo ser así, aunque no se exprese de esa manera, ya que los órganos públicos deben someter su actuación al fin o función para el cual fueron creados, sirviendo este como criterio interpretativo de las facultades del órgano.

Finalmente, que sea imprescriptible significa que no se extingue ni se agota con su ejercicio o con su no ejercicio.

3. Diferencias con otras instituciones

Es importante para este estudio diferenciar conceptos como la competencia y la potestad de otras instituciones de derecho con las cuales podría existir confusión.

Primeramente, la competencia es diferente de la capacidad civil. Observamos que la competencia es la excepción en derecho, porque requiere texto expreso para poder operar, no existiendo un estatus general de capacidad de los entes públicos, como es el caso en el derecho privado. En

⁷ Cabe mencionar sin embargo que esta indisponibilidad se atenúa por la delegación del ejercicio de potestades. Aun así, en la delegación el delegante conserva la titularidad de la potestad misma.

⁸ En el mismo sentido, Soto Kloss señala que esta característica implica la especialidad de la competencia, en cuanto a que cada órgano posee una órbita distinta de poderes, no siendo racional la creación de varios órganos con igual competencia.

este mismo sentido, García de Enterría destaca que *“la capacidad jurídica de Derecho Público de una Administración, coincide pues, con el conjunto de potestades que le hayan sido atribuidas por el ordenamiento; puede producirse jurídicamente en todo lo que resulte del ejercicio de estas potestades que le hayan sido previamente conferidas y no puede hacerlo fuera de esa atribución invocando un supuesto principio de presunción general de aptitud o de libertad”* (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNANDEZ , 2011, pág. 444).

Otra diferencia entre estas instituciones es la que la capacidad es facultativa para quien es titular de ella, mientras que, en el caso de la competencia, su ejercicio es obligatorio si se dan sus supuestos de procedencia.

Un tercer aspecto es que la actuación de la persona tiene distintos propósitos en el ámbito civil y el público. En derecho civil el sujeto actúa en beneficio propio, utilizando su autonomía para la satisfacción de sus intereses particulares, mientras que en derecho público la persona jurídica es una organización teleológicamente delimitada para la realización de ciertos fines, concretos, que implican la actualización de un interés colectivo (GARCÍA DE ENTERRÍA & FERNANDEZ , 2011, pág. 446)⁹

En segundo lugar, es necesario distinguir el concepto de potestad con el de derecho subjetivo, para entender la naturaleza de la competencia asignada a los órganos del Estado.

Potestad es, *“aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes”* (SANTAMARÍA P., 1998, pág. 879). También ha sido definida como *“poder jurídico finalizado en beneficio de un tercero”* (SOTO K., 2012, pág. 173). En cambio, bajo la clásica definición de Ihering, el derecho subjetivo es un *“interés jurídicamente protegido”*.

La potestad como tal tiene su origen en el ordenamiento refiriéndose siempre a situaciones genéricas y abstractas, mientras que el derecho subjetivo emana normalmente de una relación jurídica concreta.

Por otra parte, el derecho subjetivo posee un objetivo específico, concreto y determinado, exigible a uno o varios sujetos pasivos, a diferencia de la potestad, la cual tiene un objeto genérico, ya que consiste en la *“posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos o materiales sobre un sujeto o un colectivo de sujetos”* (SANTAMARÍA P., 1998, pág. 879). Por ello, frente al derecho subjetivo existe una obligación correlativa que no se encuentra en la potestad, implicando esta una relación

⁹ Otra diferencia a la que se refiere García de Enterría dice relación con la capacidad de obrar. En derecho civil la capacidad de obrar y la capacidad jurídica coinciden, y no hay personas jurídicas incapaces. En derecho público, los entes públicos están afectos a limitaciones según sus respectivas regulaciones en su capacidad de obrar.

asimétrica sin deber correlativo.

Finalmente, el derecho subjetivo se dirige a la satisfacción de un interés propio del titular del mismo, lo cual permite a las partes modificar los términos de su ejercicio e incluso renunciarlos, lo cual no es posible en el caso de una potestad, ya que el titular del mismo tiene el deber de ejercer la potestad en los términos legalmente establecidos, sin poder renunciar libremente a ellos.

4. Factores que la determinan

Para entender la competencia también necesitamos estudiar los factores que la determinan, y que consisten en materia, el territorio y el grado. Estos factores permiten al órgano actuar frente a una realidad concreta, posibilitando el efectivo ejercicio de las potestades asignadas.

La materia corresponde al *“contenido sustancial de la competencia, el objeto sobre que recae y que el órgano deberá realizar. Constituyendo el contenido o conjunto de tareas o función que, dentro de la administración, se le ha asignado”* (DANIEL A., 1985, pág. 72).

Es utilizando este elemento que se especializan los diversos servicios públicos (BERMUDEZ S., 2011, pág. 321) y ministerios, siendo estos últimos los que canalizan en grandes líneas los sectores de *competencia en su sentido material* (DANIEL A., 1985, pág. 73). Por cierto, las atribuciones con las cuales contarán serán diferentes, pero todas ellas se referirán a un mismo sector de las necesidades públicas.

Expresión de lo anterior es el artículo 22 de la LOCBGAE, que define a los ministerios, señalando que son *“los órganos superiores de colaboración del Presidente de la República en las funciones de gobierno y administración de sus respectivos sectores, los cuales corresponden a los **campos específicos de actividades en que deben ejercer dichas funciones**”*

Este campo específico se refiere a los cometidos concretos de una parcela determinada de actividad (SOTO K., 2012, pág. 185) que el legislador asignará a los órganos superiores de un ente (potestades concentradas) o a los inferiores (potestades desconcentradas)

El territorio, por su parte, corresponde a una *“fórmula de distribución horizontal de competencias y poderes en general, en que el elemento determinante para la atribución de la competencia será el ámbito espacial dentro del que la competencia se ejercerá”* (BERMUDEZ S., 2011, pág. 321). Es, en otras palabras, el lugar en el cual el órgano ejercerá su actividad, pudiendo ser una comuna, provincia, región, u otra división, no suponiendo necesariamente una relación jerárquica.

Un ejemplo de este criterio es el artículo 3 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades¹⁰,

¹⁰ DFL 1. *Fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de*

que declara “Corresponderá a las municipalidades, **en el ámbito de su territorio**, las siguientes funciones privativas a) Elaborar, aprobar y modificar el plan **comunal** de desarrollo cuya aplicación deberá **armonizar con los planes regionales y nacionales**;(...)”

El grado, por su parte, es “*la posición jurídica que ocupa un órgano determinado en la línea jerárquica de un ente, sujeto, organismo o persona jurídica*” (SOTO K., 2012, pág. 186). A diferencia del elemento anterior, éste es vertical, entregándose generalmente las potestades de mayor importancia al órgano superior en la jerarquía.

Un ejemplo del elemento grado en la normativa es el Artículo 23 de la LOCBGAE, que señala: “Los Ministros de Estado, en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, tendrán la **responsabilidad de la conducción** de sus respectivos Ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que aquél imparta”

5. Reglas

La competencia, en seguida, tiene ciertas reglas que la rigen. La primera regla de la competencia es la **radicación**¹¹ Regulada en el artículo 54 de la ley 19.880¹², establece que, una vez interpuesta una reclamación ante la administración, no puede el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o desestimada. Esta norma es manifestación del principio de separación del ejercicio de los poderes del Estado, estableciéndose la incompatibilidad entre la vía judicial y la administrativa (VALPUESTA & PÉREZ , 2013, págs. 506-507), sin establecer un orden de prelación otorgándole a los administrados el derecho de elegir la vía de impugnación correspondiente.

La segunda regla corresponde al **grado**, regulado en el artículo 59 de la ley 19.880, que establece que cuando no se deduzca reposición, el recurso jerárquico se deberá interponer ante el superior jerárquico de quien hubiere dictado el acto impugnado. El plazo para ello serán 5 días siguientes a su notificación.

Una tercera regla corresponde a la **extensión**, regulada en el artículo 9 de la ley 19.880, que establece que se decidirán en un solo acto todos los trámites que por su naturaleza admitan un impulso simultáneo, cuando no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo. Por regla general las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento no suspenden la tramitación del

Municipalidades. Ministerio del Interior. (Diario Oficial de Chile, 26 de Julio de 2016)

¹¹ Es preciso mencionar que hay ciertos casos legalmente regulados que alteran la radicación, así, la suplencia de servicios, los convenios de programación, los trasposos de servicios, la avocación y la delegación.

¹² Ley 19.880. *Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado*. Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Diario Oficial de Chile, 29 de Mayo de 2003)

mismo, incluso si se refieren a la nulidad de las actuaciones, salvo, que la administración por resolución fundada determine lo contrario. Este artículo consagra el llamado *principio de economía procedimental* (VALPUESTA & PÉREZ , 2013, pág. 108)

También se regula esta cuestión en el artículo 41 del mismo cuerpo legal, que se refiere a las cuestiones conexas a una resolución, las cuales deben ser puestas en conocimiento de los interesados, quienes disponen de quince días para formular alegaciones y aportar medios de prueba, debiendo ser zanjadas en la resolución final.

Una cuarta regla es la **ejecución**, regulada en el artículo 3 de la ley 19.880, señala que los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, lo que autoriza su ejecución de oficio por la autoridad administrativa desde su entrada en vigencia, salvo en el caso de una orden de suspensión emitida por una autoridad administrativa dentro de un procedimiento impugnatorio o por un juez. Eso último debido a que el legislador busca evitar que la administración suspenda la ejecución de un acto por consideración propias de la competencia de tribunales de justicia (VALPUESTA & PÉREZ , 2013, pág. 45)

El artículo 50 de la referida ley también establece que la administración pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico, estando obligado el órgano que ordene un acto de ejecución material a notificar al particular interesado de la resolución que lo autoriza su actuar.

Finalmente, la **inexcusabilidad**, normada en el artículo 41 de la misma ley, declara que la administración no podrá abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables, aunque podrá resolver la inadmisibilidad de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento. Esto significa, que la existe una obligación para la administración de resolver el recurso interpuesto, debiendo pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del acto impugnado (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 420)

6. Clasificación

La competencia, además, puede ser clasificada de diversas maneras, lo cual es especialmente relevante hoy, con un creciente número de supuestos de coparticipación (SANTAMARÍA P., 1998, pág. 394) y con la mayor complejidad de las interacciones entre los diversos órganos del sistema público.

En primer lugar, la competencia puede ser **propia o delegada**. La competencia propia es la que

otorga una norma jurídica directamente a un órgano determinado, mientras que la delegada es la transferida desde el superior al subordinado en ciertas materias, específicas, a través de un acto administrativo. El órgano a quien se le delega la competencia no ostenta la titularidad sino sólo el ejercicio ella (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 200)

La competencia, de acuerdo con el territorio o espacio físico en el cual el órgano de la administración del estado desplegar su acción, se puede clasificar en **nacional, regional, provincial o local**, lo cual, como veremos más adelante tiene gran importancia para determinar la autoridad competente para resolver eventuales contiendas de competencias.

La competencia además puede ser **exclusiva, alternativa y compartida**. Competencia **exclusiva** es la que sólo permite decidir al órgano al cual se atribuyó una determinada potestad o interés, no pudiendo intervenir otros órganos en la decisión ni aún por vía de recurso administrativo (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 199)¹³. En virtud de este tipo de competencia, el ente de grado inferior no queda sometido al control jerárquico de que usualmente es objeto (BERMUDEZ S., 2011, pág. 322), al menos con respecto a aquella competencia particular. Sin embargo, esto no significa su inmunidad jurisdiccional (SOTO K., 2012, pág. 181), ya que igualmente responderían ante los tribunales de justicia por sus actos facultativos o reglados. Según Soto Kloss, la exclusividad no se opone al otorgamiento de potestades concurrentes ya que en este último caso varios órganos van a “concurrir” (p.182) a satisfacer necesidades públicas pero cada cuál en un determinado campo de actuación, en un momento dado.

Competencia **alternativa** es la que puede ser ejercida por un órgano distinto, aunque de la misma entidad, mientras que la competencia **compartida** es la que se atribuye a varios órganos en distintas fases de ordenación, ejecución o control, en ella las potestades sobre una misma materia se entregan de forma desglosada, o de forma parcelada (SANTAMARÍA P., 1998, pág. 394).

Debemos diferenciar el concepto de competencia compartida de la concurrente. La **concurrente** se da en relación a una misma materia, atribuida a órganos distintos por títulos jurídicos diferentes, por ejemplo, cuando se requieren varias autorizaciones distintas para ejercer una actividad económica., como en el caso de la evaluación de impacto ambiental.

La doctrina también distingue entre la competencia conjunta, la sucesiva y la indistinta. La

¹³ Un ejemplo de ello son las atribuciones privativas de las municipalidades reguladas en el artículo 3 de la ley Orgánica de municipalidades, ver “DFL 1. Fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ministerio del Interior. (Diario Oficial de Chile, 26 de Julio de 2016)”

competencia **conjunta** se produce cuando dos o más órganos son competentes para intervenir sobre una misma materia, y su intervención debe producirse en un mismo procedimiento de forma continua.

La competencia es **sucesiva**, cuando dos órganos pueden decidir sobre el mismo asunto, pero el *segundo no puede actuar sino, cuando haya transcurrido un determinado plazo desde el momento en que pudo hacerlo el primero*" (SANTAMARÍA P., 1998, pág. 395)

Por otra parte, será **indistinta** cuando órganos se encuentren en un plano de igualdad, y los supuestos en que una determinada facultad corresponde de forma coetánea y no excluyente a dos o más órganos. Suele ser común en las actividades de fomento, sin embargo, su uso debe evitarse ya que produce duplicidad de competencias.

La competencia otorgada puede ser, por otra parte, de **primer o de segundo nivel**, según si se activa o no con el *recurso jerárquico*.

Distinguimos también entre competencia para **elaborar políticas**, principalmente radicada en los ministros, y la **competencia para ejecutar políticas**, principalmente radicada en los servicios.

Igualmente, referida a su contenido, las potestades otorgadas pueden ser **decisorias, consultivas o revisoras** (SOTO K., 2012, pág. 184)

Finalmente, la competencia también puede clasificarse en **específica o residual**. La específica es aquella que le da razón de ser al ente administrativo (BERMUDEZ S., 2011, pág. 321), por lo cual, si se extingue legalmente, el órgano desaparece o deviene en otro distinto. La residual es aquella que facilita el ejercicio de la específica; pero en su posesión no se juega ni su identidad ni su existencia.

En cuanto a la modalidad de otorgar estas competencias, cabe destacar que pueden ser otorgadas de forma temporal o de forma indefinida, siendo esta última la regla general debido a que las necesidades públicas deben ser satisfechas de forma continua. A su vez su amplitud puede ser reglada enteramente, o conferida con discrecionalidad (SOTO K., 2012, pág. 183)

7. Distribución

Ya hemos estudiado distintos factores que permiten la distribución de competencias a lo largo del ordenamiento; sin embargo, debemos enfatizar que la distribución varía con el tiempo, por factores técnicos como políticos (SANTAMARÍA P., 1998, pág. 395), por lo cual existe un conjunto de procedimientos que se emplean para alterar su repartimiento entre órganos y entes de la

administración, en este apartado estudiaremos estos procedimientos.

Las técnicas de alteración de competencia consisten en la delegación de atribuciones, la delegación de firma, la encomendación de acciones, la suplencia de servicio público y el traspaso de competencias

De forma sumaria, la **delegación de atribuciones** “*consiste en la asignación a un ente u órgano por parte de otro, de la misma entidad, normalmente en situación de supremacía o superioridad, el ejercicio de competencias determinadas, reconocidas como propias del segundo*” (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 200). Se encuentra regulada en el artículo 41 de la LOCBGAE que establece los requisitos de su procedencia, recalcando que la delegación debe ser parcial y recaer en materias específicas, que el acto debe ser publicado y notificado, y que los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes. El mismo artículo establece la responsabilidad por las decisiones que adopte el delegado, al igual que al delegante por las que le correspondieren por su eventual negligencia en su fiscalización y dirección, así como también el carácter esencialmente revocable de la misma.

Diferente es la **delegación de firma**, regulada en el mismo artículo 41 en su inciso final, en esta, la decisión proviene del órgano delegante, y el delegado tiene solamente la facultad de firmar siguiendo las órdenes de aquel. Es por ello que la ley establece que la delegación *no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente*, sin perjuicio de la responsabilidad del delegado en el ejercicio de la facultad delegada.

La **encomendación de acciones**, por su parte, regulada en el artículo 37 de la LOCBGAE, permite a los servicios públicos confiar la ejecución de acciones y la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, previa habilitación legal, a municipalidades o entidades de derecho privado. Esta encomendación debe realizarse por medio de un convenio entre las instituciones en el cual se asegure el cumplimiento de los *objetivos del servicio* y donde se resguarde el patrimonio estatal. Se ha sostenido que no habría propiamente en este caso un traslado de competencias, sino *una especie de auxilio en el ejercicio de competencias propias por parte de otro sujeto, que sólo tiene el carácter de ocasional y no permanente* (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 201)

Por su parte, la **suplencia de servicio público** aplica en aquellos lugares donde no exista un determinado servicio público, permitiendo la celebración de un convenio entre los jefes superiores de los servicios, aprobado por decreto supremo y suscrito por los respectivos ministros, para que las funciones del servicio público faltante sean asumidas por otro. Esta regulación tiene por objeto garantizar el principio de continuidad de la actividad de servicio público.

Por último, el **traspaso de competencias** está regulado en la Constitución, en el artículo 114, que

declara:

*“Artículo 114.- La ley orgánica constitucional respectiva determinará la forma y el modo en que el Presidente de la República transferirá a uno o más gobiernos regionales, en carácter temporal o definitivo, una o más competencias de los **ministerios y servicios públicos** creados para el cumplimiento de la función administrativa, en materias de **ordenamiento territorial, fomento de las actividades productivas y desarrollo social y cultural**”*

Su regulación se encuentra de forma detallada en la LOCGAR¹⁴. Sus artículos 21 ter y 21 septies establecen sus requisitos de procedencia, destacando que el decreto de transferencia deberá contener todas las especificaciones necesarias para asegurar un adecuado ejercicio de las competencias transferidas¹⁵. Se indica además en el mismo cuerpo legal que la transferencia de competencias se puede realizar de forma temporal o definitiva, de oficio o a solicitud de un gobierno regional, tanto en los términos solicitados por el gobierno regional o en otros distintos y que la competencia transferida puede ser de ejercicio exclusivo o compartido con el nivel central, debiendo el decreto delimitar en este último caso si las acciones que a desarrollar por cada uno de los actores. Por último, es necesario destacar que este tipo de transferencia **es revocable** de oficio y fundadamente.

En todos estos casos, se altera la competencia porque se transfiere la misma competencia o su ejercicio, de modo temporal o definitivo, por acto del legislador o por acto administrativo, modificando la radicación inicial.

8. Límites

Ya hemos aclarado que actuación administrativa sólo será válida si se realiza dentro de la competencia del órgano, esto es, dentro de sus límites. En el siguiente apartado trataremos estos

¹⁴ DFL 1. *Fija el texto Refundido, Coordinado, Sistematizado y Actualizado de la ley 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración regional.* Ministerio del Interior. (Diario Oficial de Chile, 8 de Noviembre de 2005)

¹⁵ Artículo 21 ter.- Se declarará inadmisibile, sin más trámite, aquella solicitud de competencias que no se refiera a los ámbitos de ordenamiento territorial, fomento productivo y desarrollo social y cultural, a través de decreto exento, fundado, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública dictado bajo la fórmula "por orden del Presidente de la República" y suscrito además por los Ministros de Hacienda y Secretario General de la Presidencia.

Asimismo, corresponderá al gobernador regional efectuar igual declaración cuando reciba solicitudes acordadas por iniciativa propia del consejo regional, en ejercicio de la atribución establecida en el artículo anterior.

Artículo 21 septies.- El procedimiento de transferencia se tramitará de acuerdo a las siguientes reglas:

C. Reglas comunes a los procedimientos iniciados de oficio o a solicitud:

i. El decreto de transferencia establecerá la o las competencias y recursos que se transfieren; la indicación de ser la transferencia temporal o definitiva; la gradualidad con que aquélla se transfiere y las condiciones con que el gobierno regional deberá ejercerlas, mencionando si dicho ejercicio será exclusivo o compartido con el nivel central, delimitando en este último caso las acciones que a cada uno de los actores compete; la forma en que se hará el seguimiento al ejercicio de la transferencia efectuada; y, en general, todas las demás especificaciones necesarias para asegurar un adecuado ejercicio de las competencias transferidas.

límites.

Como mencionamos, el órgano debe actuar dentro de la esfera de sus atribuciones. Esto implica que los actos serán nulos cuando el agente carezca de título o este haya caducado, así como también cuando el agente con título legal haga intervenir al órgano del que es parte en un ámbito del que, por materia, territorio o grado, no corresponde a los poderes a él asignado (DANIEL A., 1985, pág. 76).

Para determinar el ámbito fuera del cual no puede actuar válidamente el órgano distinguimos tres límites: aquellos derivados de los caracteres generales de la capacidad, aquellos derivados del principio de legalidad y aquellos derivados de la distribución competencial del ordenamiento jurídico (SANTAMARÍA P., Principos de Derecho Administrativo , 1998, pág. 352)

En cuanto los caracteres generales de la capacidad, es necesario precisar que la actividad jurídica debe actualizar los valores constitucionalmente consagrados. En relación a ello, si bien la habilitación legal puede ser establecida en términos más o menos amplios, sus límites son precisables por la idea de fin que conlleva la noción de potestad

En cuanto a los límites derivados del principio de legalidad, distinguimos los límites formales, y los límites sustantivos. Por límites formales nos referimos a los actos que requieren habilitación legislativa y por límites sustantivos entendemos el *sometimiento pleno a la ley y el derecho*, debiendo estar vinculada la toma de decisiones a la observancia del sistema normativo y la persecución de los fines por los cuales se atribuyó la potestad, so pena de incurrir en desviación de poder.

Por último, los límites derivados de la distribución competencial, se refieren a la mutua restricción que implica la distribución de poder entre distintos órganos.

CAPÍTULO II: LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA

En el capítulo anterior analizamos el concepto de competencia administrativa, sus características, sus diferencias con otras instituciones, sus factores determinantes, reglas, clasificaciones y límites. En este capítulo estudiaremos los diferentes tipos de relaciones que pueden existir entre los órganos del estado, centrándonos en las relaciones de conflicto, para en el siguiente apartado analizar las contiendas de competencia como tales, haciendo un recorrido por su regulación histórica.

Antes de pasar a estudiar las relaciones entre los órganos, nos referiremos brevemente al concepto de órgano como tal.

1. Concepto de órgano

Al ahondar en la teoría del órgano, nos damos cuenta que, llegar a un concepto claro de este no es una tarea fácil, ya que como señala Santamaría Pastor, el mayor obstáculo es la gran abstracción y disparidad de los estudios realizados sobre el concepto, no logrando la doctrina alcanzar una base de acuerdo terminológico y careciendo por tanto de una acepción generalizada (SANTAMARÍA P, 1984)

Este autor se extiende sobre la historia de dicho concepto, el cual fue postulado originalmente por el jurista alemán *Otto Von Gierke*, quien se enfocó en la relación de identidad entre el órgano y la persona jurídica, **siendo para él el órgano (funcionario) el que quiere por y en lugar de la persona jurídica del estado.**

El concepto siguió su expansión, postulando *Kelsen* que no se trata de que el hecho interno de voluntad de un hombre se traslade al Estado, sino que una determinada acción humana es **imputada** al Estado; por su parte *Jellinek* destacó que el Estado y el titular del órgano son dos personalidades distintas y que el individuo titular del órgano jamás se puede identificar con el órgano mismo.

Después, la **doctrina italiana** trató al órgano identificándolo con el concepto de **ufficio u oficio**, consistiendo este en un círculo de titularidades activas y pasivas, de potestades, derechos y deberes en que se concentran una o varias funciones públicas. La persona física es en esta visión considerada simplemente un titular del oficio.

Sin embargo, dentro de la doctrina italiana, específicamente Alessi y Giannini, añadieron un nuevo elemento, considerando al órgano como un **oficio dotado de cierta relevancia jurídica**. Según Alessi los órganos se definen como poseedores de individualidad jurídica propia, ya que sus atribuciones vienen establecidas por normas jurídicas auténticas. Esta tesis se critica en cuanto la

autenticidad de las normas jurídicas no se trata de un dato sustancial.

Por otra parte, Giannini señala que lo relevante es el fenómeno de imputación, siendo órganos aquellos oficios que las normas señalan como idóneos para llevar a cabo la imputación jurídica al ente. Se critica a esta tesis que establece una co-dependencia entre los conceptos de órgano y de imputación.

Finalmente, Santamaría Pastor concluye conceptualizando al órgano como la “*formalización jurídica de una realidad organizativa*”, esto es, todas “*las unidades funcionales creadas por el derecho en que se estructuran internamente las entidades públicas*”, un *centro di funzioni*, a efectos de la división del trabajo, que forma parte de una persona jurídica, considerado como centro de imputación, si bien la imputación es un fenómeno puramente normativo.

2. Tipos de relaciones que pueden existir entre los órganos de la administración del Estado

La existencia de una gran cantidad de órganos que deben cumplir los fines del Estado, hace necesaria la regulación de las formas de interacción de estos, definiendo el legislador las distintas maneras en que pueden relacionarse.

Podemos distinguir tres tipos de relaciones características entre los órganos del estado: la jerarquía, la coordinación y el conflicto.

i. Relaciones de jerarquía

El principio de jerarquía supone una posición de gradación de los órganos que integran el aparato administrativo (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 197), contando los órganos superiores con diversos poderes que permiten la unidad en la acción de los diferentes sujetos. (DANIEL A., 1985, pág. 77) En esta relación hay, por un lado, poder jerárquico, y deber de obediencia, por la otra, produciéndose un sistema de centralización.

Este conjunto de poderes jurídicos se denomina “poder jerárquico” (SOTO K., 2012, pág. 191), y comprenden la potestad de dirección, potestad de control, potestad disciplinaria y potestad de resolución del recurso jerárquico¹⁶.

La **potestad de dirección o mando** es el poder de dictar órdenes de obligado cumplimiento hacia

¹⁶ Algunos autores hablan también del poder de nominación, que es la potestad de nombrar a las autoridades y funcionarios subordinados, el poder normativo, que consiste en la regulación a través de actos administrativos la actividad de sus subordinados -en este trabajo se ha incluido como parte de la potestad de dirección, y el poder de supervigilancia, respecto a las entidades dotadas de autonomía que aún teniendo personalidad jurídica propia están relacionadas en mayor o menor medida con el Presidente de la República. En ese sentido, ver SOTO K., E. 2012.

los órganos inferiores. El incumplimiento de este deber no tiene consecuencias sobre la validez de los actos dictados por el órgano inferior, pero sí puede tener efectos disciplinarios.

La potestad de mando se encuentra reconocida en el **artículo 55 de la ley 18.834**,¹⁷ que consagra la llamada obediencia reflexiva (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 78), esto es, la obediencia como principio general, pero la representación de órdenes que se estimen ilegales. Dicho precepto señala:

“Artículo 55.- Serán obligaciones de cada funcionario:

f) Obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico;

Artículo 56.- En el caso a que se refiere la letra f) del artículo anterior, si el funcionario estimare ilegal una orden deberá representarla por escrito, si el superior la reitera en igual forma, aquél deberá cumplirla, quedando exento de toda responsabilidad, la cual recaerá por entero en el superior que hubiere insistido en la orden. Tanto el funcionario que representare la orden, como el superior que la reiterare, enviarán copia de las comunicaciones mencionadas a la jefatura superior correspondiente, dentro de los cinco días siguientes contados desde la fecha de la última de estas comunicaciones”

También se encuentra reconocida en el artículo 7 de la LOCBGAE, el cual señala:

“Artículo 7º.- Los funcionarios de la Administración del Estado estarán afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado. Deberán cumplir fiel y esmeradamente sus obligaciones para con el servicio y obedecer las órdenes que les imparta el superior jerárquico”

El poder de mando le permite al jerarca *dictar reglamentos internos y emitir circulares o instrucciones de servicio para la mejor aplicación de las normas y disposiciones legales y técnicas; y pueden ordenar imperativamente para los casos concretos* (DANIEL A., 1985, pág. 77)

La **potestad de control**, por su parte, envuelve la posibilidad de comprobar si las órdenes entregadas se han ejecutado, y de la forma mediante la cual se han llevado a cabo, así como de los resultados de estas. Está reconocida en el artículo 11 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que declara:

“Artículo 11.- Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento

Derecho Administrativo Temas Fundamentales. 3ª ed. Santiago de Chile, Legal Publishing Chile. 189p.
¹⁷ DFL 29. Fija Texto refundido, Coordinado de la ley 18.834, sobre estatuto Administrativo. Ministerio de Hacienda. (Diario Oficial de Chile, 16 de Marzo de 2015)

de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia.

Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”¹⁸

La **potestad disciplinaria** es el modo mediante el cual el jerarca disciplina el actuar de los dependientes (SOTO K., 2012, pág. 193), previo procedimiento legal, en cuanto se refieren a su actuar dentro de la función que cumplen en la administración. Permite al órgano superior realizar investigaciones y sumarios administrativos y aplicar las correspondientes medidas en el caso de incumplimiento de obligaciones, deberes o prohibiciones.

Se encuentra reconocido en el artículo 18 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que, además, en su inciso segundo, consagra el derecho a que las medidas disciplinarias se apliquen luego de un justo procedimiento, declarando:

“Artículo 18.- El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarle.

En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento.”

Este artículo se debe complementar con la ley 18.834 que, en su artículo 116, establece como medidas disciplinarias la censura, la multa, la suspensión del empleo desde treinta días a tres meses y la destitución; y con el artículo 134 de la misma ley, que regula el procedimiento para la aplicación de medidas disciplinarias.

Finalmente, la **potestad de revisión** le permite al jerarca revocar, invalidar, reformar o sustituir la decisión del subordinado (DANIEL A., 1985, pág. 77). Se regula en el artículo 10 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que señala:

“Artículo 10º.- Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico, ante el superior correspondiente, sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar.”

Se regula asimismo su procedencia en el artículo 59 de la ley 19.880, estableciendo aquellas autoridades ante las cuales no procede, por excepción el recurso jerárquico. No procede contra los actos del Presidente de la República, los ministros de Estado, los alcaldes y los jefes superiores

¹⁸ También está reconocido en el artículo 12 de la misma ley, *“Artículo 12.- Las autoridades y funcionarios facultados para elaborar planes o dictar normas, deberán velar permanentemente por el cumplimiento de aquéllos y la aplicación de éstas dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia”*

de servicios públicos descentralizados. En estos casos, el recurso de reposición agota la vía administrativa.

Debe destacarse que hay ciertos fenómenos jurídicos que producen una ruptura en el principio general de jerarquía y, por lo tanto, de la aplicación de las potestades del jerarca anteriormente descritas. Dentro de estas podemos mencionar, la descentralización¹⁹, la desconcentración²⁰, la delegación y la improcedencia del recurso de revisión.

ii. Relaciones de coordinación

Al distribuir el poder, atribuyendo competencias a los órganos que componen la administración, se generan problemas de coordinación, tales como la tendencia a la actuación independiente de cada unidad, producto de la valoración excesiva del propio trabajo y la protección de los intereses cuya satisfacción se encomienda al órgano (SANTAMARÍA P., 1998, pág. 415)

Es por esta razón que nuestro ordenamiento establece como principio el de coordinación, entendida esta como *“la fijación de medios y de sistemas de relación que haga posible la información recíproca, la homogeneidad técnica de determinados aspectos, respecto de los cuales el sistema legal desea que se realicen acciones conjuntas entre las diversas entidades, de manera que se obtenga un acto de contenido integrado o global, de manera de evitar duplicidad, disfuncionalidad y se obtengan resultados efectivos y eficientes en un proceder determinado”* (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 204)

La coordinación es diferente que la cooperación. En la coordinación hay un coordinador que, si bien no es un jerarca, sí tiene poder, ya que condiciona la competencia de los órganos sometidos a coordinación para conseguir el objetivo perseguido; mientras, en la cooperación, cada órgano actúa de acorde con sus propios procedimientos, sin ningún poder prevalente, pero en vistas a un

¹⁹ La descentralización está regulada en el artículo 29 de la LOCBGAE, cuyo inciso tercero dispone: “Los servicios descentralizados actuarán con la personalidad jurídica y el patrimonio propios que la ley les asigne y estarán sometidos a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio respectivo. La descentralización podrá ser funcional o territorial”

²⁰ La desconcentración está regulada en el artículo 33 de la LOCBGAE, que dispone: “Sin perjuicio de su dependencia jerárquica general, la ley podrá desconcentrar, territorial y funcionalmente, a determinados órganos. La desconcentración territorial se hará mediante Direcciones Regionales, a cargo de un Director Regional, quien dependerá jerárquicamente del Director Nacional del servicio. No obstante, para los efectos de la ejecución de las políticas, planes y programas de desarrollo regional, estarán subordinados al Intendente a través del respectivo Secretario Regional Ministerial.

La desconcentración funcional se realizará mediante la radicación por ley de atribuciones en determinados órganos del respectivo servicio.

Y en el artículo 34 de la misma ley, que dispone “En los casos en que la ley confiera competencia exclusiva a los servicios centralizados para la resolución de determinadas materias, el jefe del servicio no quedará subordinado al control jerárquico en cuanto a dicha competencia”

objetivo común.

A lo largo de nuestro ordenamiento está reconocida en numerosas disposiciones, específicamente en nuestra Carta Fundamental como principio de la organización de los órganos de la administración del estado²¹, a propósito de la coordinación de la administración de los municipios²², de la coordinación de los servicios públicos con los municipios²³, de las labores del intendente²⁴ y como labor de los ministros, asignada por el Presidente de la República²⁵

Se consagra además como principio en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo tercero, principio cuya idea se desarrolla mayormente en el artículo quinto del mismo cuerpo legal, el cual destaca el fin de la coordinación, que es la unidad en la actuación de la administración:

*“Art. 3. La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, **coordinación**, impulsión de oficio del procedimiento...”*

*“Art. 5. Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos **coordinadamente y propender a la unidad de acción**, evitando la duplicación o interferencia de funciones.”*

Esta regulación debe complementarse con el artículo 10 de la Ley Orgánica de Municipalidades, que regula la coordinación entre municipalidades y servicios públicos, cuyo inciso segundo declara: *“En todo caso, la coordinación deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos”*

El Tribunal Constitucional ha interpretado esta normativa precisando la naturaleza de la coordinación, indicando que, en primer lugar, esta sería un *“modo de ejercer competencias que permite el ejercicio conjunto de las competencias propias; por lo mismo, no implica ni privar ni compartir potestades”*²⁶. Esta visión la diferencia de la jerarquía, ya que no hay dependencia entre los órganos sino una articulación *simultánea o sucesiva de las facultades propias*. Luego prosigue indicando que la coordinación busca la coherencia y unidad en el logro de los fines de los órganos

²¹ Tribunal Constitucional, Rol N°2246-12, 31 de enero 2013. Considerando 36. “Que la coordinación es reconocida por la Constitución como principio de la organización de los órganos de la administración del Estado”

²² **Art. 123.** *La Ley establecerá fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios, con respecto a los problemas que les sean comunes, así como entre los municipios y los demás servicios públicos”.*

²³ **Art. 118.** *Los servicios públicos deberán coordinarse con el municipio cuando desarrollen su labor en el territorio comunal respectivo en conformidad con la ley”.*

²⁴ **Art. 112** *Al intendente le corresponderá la coordinación, supervigilancia o fiscalización de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de las funciones administrativas que operen en la región”.*

²⁵ **Art. 33.** *El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del gobierno con el Congreso Nacional.”*

²⁶ Tribunal Constitucional, Rol N°2246-12, 31 de enero de 2013. Considerando 37.

de la administración, y que constituye un deber para la administración²⁷.

Clarifica también el Tribunal que este principio opera tanto al interior de los órganos, por ejemplo, en los ministerios, al coordinar el subsecretario la acción de los servicios públicos del sector, como a nivel nacional y local²⁸

Cabe mencionar que la coordinación es un objetivo principal de instituciones nacionales. Así se observa en el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas, regulado por la ley 20.424²⁹, que es el organismo de trabajo y asesoría del ministerio de Defensa Nacional en materias relacionadas con la preparación y empleo conjunto de las Fuerzas Armadas. Asimismo; en el Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, regulado por la ley 18.993³⁰, que tiene como labor realizar funciones de coordinación, proveyendo al presidente y a los ministros de análisis político-técnicos para la mejor adopción de decisiones dentro de sus respectivos cargos.

iii. Relaciones de conflicto

Al realizarse la distribución competencial entre los órganos del Estado se pueden generar conflictos, los que pueden ocurrir de forma positiva o negativa. Serán conflictos positivos cuando dos o más órganos se consideren competentes sobre un mismo asunto, y negativos, cuando ninguno se considere competente (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 202) Los primeros, de ocurrencia más común, se denominan **contiendas de competencia**.

La doctrina ha establecido ciertos requisitos para que podamos propiamente hablar de una contienda de competencia. Así, Lautaro Ríos destaca los siguientes requisitos: **(1) que al menos dos órganos, de igual o distinta naturaleza, pretendan estar habilitados para conocer y decidir el mismo asunto (2) que se trate de un asunto concreto y determinado y (3) que su resolución definitiva se encuentre pendiente al momento de plantearse el conflicto.** (1994, pág. 7)

En nuestra legislación existen tres hipótesis de conflicto principales entre órganos del Estado³¹. En primer lugar, la regulación que hace la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

²⁷ Entre otras cosas, el Tribunal destaca también que a la mirada tradicionalmente jerárquica de la administración se le suma, en la actualidad una mirada horizontal, debido a que los cometidos propios de los órganos administrativos deben ser llevados a cabo coordinadamente.

²⁸ Tribunal Constitucional, Rol N°2246-12, 31 de enero de 2013. Considerando 36

²⁹ Ley 20.424. Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional. Ministerio de Defensa Nacional. (Diario Oficial de Chile, 4 de Febrero de 2010)

³⁰ Ley 18.993. *Crea Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República. Ministerio del Interior.* (Diario Oficial de Chile, 21 de agosto de 1990)

³¹ Cabe mencionar que Luis Cordero destaca una cuarta regulación que constituye un mecanismo informal para resolución de controversias, que es la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la república, que es utilizado por ciertos organismos administrativos para resolver disputas.

administración del Estado en su artículo 39, de las contiendas de competencia entre órganos administrativos:

*“Artículo 39. Las contiendas de competencia que surjan entre diversas autoridades administrativas serán resueltas por el **superior jerárquico del cual dependen o con el cual se relacionen**. Tratándose de autoridades dependientes o vinculadas con distintos Ministerios, decidirán **en conjunto los Ministros correspondientes, y si hubiere desacuerdo, resolverá el Presidente de la República**.*

En este caso, ambos órganos son administrativos, lo cual genera una contienda de competencia propiamente tal, ya que al ser parte de una misma estructura *“la discrepancia incide en efecto, en una cuestión estricta de competencia, tomando este vocablo en el sentido de grado, porción o sector de la jurisdicción, puesto que de semejante potencialidad cuentan ambas autoridades y se trata tan sólo de precisar a cuál de las dos compete pronunciarse sobre un caso específico”* (SILVA B., 2000, pág. 232). Es esta característica, la de pertenecer a una misma estructura, que nos permite decir que las contiendas de competencia propiamente tales, deben *“producirse sólo entre órganos que gocen de una función análoga”* (COLOMBO C., 2004, pág. 620) .

Una segunda hipótesis de conflicto corresponde a las **contiendas de competencia** entre los órganos de la administración del estado y el Poder Judicial, la cual se estudiará en el segundo apartado de este capítulo.

Finalmente, una tercera hipótesis de conflicto se regula en el artículo 126 de la Constitución, referente a contiendas entre órganos con diversa competencia territorial, mandatando a una ley para que regule la forma de dirimir estos conflictos, ley que hasta la fecha no se ha dictado³². Sin embargo, el artículo 2° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades otorga al gobernador la resolución de cuestiones de competencia que se susciten entre municipalidades de una misma provincia y al intendente aquellas que se generen entre municipalidades de provincias diferentes.

A continuación, centraremos nuestro estudio en las contiendas de competencia que responden a

³² Constitución Política “Art. 126. La ley determinará la forma de resolver las cuestiones de competencia que pudieren suscitarse entre las autoridades nacionales, regionales, provinciales y comunales. Asimismo, establecerá el modo de dirimir las discrepancias que se produzcan entre el intendente y el consejo regional, al igual como entre el alcalde y el concejo”
Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades “Artículo 2°. Transitorio- Mientras no se dicte la ley a que se refiere el artículo 126, inciso primero, de la Constitución Política, las cuestiones de competencia que se susciten entre municipalidades de una misma provincia serán resueltas por el gobernador respectivo y aquellas que se produzcan entre municipalidades pertenecientes a distintas provincias, por el intendente que corresponda”.

la segunda hipótesis de conflicto: entre órganos de la administración del estado y el Poder Judicial.

3. Contiendas de competencia

i. Concepto

Una vez estudiadas las relaciones entre los órganos de la administración del Estado, debemos centrarnos en la relación específica pertinente a este estudio: la relación de conflicto entre un órgano de la administración del Estado y el Poder Judicial.

Esta relación se encuentra normada en la Constitución, la cual en los artículos 53 y 93 n°12, entrega su resolución a dos órganos distintos dependiendo de la jerarquía de los tribunales involucrados. Dicho artículo señala:

*“Art. 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;**”*

*“Art. 93 N° 12. 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**”*

Estos casos, aunque la Constitución los llame “contiendas de competencia” han sido denominados por la doctrina como “conflicto de funciones” o “conflictos de jurisdicción”, destacando que en ellos “la cuestión de jurisdicción es un *prius* en relación con la cuestión de competencia, la cual es un *posterius* de aquella” (ZÚÑIGA U., 2017, pág. 194)

En otras palabras, **“Hay conflictos de funciones cuando un órgano pretende ejercer funciones que le corresponden a otro de acuerdo con lo previsto por la Constitución o la ley, y de competencia cuando órganos que ejercen una misma función extralimitan su esfera de atribuciones”** (COLOMBO C., 2004, pág. 620), ya que al pertenecer los órganos en conflicto a estructuras diferentes, la contienda va a girar en torno a quien tiene la jurisdicción, o “quien puede poner en movimiento al atributo perteneciente a la soberanía estatal, teniendo en cuenta la distribución de funciones estatuida en la Ley Fundamental” (SILVA B., 2000, pág. 233 (t.4))

ii. Evolución

A continuación, se expone un recorrido sobre nuestra historia institucional, considerando la evolución de la regulación de las contiendas de competencia. Como apunta Luis Cordero, las contiendas de competencia *se han caracterizado por ser preocupaciones secundarias en el diseño*

institucional de la Constitución (CORDERO V. L. , 2015, pág. 133)

Podemos observar como constante la dificultad de reformar la facultad de resolución de contiendas de competencia, y deducir el poder político derivado de esta atribución. Observamos en la evolución de nuestra institucionalidad variadas y reiteradas críticas a los órganos que, se sostiene, no contarían con la independencia e imparcialidad necesaria para resolver los conflictos en que muchas veces sus intereses se ven involucrados.

A continuación, se hace un breve repaso de la normativa, críticas y aplicación práctica de este asunto en cada una de las estructuras constitucionales que han regido a este país.

1. Constitución de 1833

La constitución de 1833³³ reguló las contiendas de competencia en su artículo 104, otorgando al Consejo de Estado, un órgano consultivo del poder ejecutivo y tribunal administrativo (ZÚÑIGA U., 2017, pág. 194), que seguía al modelo francés (SILVA B, 1963, pág. 137), la facultad de resolver las contiendas de competencia, no distinguiendo entre el tipo de tribunal involucrado, por lo que debían entenderse comprendidos los inferiores y los superiores (OLGUÍN R., 2000, pág. 58). La norma en cuestión declaraba:

“Art. 104. Son atribuciones del Consejo de Estado:

5ª Conocer igualmente en las competencias entre las autoridades administrativas i en las que ocurrieren entre éstas i los Tribunales de Justicia”

Esta regulación se criticó por perjudicar la independencia del Poder Judicial, sometiendo el conflicto a una institución parte del poder ejecutivo. Así, Jorge Huneeus señala que la constitución “*tuvo la mala idea de copiar de las instituciones del primer Imperio Napoleónico. Si un simple inspector tiene la fantasía de formar competencia á la Corte Suprema, la cuestión debe ser resuelta por el Consejo de Estado, que forma parte del Poder Ejecutivo*” (HUNEEUS Z., 1891, pág. 212)

Seguidamente, Huneeus señala que un Estado debe organizarse de forma que no se promuevan cuestiones de competencia, y esto se logra en sistemas en los cuales la administración jamás juzga asuntos contenciosos, siguiendo los modelos ingleses y estadounidenses. Destaca también que no se reguló el conflicto entre el legislativo y el ejecutivo y, sin embargo, cuando el ejecutivo dicta

³³ Ley s/n. Constitución Política de la República de Chile. 25 de Mayo de 1833.

decretos sobre materias de ley, los tribunales prescinden de ellos en sus sentencias. De igual forma debería resolverse, sostiene, los conflictos entre los tribunales y la administración dictando resoluciones en asuntos contenciosos.

En la misma línea, Guillermo Guerra señala que la regulación de esta Constitución no fue satisfactoria al entregar el fallo de las contiendas de competencia al Consejo de Estado, al ser este “un rodaje del poder ejecutivo, interesado directa o indirectamente en la cuestión” (1929, pág. 255), manifestando la opinión de que hubiese sido preferible entregar dicha facultad a un ente ajeno a los dos poderes en contienda, por ejemplo, al Senado, perteneciente al poder legislativo. De igual opinión fue Manuel Carrasco Albano, quien manifiesta que un órgano no perteneciente a alguno de los dos poderes resolvería con mayor fuerza moral (1858, pág. 173)

En cuanto a la aplicación de esta facultad, se produjo principalmente en conflictos entre jueces letrados y gobernadores (SAAVEDRA R., 2012, pág. 71), al tener estos últimos amplias facultades.

Cabe resaltar una contienda de gran interés, entre el presidente de la República y La Corte Suprema, resuelta en sesión de 13 de septiembre de 1889. Esta contienda tuvo su origen en un contrato de concesión del gobierno peruano con la Sociedad Montero Hermanos, que habría de ceder sus derechos a la Compañía de Ferrocarriles Salitreros de Tarapacá. El contrato en cuestión estipulaba que el gobierno podría caducar la concesión si no se daba inicio a las obras estipuladas o se suspendían los trabajos ya iniciados durante cierto periodo.

Posterior a la Guerra del Pacífico, una vez que estos terrenos pasaron a manos del gobierno chileno, el gobierno mediante un decreto del Presidente, verificó el retraso de las obras y caducó la concesión. La compañía, entonces, demandó al Fisco ante la Tribunales, pronunciándose la Corte Suprema en el sentido de los conflictos derivados del contrato pertenecían a su competencia.

Frente a la situación, el presidente alegó incompetencia ante el Consejo de Estado, el cual era presidido por él mismo (SAAVEDRA R., 2012, pág. 75) y con la aprobación del cual había dictado el decreto de caducidad. El Consejo dictaminó que no correspondía al Poder Judicial el conocimiento de la causa, declarando que eso es una atribución facultativa del presidente de la República declarar la caducidad del contrato de concesión celebrado por el gobierno peruano.

Se debe mencionar, sin embargo, que un consejero, Pedro Altamirano, votó de forma disidente, fundado en que las situaciones controvertidas que dijeron relación con contratos en los cuales el estado es parte, debieron ser resueltas por la justicia ordinaria, sumado esto a que la facultad que ejerció el Presidente por medio del decreto de hacer caducar este acto bilateral, requiere participación de la otra parte del contrato para producir sus efectos, no pudiendo imponerse de

forma unilateral, sin que signifique esto una privación de sus derechos a la contraparte.

2. Constitución de 1925

La Constitución de 1925³⁴ suprimió el Consejo de Estado y reguló las contiendas de competencia, distinguiendo entre los tribunales superiores e inferiores de justicia, y otorgándole su resolución a diferentes órganos del estado. Así, el conflicto que involucra a los tribunales superiores, estaba regulado en el artículo 42, de la siguiente forma:

“Artículo 42. Son atribuciones exclusivas del Senado:

4ª Conocer en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales Superiores de Justicia”

El precepto modifica, además, la norma, agregándole a las autoridades políticas, entendiendo el constituyente que las contiendas podían producirse con órganos que no tuvieran funciones administrativas, por ejemplo, los gobernadores, subdelegados e inspectores (SILVA B, 1963, pág. 138). También, el artículo no contempla el caso de las contiendas de autoridades administrativas entre sí, que si se regulaba en la normativa de la Constitución de 1833, no existiendo una normativa aplicable a dichas contiendas en esta Constitución (GUERRA, 1929, pág. 256)

Por otra parte, los conflictos que involucran a tribunales inferiores fueron regulados en el artículo 86 de la Carta, el cual se refiere a la Corte Suprema, señalando primeramente que tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación y posteriormente en su inciso final declara: *“Conocerá, además, en las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los Tribunales de Justicia que no correspondan al Senado.”*

Esta regulación le asigna al Senado la facultad decidir las contiendas entre las autoridades políticas o administrativas y las Corte Suprema y las once Cortes de Apelaciones, siendo ilógico que la Corte Suprema resolviera su propia competencia (ANDRADE G., 1971, pág. 395). Frente a esto **Lautaro Ríos** manifiesta que la Carta deja subsistente la crítica elaborada por Huneus a la anterior regulación, no resolviéndose el problema por él señalado mediante la intervención en la contienda del Senado. Prosigue su crítica apuntando que *“no es fácil presumir la indiferencia de la Excm. Corte cuando resuelve un conflicto en que tiene un interés un tribunal que le está subordinado y que forma parte del mismo Poder que ella representa. Ni parece que un órgano esencialmente político, como es el Senado, sea el más idóneo para resolver una cuestión eminentemente jurídica,*

³⁴ Ley s/n. Constitución Política de la República de Chile. Ministerio del Interior. 18 de septiembre de 1925.

como es una contienda de competencia” (1994, pág. 8)

Cabe mencionar que es esta Carta la que crea los tribunales administrativos en su artículo 87, a los cuales podrían acudir tanto particulares como funcionarios públicos, no existiendo ningún recurso que protegiera a quien resultase perjudicado por un acto de autoridad (RAVEAU, 1939, pág. 397). Sin embargo, a nivel legislativo, los tribunales contenciosos administrativos nunca se crearon, truncándose así el mandato constitucional, lo que conllevó que la experiencia bajo esta Constitución fuera decepcionante.

No obstante, dos contiendas fueron resueltas por el Senado bajo esta constitución, siendo puestas en conocimiento del organismo a través de informes de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia.

La primera de ellas dice relación con el conflicto trabado entre el presidente de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago, a propósito de un juicio sobre devolución de rebajas hechas a las pensiones de algunos jefes y oficiales en retiro del ejército contra el Fisco, considerando estos que el Fisco les habría descontado cantidades ilegalmente de sus respectivas pensiones, asunto del cual entró a conocer la Corte. El Senado resolvió en favor de la Corte, señalando el informe que *“son de la competencia de los Tribunales ordinarios de justicia todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan sin más excepciones que las relativas a las facultades privativas de algún poder del Estado o las entregadas por ley a los tribunales especiales”* (ACUÑA R., 1971, pág. 553)³⁵

Una segunda contienda de mayor interés para este estudio se promueve por la Corte Suprema contra el Contralor General y tuvo su origen en la resolución dictada por este, el Sr. Humberto Mewes, mediante la cual se designó al inspector de servicios de contraloría a fin de que investigara la actuación del señor Juez de Indios de Victoria, a propósito de su aprobación de un contrato de explotación de bosques celebrado entre la Comunidad Bernardo Ñanco de Lonquimay y la firma Fresard y Viñuela.

El mencionado funcionario reclamó, entonces, ante la Corte Suprema, la cual estimó que Contralor carecía de competencia para efectuar la investigación que había decretado, ordenando oficiar a fin

³⁵ A mayor abundamiento en su considerando cuarto señala “Que de los antecedentes expuestos se desprende con toda claridad que en la demanda de que se trata no se atacan los decretos mismos en que se concedieron o reliquidaron los retiros, materia ésta que constituye una facultad privativa del presidente de la república de acuerdo con el n°9 del art. 72 de la Constitución política del Estado y que, en consecuencia, no está entregada al conocimiento de los Tribunales de Justicia en conformidad a lo dispuesto en los artículos 4,5 y 11 de la Ley Orgánica de Tribunales, sino de una controversia entre parte que tiende a resolver si una contribución impuesta a determinadas pensiones de retiro fue de duración permanente o transitoria y si, en este último caso, procede o no la devolución de los descuentos hechos más allá del plazo fijado para su devolución”

de que se inhibiera de conocerla. El contralor, por su cuenta, consideró que contaba con las facultades para investigar, pero ofreció dejar sin efecto la actuación si la Corte Suprema ordenaba, por su parte, una visita de inmediato. La Corte dio por trabada la contienda de competencia.

El informe de la comisión de Constitución, Legislación y Justicia contiene la exposición de los argumentos del Contralor, así como la consideración de la comisión respecto a estos argumentos. Señala el Contralor que las actuaciones del juez de indios tienen un carácter dual, tanto administrativo como judicial, ya que su personal se rige por el estatuto administrativo y no por el Código Orgánico de Tribunales; además, su resolución aprobatoria del contrato de explotación de bosques no constituía propiamente una resolución judicial. Frente a estos argumentos, la Comisión responde que debe prevalecer el artículo 86 de la Constitución, que otorga la jurisdicción disciplinaria a la Corte Suprema, la cual es por esencia exclusiva y excluyente, por lo cual tal carácter dual no existiría; además, su resolución se enmarcaría dentro del ejercicio de la jurisdicción no contenciosa, la cual no sería otra cosa que una rama de su facultad jurisdiccional, por lo tanto, su resolución tendría carácter propiamente judicial.

Termina el Contralor aduciendo que el ejercicio material de las resoluciones del Juez de Indios de Victoria se traduciría en actos administrativos cuya corrección debe fiscalizar Contraloría. La Comisión declara en respuesta que *“La facultad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, forma un todo indivisible inseparable y los Juzgados de Indios, al igual que los demás tribunales, sean ellos ordinarios o especiales, poseen esa jurisdicción en toda su plenitud, sin limitaciones ni reducciones de ninguna clase. La independencia y autonomía de un juez para juzgar y hacer cumplir lo juzgado, resultarían destruidas y cercenadas si se admitiese que la jurisdicción pudiera ser fragmentada para entregar la facultad de juzgar a la revisión o enmienda de los tribunales superiores y la facultad de hacer ejecutar lo juzgado a la fiscalización de un organismo administrativo totalmente extraño y ajeno al Poder Judicial, como es la Contraloría General de la República”* (ACUÑA R., 1971, pág. 556).

De esta forma el Senado resolvió a favor de la Corte, declarando que no compete a la Contraloría General fiscalizar las atribuciones del señor Juez de Indios de Victoria.

Podemos observar que, en ambos casos, tanto en la contienda trabada entre el Presidente y la Corte de Apelaciones de Santiago como entre Contraloría con la Corte Suprema, se resuelven en favor de tribunales, mediante los argumentos ya expuestos.

3. Reforma Constitucional de 1970

Cabe mencionar que, por medio de la reforma a la constitución hecha en 1970, se creó el Tribunal Constitucional, otorgándole la facultad de dirimir contiendas de competencia, estableciendo en su

artículo 78, lo siguiente:

“Art. 78. El Tribunal Constitucional tendrá las siguientes atribuciones:

f) Resolver las contiendas de competencia que determinan las leyes”

Sin embargo, en la práctica, al no asignarse contiendas de competencia en particular, sus efectos fueron nulos (CORDERO V. L. , 2015, pág. 137).

4. Constitución de 1980

a. Normativa transitoria

La Constitución de 1980 reguló de forma transitoria las contiendas de competencia, otorgándole la facultad de resolverlas a la Junta de Gobierno. De esta forma la regla decimoctava letra h) disponía:

“DECIMOCTAVA. - Durante el período a que se refiere la disposición decimotercera transitoria, la Junta de Gobierno ejercerá, por la unanimidad de sus miembros, las siguientes atribuciones exclusivas:

H.- Conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia;”

Dentro de la aplicación de este precepto debe mencionarse el conflicto suscitado a propósito de los decretos de expulsión del territorio nacional de Leopoldo Ortega Rodríguez y Jaime Insulza Becker, y la prohibición de ingresar a él, que fueron emitidos por el Ministerio del Interior, y luego recurridos ante la Corte de Apelaciones de Santiago, acogiéndolos esta y reconociéndoles el derecho de regresar a Chile. Al regresar fueron, sin embargo, detenidos en virtud de un decreto del Ministerio del Interior, luego de lo cual se vuelve a interponer un recurso de amparo, que la Corte de Apelaciones acoge con fecha 27 de junio de 1984.

A raíz de estos hechos el Ministerio del Interior planteó el 29 de junio una contienda de competencia ante la Junta de Gobierno, para que resolviera si correspondía calificar al poder ejecutivo o a tribunales si una persona se encontraba en el supuesto de hecho del artículo 24 letra c) transitorio de la Constitución (SILVA B., 2000, pág. 230). La Junta no llegó a pronunciarse, los afectados fueron liberados provisoriamente mientras la Suprema Corte conocía la apelación del recurso, el cual se resolvió el 9 de julio de 1984, revocando la sentencia de la Corte de Apelaciones de

Santiago, al considerar que la expulsión los afectados fue realizada conforme a derecho³⁶

Luego de este episodio, se produce una segunda contienda de competencia, originada por el Contralor, quien, mediante oficio de 18 de octubre de 1988, promovió ante la Junta de Gobierno una contienda con la Corte de Apelaciones, a propósito del fallo por parte de esa corte de un recurso de protección interpuesto por la Sociedad de Servicios Urbanos del Litoral SA, ordenando al señor contralor tomar razón de una resolución de la Dirección General de Aguas, representada por no ajustarse a derecho. Argumenta este que el fallo de la Corte interviene en su facultad propia y excluyente de representar la inconstitucionalidad o ilegalidad de decretos y resoluciones que a él otorga el artículo 88 de la constitución.

La Junta de Gobierno³⁷ acordó acoger la contienda a tramitación y encomendó su estudio a una comisión Conjunta, quien estudió la materia durante cinco sesiones, escuchando los alegatos de las partes. La comisión no logró acuerdo en cuanto a la recomendación de una decisión a la Junta, destacando las posturas que se dieron a su interior, similares a los argumentos que encontraremos en las futuras contiendas de competencia resueltas por el senado.

Una primera postura dentro de la comisión consideró que en este caso no hay contienda de competencia alguna, porque la Contraloría promovió la contienda ante un fallo adverso de la Corte de Apelaciones, cuando el asunto ya se había resuelto, lo que implica que el desasimiento del tribunal se ha producido de acuerdo al artículo 182 del Código de Procedimiento Civil. Sumado a ello está el hecho que la Contraloría ha alegado frente a las Cortes de Apelaciones varios recursos de protección interpuestos contra ella, informando derechamente del fondo, casos todos los cuales habría sido favorecida en su postura, consistiendo este caso en la primera ocasión que su postura frente al fondo del asunto no es favorecida, y optando entonces por la contienda de competencia.

Esta situación, según parte de la comisión, iría en contra del principio de buena fe, debiendo considerarse inadmisibles estas alegaciones por haber precluido la oportunidad del órgano contralor de presentar estos fundamentos.

Además, sostiene que la Corte de Apelaciones tiene facultades para conocer consagradas en la Constitución, y que en virtud del artículo 20 de la Constitución le permite resolver el conflicto derivado de un acto u omisión del órgano contralor, cuando este prive a un particular de sus derechos fundamentales especificados en el mismo artículo.

Una segunda posición sostuvo que existe contienda de competencia desde el momento en que la

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. Resoluciones relativas a casos individuales. Resolución n°11/85. Caso n°9269. 5 de marzo de 1985. Recuperado de <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Chile9269.htm>> [Consulta 3 de abril de 2018]

³⁷ Junta de Gobierno. Acta n°48/88-E. 12 de enero de 1989

Corte de Apelaciones ordena al Contralor tomar razón de una resolución representada por ilegal, aclarando que los casos en los que Contraloría se ha visto afectada por la acción de protección se han referido a dictámenes que al interpretar la ley pueden efectivamente errar.

Se refiere luego a la oportunidad para las alegaciones de incompetencia, señalando que Contraloría revisó las alegaciones del recurrente de protección que en ningún momento solicitó como medida para satisfacer su derecho que Contraloría tomara razón, lo cual explica que sólo al momento de la sentencia, en la cual según el órgano contralor la corte va más allá de lo pedido, se generara la oportunidad para impetrar este pronunciamiento y trabajar la correspondiente contienda.

Manifiesta asimismo que una interpretación armónica de la Constitución, que tome en consideración los principios de legalidad, separación de poderes y autonomía, necesariamente debe conducir a que el campo de acción del recurso de protección no pueda invadir la esfera de atribuciones de otro órgano constitucional.

La Junta de Gobierno no llegó a pronunciarse por no haber sido capaz de llegar a la unanimidad exigida por la regla decimoctava transitoria. (SILVA B., 2000, pág. 231)

b. Normativa permanente

La Constitución de 1980 reguló la resolución de las contiendas de competencia recogiendo la distinción entre tribunales superiores e inferiores de justicia proveniente de la Constitución de 1925 (ZÚÑIGA U., 2017, pág. 195), declarando:

“Artículo 49.- 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;”

Otorgó, por su parte, a la Corte Suprema la resolución de determinadas contiendas en su artículo 79 inciso final , que señala: *“Conocerá, además, de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado”*

En la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, conocida también como “Comisión Ortuzar”, se debatió la conveniencia de mantener en el Senado, al igual que en la anterior Constitución, la facultad de resolver las contiendas producidas entre las autoridades políticas y los tribunales

superior de justicia.

El señor Bertelsen mencionó³⁸ en su intervención que es necesario considerar que sea el Tribunal Constitucional el encargado de la resolución de dichas contiendas, al tratarse de un problema jurídico. En respuesta a esto, el señor Guzmán observa que el Tribunal Constitucional probablemente tendrá entre sus miembros magistrados de la Corte Suprema y de la Corte de Apelaciones, frente a lo cual la señora Bulnes estima peligroso que la facultad de resolución recayera en tribunales, pronunciándose a favor de que resuelva el senado. En el mismo sentido el señor Ortuzar, acordando la comisión aprobar la mantención de la atribución en el senado, con las reservas efectuadas por el señor Bertelsen quien se opone, al temer que se estén sentando las bases para tornar inaplicable el proceso contencioso-administrativo.

Cabe destacar, con relación a los temores del señor Bertelsen, que la Constitución de 1980 mantuvo la estructura de la anterior Constitución, en cuanto a la inexistencia de los tribunales contencioso-administrativos, lo cual fue muy duramente criticado por la doctrina chilena, que venía notado la grave ausencia de estos desde hace décadas (PANTOJA B., 1987, pág. 20)

En cuanto a la mantención de la mencionada facultad de la Corte Suprema, sobre los conflictos de los tribunales inferiores con las autoridades políticas o administrativas, esta se produjo sin mayor debate³⁹ Esta última regulación recibió críticas de la doctrina por otorgar a la Corte Suprema la facultad de decidir sobre conflictos en los cuales son parte tribunales que ella misma supervisa. En este sentido Lautaro Ríos consideró apropiado que fuese el Tribunal Constitucional el llamado a resolver conflictos de competencia al contar con la misma independencia que la Corte Suprema, pero estar desligado de todo tribunal de justicia, siendo además sus miembros especializados en derecho (1994, págs. 8-9)

Por su parte, Silva Bascuñán se refiere a la atribución del senado señalando que *“Si puede entenderse que el Senado es un órgano apropiado para resolver la cuestión que le confía decidir la Carta Fundamental, más adecuado, entre tanto, nos parece que lo sea el Tribunal Constitucional, porque a éste, llamado a mantener el cuadro organizativo trazado en la Carta, es a quien mejor puede acudir para que se le respete en una contienda de jurisdicción”* (2000, pág. 236)

5. Reforma Constitucional año 2005

Mediante la ley 20.050 se reforma la constitución, y en lo que se concierne a las contiendas de competencias, se modifica la facultad otorgada a la Corte Suprema, la que se asigna ahora al

³⁸ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Sesión 354. 19 de abril de 1978. Recuperado de < https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980 > [Consulta: 10 abril 2018]

³⁹ Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Sesión 333. 14 diciembre de 1977 Recuperado de < https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980 > [Consulta: 10 abril 2018]

Tribunal Constitucional, recogiendo la postura doctrinaria prevalente en nuestra historia institucional (CORDERO V. L. , 2015, pág. 138). El artículo 93°, reformado, señala:

“Art. 93 de la CPR - 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;”

Cabe destacar que la elaboración de esta norma no estuvo exenta de discusión. Es interesante destacar la discusión en la sala de la Comisión de Constitución.

En dicha comisión, el senador Hamilton señala que la atribución, en manos del Senado, conlleva dificultades al no poder actuar, por su composición, como un tribunal de derecho. Destaca el señor Valenzuela que, pese a que el Senado ha zanjado numerosas contiendas de competencia entre las Cortes y Contraloría, los tribunales siguen conociendo de los recursos, por lo cual las decisiones del senado no se han hecho vinculantes ⁴⁰

Por su parte, la Corte Suprema se manifestó a favor de restar al Senado la atribución de conocer de las contiendas de competencia entre tribunales superiores de justicia y autoridades políticas o administrativas, pero en contra de la sustracción de entre sus facultades de la atribución de dirimir los conflictos entre tribunales inferiores y las mencionadas autoridades, señalando que es una facultad que deriva de su superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la nación y que su aplicación nunca ha motivado controversias.⁴¹

El mismo Tribunal Constitucional consultado por la comisión tuvo disparidad de opiniones. Se produjo consenso en que las contiendas entre tribunales superiores y autoridades administrativas fuesen conocidas por él, pero disparidad en cuanto a la atribución en ese entonces perteneciente a la Corte Suprema. Por una parte, los señores Faúndez, Jordán y Álvarez concordaron en que la atribución en cuestión deriva de la superintendencia sobre los tribunales de la nación con la que cuanta el máximo tribunal del poder judicial. Por otra, los señores Valenzuela y Colombo estimaron que, por su composición, que asegura la independencia de sus resoluciones, es el Tribunal Constitucional el más apropiado para ejercer la atribución. La señora Luz Bulnes Aldunate no se pronunció sobre el asunto.

La Comisión de Constitución acordó, luego del debate, que fuera el Tribunal Constitucional quien resolviera todas las contiendas de competencia entre autoridades administrativas y políticas y los

⁴⁰ Historia de la ley 20050. p. 308. Recuperado de < <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6131/>> [consulta: 9 de abril 2018]

⁴¹ Historia de la ley 20050. p. 313 Recuperado de < <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/6131/> > [consulta: 9 de abril 2018]

tribunales de justicia, sin importar si fueran Superiores o Inferiores.

El Senado, sin embargo, no estuvo de acuerdo en entregar al Tribunal Constitucional la atribución que hasta el día de hoy le pertenece. Sin entrar en las opiniones de cada uno de los senadores, sí cabe destacar algunos de los argumentos que se ofrecieron.

En primer lugar, se señaló que las contiendas usualmente se relacionan con la Contraloría General de la República, en conflicto con la Corte Suprema, recalándose luego que el Tribunal Constitucional está integrado por miembros del Poder Judicial, y concluyéndose que esto inhibirá su transparencia y su libertad para actuar.⁴² Se manifestó también que restar esta atribución debilitaría las funciones institucionales del Senado; que hasta el momento “ha actuado bien”⁴³; que restarle esta atribución marginaría del conflicto producido por la interpretación de una norma a quienes legislaron⁴⁴ y que llevar problemas políticos al Tribunal Constitucional implicaría cambiar su esencia⁴⁵. Finalmente, la reforma conservó la facultad senatorial, trasladando al Tribunal Constitucional únicamente la atribución anteriormente perteneciente a la Corte Suprema.

La doctrina ha criticado esta solución institucional, toda vez que el Senado, al ser un órgano político, carecería de la imparcialidad necesaria para resolver contiendas en que una de las partes es una autoridad política y que estaría falto, además, de la especialidad técnica necesaria para resolver estas contiendas jurídicas (CORDERO V. L. , 2015, pág. 139)

En los dos próximos capítulos, se estudiará la aplicación práctica de esta regulación, analizando cada una de las contiendas de competencia producidas entre Contraloría General de la República y los Tribunales superiores de justicia.

⁴² Historia de la ley 20050. p. 515 Recuperado de < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>> [consulta: 9 de abril 2018]

⁴³ Historia de la ley 20050. p. 532 recuperado de < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>> [consulta: 9 de abril 2018]

⁴⁴ Historia de la ley 20050. p. 1169 Recuperado de < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>> [consulta: 9 de abril 2018]

⁴⁵ Historia de la ley 20050. p. 1176 Recuperado de < <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>> [consulta: 9 de abril 2018]

CAPÍTULO III. LAS CONTIENDAS DE COMPETENCIA ENTRE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA ENTRE 1990-2018

Como analizamos en el capítulo anterior, la regulación actual en materia de contiendas de competencia entre autoridades políticas y los tribunales superiores de justicia ha sido objeto de numerosas críticas doctrinarias, señalándose, por una parte, que el Senado no contaría con la imparcialidad necesaria para resolver contiendas en que una de las partes es una autoridad política y, por otra parte, estaría falto de la especialidad técnica necesaria para resolver conflictos de esta naturaleza.

A continuación, se presenta un análisis de las contiendas producidas entre Contraloría y los Tribunales superiores de justicia, las cuales se han promovido ante el Senado en seis ocasiones diferentes. Otorgaremos a la última contienda de competencia su propio capítulo, el próximo, que por su importancia y actualidad, analizaremos con más detalle.

TABLA 1 CONTIENDAS DE COMPETENCIA PROMOVIDAS ENTRE CONTRALORÍA Y LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

	Boletín N°	Corte contra la cual se entabla	Fecha de presentación	Fecha de resolución	Resolución
1	S 164-03 S 148-03	Corte de Apelaciones de Santiago	9.11.93	09.04.94	En favor de la Contraloría General
2	S 170-03	Corte de Apelaciones de Santiago	07.07.94	06.06.95	En favor de la Contraloría General
3	S 315-03	Corte de Apelaciones de Santiago	25.11.97	05.05.98	En favor de la Contraloría General
4	S 377-03	Corte de Apelaciones de Punta Arenas	02.03.99	18.05.99	En favor de la Contraloría General
5	S 463-03	Corte de Apelaciones de Santiago	25.01.01	-	Se retira Contienda
6	S 1913-03	Corte Suprema	28.12.16	6.03.2018	En favor de la Contraloría General

Como podemos observar en la tabla 1, en las cinco contiendas objeto de este capítulo podemos observar claros patrones: salvo en la contienda cinco, que no llegó a resolverse por el Senado, en todas se ha fallado a favor de la Contraloría General de la República, todas se han interpuesto ante

Cortes de Apelaciones y, todas se promueven cercanas en el tiempo, llegando en algún momento a tramitarse tres contiendas conjuntamente.

Otros patrones que se observarán serán argumentativos, ya que en las cuatro contiendas resueltas se resuelve con idéntico criterio por parte del Senado, este es, que *el Contralor, al ejercer la toma de razón en los casos y en la oportunidad previstos por el ordenamiento, sólo cumple con su mandato constitucional, por lo que no es posible la impugnación de su decisión mediante la acción de protección.*

Por oposición, la postura sostenida por la Corte Suprema y por una minoría de senadores arguye que *tanto el recurso de protección como la toma de razón se mueven en planos distintos, que no es posible limitar el ámbito de aplicación del referido recurso y que por lo tanto en la especie no existe contienda alguna.*

En las siguientes páginas estudiaremos como estas dos posturas se enfrentan en diversas oportunidades, con variados argumentos de apoyo.

Distinguiremos en cada caso los antecedentes fácticos de cada contienda, el conflicto jurídico que, como mencionamos se mantiene constante, y el debate producido, destacando las intervenciones particulares de senadores cuando sus argumentos sean novedosos y diversos a la postura sostenida por Contraloría y por los tribunales superiores, finalizando con el acuerdo llegado por el Senado, generalmente coincidente con la postura mayoritaria contenida en el informe preparado por la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

1. Primera contienda de competencia

La primera contienda de competencia entre los Tribunales Superiores de Justicia y Contraloría que estudiaremos se promueve con fecha 9 de noviembre de 1993, por el señor Contralor General, a raíz de haber sido admitido a tramitación el recurso de protección Rol N° 2563-93 por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, señalando la entidad fiscalizadora que la Corte carece de jurisdicción para conocer del recurso, debiendo haber sido declarado inadmisibile. A continuación, se presentan los antecedentes tanto de hecho como de derecho, y el debate producido en el Senado.

i. Antecedentes de hecho

Esta contienda se produce por el hecho de acogerse a tramitación el recurso de protección rol N° 2563-93 interpuesto por los señores Fernando y Myriam Fischmann Torres ante la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Contraloría General, en el cual se solicita que se ordene al referido organismo tomar razón de la resolución n°185 de 24 de mayo de 1993, de la Dirección General de Aguas, dejando sin efecto el oficio devolutorio n°022882 de 31 de agosto de 1993, que representó la resolución por considerar que no se ajustaba a derecho.

La Contraloría General de la República, por oficio n°030236, de fecha 9 de noviembre de 1993, promueve ante el Senado la contienda de competencia solicitando que se declare “que la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago ha excedido su competencia y vulnerado atribuciones constitucionales exclusivas de la Contraloría General, al no declarar inadmisibile el recurso de protección rol n°2563-93”⁴⁶.

Durante la tramitación de esta contienda, identificada con el número de boletín “S 148-03”, se acumula una segunda contienda, promovida e identificada con el número de Boletín “164-04”, resolviéndose ambas conjuntamente.

La segunda contienda fue promovida a través del oficio n°18658, de 26 de mayo de 1994, por la Contraloría General, en razón de acoger la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago el recurso de protección n°1407-94, interpuesto por la compañía de teléfonos de Chile S.A. en contra de, entre otras autoridades, el Contralor General de la República, por haber tomado razón del decreto supremo n°95 de 1994 de los Ministerios de Transportes y Telecomunicaciones y de Economía, Fomento y Reconstrucción, señalando que el decreto sería inconstitucional e ilegal. La petición

⁴⁶ Contraloría General de la República. Oficio 030236. 9 de Noviembre de 1993

contenida en el oficio es idéntica en ambos casos.

ii. Antecedentes de derecho

En cuanto a las normas en conflicto, los artículos 87 y 88⁴⁷ de la Constitución entregan a Contraloría “*el control de la legalidad de los actos de la administración*”, declarando que “*el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer*”

Por su parte, el artículo 73⁴⁸, entrega a los tribunales establecidos por la ley “*la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado*”, lo cual se complementa con el artículo 20 que, regulando el recurso de protección, el que declara: “*El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”.

El conflicto jurídico consiste en determinar si la Corte de Apelaciones en virtud del artículo 20 pudo acoger a tramitación los recursos de protección interpuestos por particulares en contra del Contralor General, por considerar que en ejercicio de la facultad conferida a él en el artículo 88, esto es, mediante la toma de razón, los ha privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de sus derechos.

iii. Debate producido en el Senado

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento emitió el informe recaído en las contiendas de competencia el 28 de Julio de 1994, el cual se discutió y votó en el senado los días 11 de octubre de 1994 y 9 de noviembre de 1994, aprobándose y resolviéndose el conflicto en favor de la Contraloría General de la República.

A Continuación, se realiza una exposición de los principales argumentos presentes en el debate producido en el Senado, señalándose la postura de Contraloría General de la República representada por el ex contralor general Sr Osvaldo Iturriaga, en adelante “el Contralor”, seguidamente de la postura de la Exelentísima Corte Suprema, representada por el ex Ministro de

⁴⁷ En la actual constitución corresponden a los artículos 98 y 99

⁴⁸ En la actual constitución corresponde al artículo 76

la Corte Suprema Don Marcos Libedinsky; luego de ello, los argumentos de los Senadores cuando difieran en sus argumentos de las ideas desarrolladas por ambos contendientes, incluidas las réplicas que cualquiera de los expositores realice, así como los argumentos contenidos en el informe elaborado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Se divide esta exposición según los diferentes puntos en discusión.

a. Debate en torno a la existencia de una contienda de competencia

La **Contraloría**, en referido oficio n°030236, señala que al existir dos órganos ejerciendo igual función en relación con la misma materia, existe un conflicto de competencia, que debe ser resuelto mediante los mecanismos constitucionales correspondientes, en relación con el artículo 43 n°3 (ahora 53) de la Constitución Política de la República.

En su intervención en el Senado, el **Sr. Marcos Libedinsky** señaló que no existiría contienda de competencia, debido a que el Contralor no pretende tener facultades de tipo jurisdiccional, no considerándose facultado para decidir sobre recursos de protección. Asimismo, los tribunales simplemente vigilan que con el motivo de actos administrativos no se cometan actos arbitrarios e ilegales que vulneren determinados derechos constitucionales, no pretendiendo estar facultados para realizar el trámite de toma de razón. Considerando que las contiendas de competencia se producen cuando dos tribunales o un tribunal y una autoridad política o administrativa pretenden estar facultados para conocer de determinado asunto, el ministro concluye que en este caso no existe contienda alguna.

En la misma línea el **Senador Otero** destaca el concepto de contiendas de competencia elaborado por el profesor Colombo, en cuanto a que las referidas contiendas deben producirse **sólo entre órganos que gocen de una función análoga**. Por ello, entre un órgano jurisdiccional y un órgano administrativo no habría cabida a una contienda de competencia y, considerando que la Contraloría actúa de forma administrativa y la Corte de Apelaciones en plano jurisdiccional, y que los presupuestos de aplicación de las instituciones del recurso de protección y de la toma de razón son diferentes y difieren también en su función pública, entonces es necesario concluir que no existe en este caso contienda de competencia.

En respuesta a esto, en su exposición el **Sr. Contralor** Don Osvaldo Iturriaga refiere que la competencia es un elemento normado en la Constitución y aplicable no sólo a los tribunales, sino que, a todos los órganos del Estado, debiendo estos, para ejercer soberanía ser legalmente investidos y actuar dentro de la esfera de sus facultades en la forma que el ordenamiento señale. Así, la injerencia en las atribuciones de otro órgano genera un conflicto que debe ser resuelto por

los mecanismos que la propia constitución señala.

En relación a lo anterior, prosigue el Contralor, el artículo 49 n°3 de la Constitución Política supone precisamente la existencia de un conflicto entre dos órganos que cumplen funciones estatales distintas, una administrativa y una jurisdiccional. Destaca que un miembro de la comisión de estudios de la nueva constitución, el sr. Raúl Bertesen Repetto, en la sesión n°354, de 19 de abril de 1978 señala que las contiendas de competencia a que se refiere la norma pueden producirse por el hecho de que la Corte de Apelaciones “*adopte una resolución que la autoridad administrativa rechace por tratarse de un campo privativo de la administración y no de lo jurisdiccional*”.

Seguidamente, el Contralor refiriendo a la postura del Senador Otero señala que el profesor Colombo Cambell conceptualiza la competencia como una institución común, presente tanto en la función jurisdiccional como en de la función administrativa, desarrollando en el capítulo cuarto de su libro “*La competencia*” que los conflictos pueden darse tanto en órganos con diversa función como entre órganos de función análoga.

Finalmente, el Contralor enfrenta al argumento de que no hay contienda de competencia porque las acciones judiciales no interferirían en la función de la toma de razón, señalando que carece de base, siendo el objetivo de los recurrentes de protección que se ordene a contraloría tomar razón en el primer caso y representar un acto en el segundo caso, conllevando esto una injerencia de parte de los tribunales en una función propia de Contraloría General.

Posteriormente y en la misma línea, el **Senador Hamilton** añade que de sostener que los órganos en contienda deben tener una función análoga, no podríamos nunca aplicar el artículo 43 n°3 ya que cada contendiente postularía que está ejerciendo una función de distinta naturaleza, lo cual constituye un manifiesto error producido por la interpretación de la constitución en base a normas de rango inferior.

Finalmente, la senadora **Feliú** se refiere al punto destacando el carácter amplio que contiene la carta constitucional, dentro del cual cualquier injerencia de un órgano del Estado en la esfera de atribuciones de otro suscita una contienda en los términos del artículo 49.

En cuanto al informe aprobado de la comisión, éste entra a resolver la contienda de competencia derechamente, por lo que se subentiende que posteriormente al debate los senadores que lo aprobaron consideraron suficientemente acreditado el hecho de existir contienda entre estos órganos.

b. Debate en torno a la aplicación del recurso de protección a la toma de razón

En esta primera contienda, la aplicación del recurso de protección a la toma de razón se discute

extensamente, por lo cual, para facilitar su estudio, lo subdividiremos en base a los argumentos presentados.

i. Argumentos en torno a la interpretación y extensión del recurso de protección

La **Contraloría** señala que, para interpretar la Constitución, sus preceptos deben interpretarse armónicamente, y por lo tanto no es posible interpretar el artículo 20 de forma que su aplicación no reconozca límites. Por el contrario, la ilimitada interpretación del recurso de protección daría pie a situaciones inadmisibles, al permitir a las Cortes de Apelaciones intervenir en atribuciones privativas de otros órganos constitucionales. En su exposición, el Contralor cita a Luz Bulnes Aldunate, destacando que este tipo de interpretación conllevaría la existencia de un poder del Estado que tiene la tuición sobre los otros órganos estatales. Puntualiza el Contralor esto lo convertiría en un mero ejecutor de las decisiones adoptadas por los tribunales.

Prosigue sosteniendo que la finalidad del recurso en cuestión es establecer el imperio del derecho frente a una situación anómala que amaga un derecho indiscutido, por lo que sería inaceptable intentar utilizarlo por el hecho de discrepar en la interpretación jurídica de un pronunciamiento de la Contraloría, especialmente tomando en cuenta que la labor propia de este organismo es efectuar un control preventivo buscando cautelar, precisamente, el respecto al ordenamiento jurídico, lo cual significa que el acto sujeto a la toma de razón se encuentra sujeto al imperio del derecho.

Se refiere, finalmente al principio de inexcusabilidad, señalando que este principio no puede ser interpretado de forma ilimitada y como argumento en favor de la postura de la Corte, ya que el alcance se lo da el propio artículo que lo regula, impidiendo a los tribunales excusarse sólo cuando su intervención es reclamada en forma legal y en negocios de su competencia.

Por su parte, el ministro **Libendisky** se refirió a la gravedad que revestiría la declaración de inadmisibilidad en estos casos, negándose la corte a examinar los agravios invocados por el recurrente, declarando que no puede conocer de la vulneración de estos derechos constitucionales. Señala que ni la historia del establecimiento de la acción ni la letra del artículo 20 autorizan para estimar inadmisibles los recursos al controlar, especialmente considerando que esta acción nace como extensión del recurso de amparo.

Prosigue citando a autores que estiman procedente el recurso de protección contra el Contralor, quienes asimilan la toma de razón a una amenaza cierta de agravio. Además, destaca que la defensa de los administrados frente a la administración fue el motivo mismo de la creación este recurso, y que, en la práctica, a falta de tribunales contenciosos administrativos, el recurso de protección se ha instaurado como instrumento para la protección frente a agravios de la

administración, ya que el procedimiento de lato conocimiento no impide que el agravio se consuma.

Acaba de referirse a este punto sosteniendo que, si bien la Contraloría pretende marginarse de la revisión judicial de los actos de la administración, es un principio básico en nuestro derecho que ninguna lesión a un derecho individual pueda ser sustraída de tribunales.

Por oposición, el **senador Hamilton** se refirió al examen de admisibilidad del recurso, señalando que es un acto complejo que no puede ni debe ser sólo de forma y superficial, aclarando que es adecuado considerar que un órgano de naturaleza constitucional actuando dentro de sus atribuciones, no está en condiciones de inferir agravio ni siquiera como amenaza. Lo anterior, además, estaría en concordancia con la actuación del Senado en el caso del recurso de protección interpuesto contra la declaración de culpabilidad declarada en la acusación constitucional contra Hernán Cereceda.

Por su parte, el **senador Otero**, puntualizó que el recurso de protección debe ser admitido siempre que se reúnan los requisitos que el artículo 20 establece, y que el Senado pronunciándose en el sentido de no admitir a tramitación un recurso de estas características, estaría reformando la Constitución sin contar con el quorum requerido para ellos. Prosigue señalando que resolver en favor de Contraloría significaría que los actos de este organismo no serían justiciables y que respecto de ellos no habría derecho de defensa por vía del recurso de protección. Finaliza su intervención manifestando que la acción y la toma de razón son mecanismos complementarios, y no incompatibles.

Por su parte, la senadora Feliú expuso que efectivamente los actos u omisiones arbitrales o ilegales del Contralor que causen agravios pueden ser objeto del recurso de protección y que la corte no puede declararse incompetente para conocer de ello. La senadora distingue, ya que, según su criterio, que la toma de razón no pueda constituir una amenaza a un derecho no significa que la corte deba declarar de plano la inadmisibilidad del recurso, ya que para determinar la improcedencia de este, debe cerciorarse de que lo que se impugna es propiamente la toma de razón efectuada con los requisitos legales y no otra actuación que sea susceptible de ser recurrida.

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, considera que **no es procedente el recurso de protección para impugnar la forma en la cual el contralor ejerce el control de la legalidad ni tampoco el razonamiento en el cual basa su decisión**. Excepciona de esto la demora en la toma de razón, que podría servir de base para un recurso con el fin de que se fije un plazo para la realización del trámite.

Prosigue el informe citando a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en cuyo debate se acordó que *“La cuestión es crear algo que no desordene el resto del ordenamiento jurídico, no cree problemas de competencia entre los órganos, no termine con la independencia de unos y de*

otros y no impida que los demás sistemas del ordenamiento jurídico puedan desarrollar el objetivo para el cual están hechos”.

Puntualiza que el hecho de que la comisión de estudios otorgara un carácter amplio al recurso de protección, hace procedente el recurso frente al contralor, pero esto no conlleva la acción de protección sea admisible frente a todo acto. Esto, ya que el recurso tiene una finalidad concreta y precisa, debiendo interpretarse las disposiciones constitucionales como un todo orgánico. Así, la no exclusión de autoridades contra las cuales es procedente el recurso, en el artículo 20, no significa que las cortes puedan dejar sin efecto atribuciones que la constitución ha otorgado a otros órganos del estado, ya que la división de poderes es de tal naturaleza que cada poder no interfiera con las decisiones que son propias de otro.

El informe finaliza sus conclusiones sobre el punto, señalando que el principio de inexcusabilidad tiene su alcance definido en la propia norma que lo regula

ii. Argumentos en torno al carácter de la toma de razón

La **Contraloría** se refirió a la regulación de la toma de razón como argumento en contra de la procedencia del recurso de protección contra ella, señalando que la Constitución norma *exhaustivamente* los mecanismos que se pueden hacer valer contra ella, destacando el artículo 88, el que se refiere a la facultad del presidente de insistir mediante la firma de todos sus ministros.

Esta regulación no menciona al recuso de protección entre ellos, por lo cual, la intervención a través de órganos, vías o procedimientos distintos a los establecidos atentaría contra el principio de legalidad, constituyendo una extralimitación de facultades, siendo contrario a derecho reconocer competencias a órganos que no han sido dotados expresamente de las potestades correspondientes.

En el mismo sentido, la intervención de los tribunales correspondería a una injerencia indebida de esto, sustituyendo a Contraloría en la labor propia a ella encomendada por el artículo 87, quedando la toma de razón supeditada a la resolución de tribunales, y limitándose la labor de Contraloría a la mera aplicación de los fallos del poder judicial. Destaca además que las ordenes de no innovar emitidas por tribunales han impedido al organismo desarrollar su labor propia por hasta un año y once meses.

Por oposición, el **ministro Libendisky**, sin refutar directamente la exhaustividad de la regulación constitucional de la toma de razón y luego de reiterar su consideración de que el conflicto no representa una contienda de competencia, refiere que cualquier acto, provenga de quien provenga, puede ser sometido al órgano judicial a fin de que éste confirme su legitimidad, por lo cual no

existiría injerencia indebida alguna.

Por su parte, el **senador Otero** manifestó que en el caso a examinar, el Contralor ejerció su potestad administrativa, la que luego se impugnó, por lo que *no hubo injerencia ni intervención de los tribunales*. Señala además que, en el segundo de los casos, en el cual se menciona que uno de los autores de la posible ilegalidad o arbitrariedad es el contralor, tendríamos que reconocer que la Corte no debió admitir a tramitación el recurso, y la presunta “Inmunidad” del contralor se extendería al Presidente de la República y a los ministros, los cuales, se ha reconocido, sí pueden ser recurridos de protección, todo lo cual constituiría un contrasentido jurídico.

El senador **Hamilton** se refirió a la toma de razón, posicionándose a favor de la postura del organismo contralor, señalando que con ella Contraloría no cumple una función meramente administrativa, sino explícitamente constitucional. Este acto, entonces, debe ser considerado un acto institucional de relación entre poderes y órganos constitucionales del Estado, cumpliendo la función de someter al ejecutivo al estado de derecho. Por ello, no puede ser sometido a la jurisdicción ordinaria, no incidiendo directamente en la esfera jurídica de los administrados.

Por su parte, la senadora **Feliú** se refirió a la toma de razón sosteniendo que esta no constituye manifestación de voluntad sino un acto trámite procedimental por el cual el contralor emite un juicio sobre la conformidad o no a derecho del proyecto de acto que le envía una autoridad administrativa, así, la actuación de contralor no es separable del acto administrativo sobre el cual recae, y por lo tanto no puede por sí mismo crear, modificar, ni extinguir derechos y obligaciones. Como consecuencia, el juicio del contralor no importa por sí mismo una amenaza al ejercicio de un derecho.

El informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, refiere que la Constitución regula el **procedimiento específico de impugnación de la toma de razón**, entregándole al Presidente la facultad de insistir o recurrir al Tribunal Constitucional, según el caso. Aceptar la procedencia del recurso de protección en los casos en que el Contralor realiza su labor de forma legal atentaría contra las bases del sistema constitucional.

Señala luego que el contralor al tomar razón en los casos previstos, sólo cumple con su deber constitucional, y hacer posible su impugnación sería reconocer a las Cortes la facultad de revisar el fondo de una resolución adoptada por una autoridad en el ejercicio de su labor privativa, lo cual violaría el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos, y generaría situaciones absurdas, por ejemplo, la que podría ocurrir si el Presidente de la República, en caso de representación, utilizara el procedimiento del artículo 88, acudiendo al Tribunal Constitucional y al mismo tiempo un particular recurriera de protección, emitiendo los dos tribunales fallos

contradictorios.

Asimismo, no tendría sentido la admisión a tramitación de una acción de protección en contra de un decreto promulgatorio de una ley, un decreto con fuerza de ley, o un decreto promulgatorio de un tratado internacional ya ratificado por el Congreso. Finalmente, las Cortes de Apelaciones podrían dictar ordenes de no innovar, lo que impediría al Contralor el cumplimiento de su deber constitucional.

iii. Argumentos en torno a la autonomía de la Contraloría

La **Contraloría** se refiere a este argumento, señalando que el artículo 87 le confiere el carácter de organismo autónomo, lo que le garantiza la independencia respecto a los demás órganos del Estado en virtud del principio de separación de funciones. Así, señala, la intervención de la Corte atentaría contra la intención del constituyente de que la toma de razón sea ejercida por un organismo autónomo.

Por su parte, el ministro **Libendisky** responde que las autonomías que la Constitución concede a ciertos organismos estatales, no derogan el Estado de Derecho, cuyas bases descansan la protección de los derechos fundamentales. Señala que el control judicial y la autonomía *“no son conceptos antinómicos, sino complementarios”*

El senador **Otero** también se refiere al punto, señalando que la autonomía de Contraloría tiene límites, ya que no es un poder del estado, y su autonomía, por lo tanto, no es equivalente a soberanía. Manifiesta que contraloría debe actuar enmarcada en la constitución y de ahí se desprende que tribunales pueda velar por el sometimiento a ella. Su autonomía, entonces, es un medio para asegurarle el grado de independencia necesario para el cumplimiento de su labor fiscalizadora, y no una independencia del control de otros órganos que formen parte del Estado, lo cual se ve confirmado por el tribunal constitucional que ha sentenciado que el control de legalidad puede ser revisado tanto como por el tribunal constitucional como por los tribunales de justicia.

El senador continúa destacando el oficio enviado por contraloría a la comisión de estudios de la nueva constitución, en fecha 24 de abril de 1978 en el cual precisa el sentido que debe tener la autonomía constitucional del organismo, proponiendo una definición alusiva a la independencia de otras autoridades estatales, sin mencionar en ningún momento la autonomía respecto del control judicial de la legalidad.

En el **informe** ya referido, se concluye que la autonomía de Contraloría y su potestad de control de la legalidad en los actos administrativos no se ven alterados por el recurso de protección, pues la actividad jurisdiccional es independiente y exclusiva del poder judicial y su extensión

determinada en la constitución y las leyes.

Señala el informe que se evita toda posible colisión entre la toma de razón y el recurso de protección, ambos regulados constitucionalmente, respetando la finalidad propia de cada institución. En este sentido, la toma de razón tiene la finalidad de entregar a un órgano autónomo la función de análisis de constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos, mientras que el recurso de protección es un remedio rápido frente a violaciones evidentes de derechos por él especificados, respondiendo a situaciones de hecho que constituyan actos u omisiones arbitrarios o ilegales, no siendo procedente para impugnar la forma en la cual el contralor ejerce el control de la legalidad ni tampoco el razonamiento en el cual basa su decisión.

iv. Argumentos en torno a la posibilidad de recurrir en contra de la autoridad que dictó el acto administrativo

En su exposición **Contraloría** señala que sólo cumple con su deber constitucional al efectuar la toma de razón de los actos de la administración, y que los agravios que puedan inferirse a los administrados no provienen de su labor fiscalizadora sino de la propia administración activa. Así, no admitir a tramitación los recursos de protección referidos a la toma de razón no genera indefensión a los administrados, quienes cuentan con la posibilidad de resguardar sus derechos accionando contra la autoridad administrativa que dictó el acto que genera agravio.

Frente a esto, el ministro **Libendisky** manifiesta que el hecho de recurrir contra la autoridad que dictó el acto no excluye hacerlo en contra del contralor, el cual ha posibilitado el acto mediante la toma de razón, ocasionando que dicho acto produzca efectos que priven algún derecho constitucional del afectado.

Prosigue señalando que es un error sostener que puede recurrirse a la autoridad que dictó el acto cuando el contralor lo ha representado. Esto, debido a que cuando el contralor no toma razón el acto representado es favorable al administrado, por lo que no tendría sentido para él recurrir en contra de la administración activa, quien podrá decir que dictó el acto por lo cual no hay omisión que se le pueda imputar.

Concluye también que debido a que nuestro ordenamiento no establece limitaciones al recurso de protección, son los tribunales quienes deben ponderar y decidir si un recurso es o no procedente, en cada caso. De lo contrario, se estaría negando a los afectados el amparo judicial, el cual es un derecho inalienable.

El senador Diez se opone a la argumentación del ministro **Libendisky**, consistente en que la autoridad administrativa a la cual se le haya representado un acto, en respuesta a una demanda interpuesta por un recurrente de protección, argumentará “que no es su culpa” porque ella mandó

el acto y fue Contraloría quien lo rechazó. Sostiene el Senador que nunca ha conocido una respuesta semejante. Por el contrario, el Presidente de la República o el Consejo de Defensa del Estado argumentará que al encontrar razonables los puntos de vista del contralor, no usó el decreto de insistencia, lo que provocará que se resuelva el conflicto en juicio, y, en el caso de prevalecer la postura del particular, Contraloría quedará obligada a tomar razón.

Por su parte el senador Otero destaca que el plazo del decreto dictado es siempre 30, 40 o 60 días anterior al acto de la toma de razón, pero el plazo para recurrir de protección son 15 días desde la fecha del decreto, lo cual implica que no podría en ningún caso recurrirse contra una resolución de la que hubiere tomado razón.

Frente a esto, el senador **Fernández** aclaró que el plazo de 15 días correspondiente al recurso de protección no está consagrado en la constitución, sino en un autoacordado, no pudiendo por lo tanto modificar el ejercicio del derecho a recurrir en cuestión. Además, debemos considerar que el plazo se cuenta desde que el afectado está en situación de interponer el recurso.

Por su parte, la **senadora Feliú** postuló que el plazo se debe contar desde que la persona toma conocimiento de la dictación del acto o desde la omisión de la autoridad que es la causa de la perturbación o amenaza del derecho.

El **informe** de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento se decanta por la postura de Contraloría, al estimar que las personas que consideren sus derechos constitucionales pueden recurrir de protección en contra de la autoridad que dictó el acto. En el caso que el acto se hubiere representado, el particular podrá recurrir contra la autoridad que dictó la medida estimando que ha incurrido en una omisión ilegal o arbitraria.

c. Debate en torno al cambio de criterio de los órganos en disputa

La Contraloría argumentó que los Tribunales **no han fallado de forma uniforme** frente a recursos de protección deducidos en su contra, existiendo fallos en los cuales los argumentos concuerdan con la postura del órgano contralor. Por su parte, el ministro Libendisky señaló que Contraloría comenzó a sostener su “nuevo” criterio de inadmisibilidad en 1988, mientras que el recurso de protección comenzó a operar en 1976 y desde entonces cada vez que se interpusieron este tipo de acciones, el contralor entró al fondo del asunto, sin cuestionar la competencia de tribunales.

iv. *Resultado de la votación*

Se aprobó el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento con 16 votos contra 8, una abstención y 5 pareos.

Votaron por la afirmativa los señores Calderón, Díaz, Díez, Fernández, Frei (Arturo), Hamilton,

Horvath, Larraín, Matta, Núñez, Páez, Piñera, Ruiz (José), Ruiz-Esquide, Zaldívar (Adolfo) y Zaldívar (Andrés).

Votaron por la negativa los señores Cooper, Huerta, Martín, Mc-Intyre, Otero, Romero, Siebert y Urenda. Se abstuvo la señora Feliú. No votaron, por estar pareados, la señora Frei (doña Carmen) y los señores Gazmuri, Larre, Letelier y Ominami.

2. Segunda contienda de competencia

La segunda contienda de competencia entre los Tribunales Superiores de Justicia y Contraloría se promueve con fecha 6 de julio de 1994 por el señor Contralor General, a raíz de haber sido admitido a tramitación el recurso de protección rol 1785-94 por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago, señalando la entidad fiscalizadora que la Corte carece de jurisdicción para conocer del recurso, debiendo haber sido declarado inadmisibile.

i. Antecedentes de hecho

El recurso de protección rol 1785-94 fue interpuesto por Calisto Arturo Nuñez Aliaga, ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de Contraloría General, por haber tomado razón en el marco de su función de control de legalidad, de **la resolución n°295, de 1 de diciembre de 1993**, emitida por la Dirección Nacional del Instituto de Desarrollo Agropecuario, por la cual se declaró vacante el cargo que el recurrente servía en dicho órgano del Estado.

En el mencionado recurso se solicita que la Corte de Apelaciones ordene al Contralor General que invalide la toma de razón de la resolución n°295, señalando que la Contraloría General, al ejercer el control de legalidad se ha erigido en una “comisión especial”, violando los derechos fundamentales del recurrente, en particular, su derecho de propiedad sobre el cargo que ejercía y su derecho a un justo y racional procedimiento.

Con fecha 6 de Julio de 1994, por medio del oficio n°022302, el Señor Contralor General promueve una contienda de competencia ante el Senado, en contra de la Corte de Apelaciones de Santiago, sosteniendo que dicho tribunal carece de jurisdicción para conocer del recurso interpuesto, debiendo haberlo declarado inadmisibile

ii. Antecedentes de Derecho

En cuanto a las normas en conflicto, los artículos 87 y 88⁴⁹ de la Constitución entregan a Contraloría “*el control de la legalidad de los actos de la administración*”, declarando que el Contralor “*el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer*”

Por su parte, el artículo 73⁵⁰ entrega a los tribunales establecidos por la ley “*la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado*”, lo cual se complementa con el artículo 20 que, regulando el recurso de protección, declara: “*El que por causa*

⁴⁹ En la actual constitución corresponden a los artículos 98 y 99

⁵⁰ En la actual constitución corresponde al artículo 76

de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

El conflicto jurídico consiste en determinar si la Corte de Apelaciones en virtud del artículo 20 pudo acoger a tramitación los recursos de protección interpuestos por particulares en contra del Contralor General, por considerar que en ejercicio de la facultad conferida a él en el artículo 88, esto es, mediante la toma de razón, los ha privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de sus derechos.

iii. Debate producido en el Senado

La comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, por cuatro votos a favor y uno en contra del senador Miguel Otero Lathrop, acordó en fecha 26 de abril de 1995, reiterar el criterio sostenido en el informe de la anterior contienda de competencia, informada el 28 de julio de 1994, que resolvió la contienda a favor de la Contraloría General de la República.

El informe se discutió en sesiones de 30 y 31 de mayo y 9 de junio del año 1995, aprobándose el mismo y declarándose que “cabe dar lugar a la contienda de competencia promovida por el señor Contralor General de la República mediante oficio de fecha 6 de julio de 1994 en cuanto a que la Corte de Apelaciones de Santiago no pudo acoger a tramitación el recurso de protección en que incide la mencionada contienda, en tanto está dirigido a impugnar las decisiones adoptadas por el Contralor en ejercicio de su facultad de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, y no está comprendido en los casos en que sería procedente”

A Continuación, se realiza una exposición de los principales argumentos presentes en el debate producido en el Senado.

a. Debate en torno a la existencia de una contienda de competencia

El **Contralor** señala que en este caso existe un conflicto de competencia ya que por mandato de los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental, es a Contraloría a quien le corresponde ejercer el control de la legalidad de los actos de la Administración, por lo cual el acogimiento a tramitación del recurso importa una injerencia indebida de los tribunales en la función privativa del organismo,

que debe ser resuelto por los mecanismos previstos por el ordenamiento constitucional.

La **posición minoritaria en el Senado** sostuvo que en este caso no concurren los elementos necesarios para configurar una contienda de competencia. En efecto, el senador **Otero** señala que, en una contienda de competencia entre autoridades políticas o administrativas y tribunales de justicia, tanto un tribunal como una autoridad política o administrativa deben pretender tener jurisdicción privativa para la resolución del conflicto. Luego, arguye que el pronunciamiento del Contralor en el trámite de toma de razón, es un acto administrativo previo e indispensable para la validez del acto administrativo que se revisa y no conlleva ni puede conllevar el ejercicio de "jurisdicción".

Prosigue señalando que en la especie la Corte de Apelaciones conoce del recurso de protección dentro de su potestad jurisdiccional sin pretender ejercer el control de legalidad conferido a la Contraloría General. Es más; si la Contraloría no hubiere ejercido libremente su potestad, no se habría podido interponer el recurso de protección. Por esto, en la especie no se dan las condiciones para configurar una contienda, al ser el acto de las cortes un acto de jurisdicción y el de contraloría un acto administrativo-

Argumenta luego que los tribunales deben conocer, lo que implica tramitar una causa civil, aun cuando los fundamentos de la acción no sean plausibles o las peticiones sean infundadas, debiendo pronunciarse en la sentencia sobre la admisibilidad de la acción. No existiendo ningún poder u organismo del Estado que tenga la facultad de impedir cumplir a los tribunales su mandato constitucional.

Siguiendo lo anterior, distingue los requisitos de procesabilidad de una acción, con los de admisibilidad, siendo los primeros los indispensables para que un tribunal inicie el conocimiento de un conflicto, de carácter formal y que son, en el caso de la acción de protección: la individualización del afectado, señalar el derecho o garantía de cuyo ejercicio se ha visto privado, perturbado o amenazado y los hechos que configuran tal acción u omisión, ilegal o arbitrario. Cumpliéndose estos requisitos, la Corte de Apelaciones debe tramitar el recurso. A diferencia de ellos, los de admisibilidad son los requisitos de fondo que deben acreditarse durante el proceso y resolverse en la sentencia, en este caso, si los hechos son o no constitutivos de una acción arbitraria o ilegal y en el caso de serlo, si privan, perturban o amenazan el ejercicio de un derecho o garantía constitucional amparado por el artículo 20.

Prosigue señalando que se confunde la potestad privativa del Contralor de tomar razón de un acto con las consecuencias del ejercicio de dicha facultad, y que el recurso de protección interpuesto se fundó en las consecuencias jurídicas del ejercicio de la potestad contralor. Distingue los casos en que el Contralor representare un decreto de los casos en que tomare razón de él. En el primero,

cuando el Contralor representare un decreto o resolución que el interesado estimare indispensable para el legítimo ejercicio de un derecho, el acto de control tendría el carácter de amenaza al legítimo ejercicio de derechos, puesto sería un “indicio cierto” de que agravio se habría de producir al impedirse el acto administrativo que haría el ejercicio procedente, mientras que si tomare razón de un decreto o resolución que en concepto del interesado fuere causa de perturbación o privación, ese acto de toma de razón podría revestir, el carácter de una amenaza para el legítimo ejercicio el derecho protegido.

Concluye que no hay contienda de competencia alguna entre el Contralor General de la República y la Corte de Apelaciones de Santiago y que el acto administrativo de toma de razón es susceptible de ser impugnado jurisdiccionalmente, debiendo rechazarse la contienda promovida mediante el oficio de fecha 9 de julio de 1994.

En la misma línea, el señor **Alessandri** manifiesta que la posición de mayoría contiene el error de estimar que el recurso de protección se dirige en contra de alguien, mientras que la doctrina y la jurisprudencia reconocen que el sujeto pasivo es la propia corte de apelaciones. Luego, destaca que una contienda de competencia implica resolver quien es competente, cosa que el voto de mayoría no indica ya que no precisa quién es competente para conocer de un recurso de protección legalmente interpuesto, por lo cual no resuelve la competencia, haciendo que los derechos constitucionalmente consagrados pasen a ser ilusorios y nominales.

El señor **Hamilton** arguye que si aceptáramos que no hay contienda dado que la Corte de Apelaciones ejerce una función jurisdiccional y la Contraloría una función administrativa, tendríamos que concluir que nunca podríamos aplicar el n°3 del artículo 49 de la Carta Fundamental porque cada uno de los contendientes esgrimiría igual argumento, y así deberíamos concluir que el constituyente otorgó al senado una facultad exclusiva inaplicable y sin sentido.

La señora **Feliú** señaló que efectivamente nos encontramos en presencia de una contienda de competencia, ya que el concepto de competencia que establece la Constitución es amplio, produciéndose una contienda de competencia ante cualquier injerencia de un órgano del estado en la esfera de atribuciones de otro.

El **acuerdo del Senado**, sin pronunciarse explícitamente sobre la existencia de una contienda, entra derechamente a resolverla, señalando en su considerando tercero que la “esencia del asunto sometido a la decisión del Senado es determinar si la Corte de Apelaciones de Santiago, en ejercicio de la facultad que le concede el artículo 20 de la Carta Fundamental, pudo acoger a tramitación el recurso de protección rol 1785-94 interpuesto en contra del Contralor General de la República, por considerar que éste, al tomar razón de un acto de la Administración, ha privado, perturbado o amenazado el legítimo ejercicio de derechos o si, por el contrario, el mencionado

tribunal carece de competencia para conocer de él”

b. Debate en torno a la aplicación del recurso de protección a la toma de razón

El **Contralor** observa que la Constitución de 1980 no sólo eleva la toma de razón a rango constitucional, sino que además determinó su naturaleza, ámbito de aplicación, reglas de procedimiento y medios de impugnación, con gran detalle, resultando inaceptable que se intervenga en esta función a través de procedimientos diversos a los establecidos, constituyendo una extralimitación de facultades que atentaría contra el principio de legalidad.

Prosigue señalando que el control preventivo de juridicidad del acto administrativo es un requisito de eficacia del acto, que permite que este pueda producir sus efectos, siguiéndose de ello que los eventuales agravios que el acto administrativo puede causar tienen su origen en el acto mismo contra el cual los administrados podrán interponer los recursos pertinentes.

Continúa advirtiendo que la ilimitada aplicación del recurso de protección produciría situaciones extremadamente graves, trastocando el orden jurídico y permitiendo a las cortes mezclarse en las funciones de otros órganos constitucionales, dejando sin efecto decisiones adoptadas en uso de atribuciones exclusivas, y deviniendo en el poder supremo del Estado.

En el senado el señor **Hamilton** destaca que la Contraloría, por medio de la toma de razón no ejerce una función administrativa de ejecución, sino que ejerce un acto institucional, es decir, un tipo de acto establecido por la Constitución para regular las relaciones de los poderes del Estado, las de éstos con los órganos constitucionales o las de los últimos entre sí. Este tipo de actos sostiene, por razones de alta política escapan al control de la jurisdicción ordinaria.

El senador **Larraín** señala que rechazar la postura contralora significaría afectar tres principios: la armonía, la especialidad y la eficacia. La armonía, concepto que tuvieron en cuanta los creadores del recurso de protección, significa que este no debe desordenar el ordenamiento jurídico ni afectar el resto de las instituciones; la especialidad, en virtud del cual cada autoridad debe actuar dentro de la esfera de su competencia, que en este caso se traduce en que al contralor corresponde verificar la legalidad del decreto o del acto administrativo; y la eficacia administrativa, ya que produciría el entramamiento del funcionamiento de una parte de la administración pública.

La senadora **Feliú**, por su parte, argumenta que la toma de razón no constituye una manifestación de voluntad, sino, como sostiene el profesor Eduardo Soto Kloss, es un “acto-trámite procedimental de elaboración del acto administrativo, por el cual el Contralor General de la República, en virtud de las potestades de contralor de la legalidad de la Administración que le han conferido la Constitución y las leyes, emite un pronunciamiento sobre la conformidad o no a Derecho del

verdadero “proyecto de acto” que le envía la autoridad administrativa”.

Por lo mismo, no es un acto separado o separable del acto administrativo sobre el cual recae, no creando, modificando ni extinguiendo derecho ni obligaciones a diferencia sobre el acto sobre el cual recae, por ello, este acto-trámite no puede implicar una amenaza a derechos constitucionales, y no es procedente el recurso en contra del Contralor General por haber tomado razón o haber representado un acto administrativo actuando dentro de la esfera de sus atribuciones.

Concluye, sin embargo, que la Corte de Apelaciones no está inhibida de tramitar los recursos de protección que se interpongan ya que para determinar su improcedencia debe comprobar que lo que se impugna es la toma de razón dentro de la esfera de las atribuciones del Contralor, y no otra actuación de este. Por estas razones la senadora se abstiene en su votación.

El **acuerdo del Senado** analiza primeramente el ámbito de aplicación del recurso de protección, citando para ello a la Comisión de Estudios de la nueva Constitución. Señala que según lo consignado en el acta de la sesión n°214 de 25 de mayo de 1976, el señor Silva Bascuñán expresa su preocupación en cuanto a la forma de estructurar esta nueva institución, buscando precisamente que la acción no “desordene el resto del ordenamiento”, y que “no impida que los demás sistemas del ordenamiento jurídico pueden desarrollar el objetivo para el cual están hechos.

Igualmente, destaca que dicha Comisión el señor Ortuzar manifiesta que es conveniente que la disposición sea amplia, comprendiendo incluso al Congreso, lo que produce un debate en el interior de esta, en la que se manifiesta que sí bien el recurso puede interponerse contra cualquiera “este tiene una finalidad tan concreta y tan precisa” ,que no debería crear interferencia con otros sistemas.

Prosigue el acuerdo arguyendo que los antecedentes de la creación del recurso ponen de manifiesto que la amplitud de la norma tiene el sentido de no excluir a ninguna autoridad del estado de que sus acciones u omisiones sean objeto del mismo, de lo cual no se sigue que siempre y en todo caso sean admisibles los recursos que se interpongan, especialmente considerando que la constitución es un todo orgánico en el cual hay una división de funciones, de forma que un poder del estado no interfiera ni suspenda decisiones que son propias y privativas de otro poder.

Luego refiere que la toma de razón y el recurso de protección persiguen diferentes propósitos. En el caso de la toma de razón, su finalidad es entregar a un órgano autónomo la función privativa de efectuar un análisis de legalidad y constitucionalidad; por su parte, el recurso de protección es un remedio rápido frente a situaciones de hecho que manifiestamente violen derechos amparados por él mediante actos u omisiones arbitrarios o ilegales.

De lo anterior concluye que el Contralor, al ejercer la toma de razón en los casos y en la oportunidad

previstos por el ordenamiento, sólo cumple con su mandato constitucional, por lo que no es posible la impugnación de su decisión mediante la acción de protección, ya que esto violentaría el principio de especialidad de competencia de los órganos públicos. Igualmente, admitir la procedencia del recurso produciría situaciones absurdas, por ejemplo, en el caso de que el Presidente en caso de representación recurriera al Tribunal Constitucional y simultáneamente un participar acudiere a los tribunales civiles, emitiendo ambos tribunales fallos contradictorios.

Finalmente, señala que, si el Contralor actuare al margen de sus funciones o no lo hiciera en el plazo correspondiente, procederá la referida acción. Igualmente, los terceros agraviados por un acto administrativo, ya sea por su toma de razón o por su representación, podrán interponer la acción de protección en contra de la autoridad que dictó el acto, siempre que se cumplan los requisitos establecidos.

c. Similitud con las contiendas de competencias anteriormente resueltas

El informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, señala que al analizar la materia apreció que la situación planteada en esta contienda es similar a las ya resueltas por el senado e informadas en julio de 1994. En ambas situaciones el Contralor plantea la contienda debido a que la Corte de apelaciones ha admitido a tramitación un recurso de protección que busca la impugnación de la toma de razón por él realizada de un acto administrativo. Igualmente, en el debate en el senado, el señor Hamilton destaca que el asunto sometido a la consideración del senado es del todo similar a las materias ya resueltas recientemente en el senado.

iv. *Resultados de la votación*

Se aprueba el informe de mayoría por 26 votos contra 15 y una abstención.

Votaron por la afirmativa los señores Bitar, Calderón, Carrera, Díaz, Diez, Fernández, Gazmuri, Hamilton, Hormazábal, Horvath, Huerta, Larraín, Lavandero, Matta, Muñoz Barra, Núñez, Ominami, Páez, Piñera, Ríos, Ruiz (José), Ruiz-Esquide, Sule, Valdés, Zaldívar (Adolfo) y Zaldívar (Andrés).

Votaron por la negativa los señores Alessandri, Cooper, Errázuriz, Larre, Letelier, Martin, Mc-Intyre, Otero, Pérez, Prat, Romero, Siebert, Sinclair, Thayer y Urenda. Se abstuvo de votar la señora Feliú.

3. Tercera contienda de competencia

La tercera contienda de competencia surge a raíz del oficio n°037994, de 18 de noviembre de 1997, por medio del cual el señor Contralor General de la República solicitó al Senado que aclarara el alcance de los efectos de los acuerdos adoptados al conocer contiendas de competencia entre Contraloría y los Tribunales superiores de justicia. En el mencionado oficio solicitó que el Senado dictaminara que los acuerdos adoptados por el Senado son de efectos generales y permanentes, y de aplicación obligatoria para los Cortes de Apelaciones, de forma que se aplicaran a situaciones análogas y no fuera necesario recurrir nuevamente al Senado para su pronunciamiento. En subsidio, promovió dos nuevas contiendas de competencia.

El informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 13 de enero de 1998, que recae sobre la petición del Contralor, señaló que los efectos de los acuerdos adoptados por el Senado en contiendas de competencia sometidas a su resolución son relativos y particulares, ya que la facultad del Senado es de carácter jurisdiccional, y no es posible al organismo otorgarse facultades no atribuidas por la Constitución Política, teniendo por promovidas las dos contiendas de competencia del referido oficio N° 037994. La sala del Senado aprobó por unanimidad el informe de la comisión con fecha 21 de enero de 1998.

i. Antecedentes de hecho

El recurso de protección rol 4327-97 fue interpuesto por la sociedad constructora Yelcho SA en contra de Contraloría, por haber sido devuelta sin tramitar la resolución del SERVIU n°412 de 1997 que otorgaba un aumento de plazo, aprobaba el acta de recepción y la liquidación contable del contrato de construcción de obra pública celebrado entre el mencionado servicio y la empresa recurrente. Esta última solicitó a la Corte de Apelaciones que ordenara al Contralor tomar razón de la resolución aludida, arguyendo la vulneración de su derecho de propiedad.

El segundo recurso de protección es el N° 4322-97. Fue interpuesto por doña Isabel Huincahue Marimán, en contra del director general de la Policía de Investigaciones y de la Contraloría General, la cual tomó razón del decreto n°55 de 1997 del Ministerio de Defensa Nacional, que declaró vacante el cargo que servía la recurrente. Esta solicitó la anulación del sumario administrativo en el cual se le aplicó la medida disciplinaria de petición de renuncia, por estimarlo lesivo a sus garantías constitucionales.

La contienda promovida por la Contraloría General de la República se funda en los dos recursos de protección interpuestos en su contra.

ii. Antecedentes de Derecho

En cuanto a las normas en conflicto, los artículos 87 y 88⁵¹ de la Constitución entregan a Contraloría “*el control de la legalidad de los actos de la administración*”, declarando que el Contralor “*el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer*”

Por su parte, el artículo 73⁵² entrega a los tribunales establecidos por la ley “*la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado*”, lo cual se complementa con el artículo 20 que regula el recurso de protección.

El conflicto jurídico consiste en determinar si la Corte de Apelaciones en virtud del artículo 20 pudo acoger a tramitación los recursos de protección interpuestos por particulares en contra del Contralor General, por considerar que en ejercicio de la facultad conferida a él en el artículo 88, esto es, mediante la toma de razón, los ha privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de sus derechos.

iii. Debate producido en el Senado

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento emitió el informe recaído en las contiendas de competencia el 15 de abril de 1998. En él la posición mayoritaria acoger la postura de contraloría.

El referido informe se discutió y votó en el senado los días 22 de abril y 5 de mayo de 1998, aprobándose el informe de la Comisión, y resolviéndose por lo tanto el conflicto, a favor de la Contraloría General de la República. El acuerdo senatorial señaló: “*la Corte de Apelaciones de Santiago no puede acoger a tramitación los recursos de protección en que inciden las mencionadas contiendas, en tanto están dirigidos a impugnar las decisiones adoptadas por el Contralor en ejercicio de su facultad de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, y no están comprendidos en los casos en que serían procedentes*”

A continuación, igual que respecto a las anteriores contiendas, se realiza una exposición de los principales puntos de discusión y argumentos correspondientes presentes en el debate producido en el Senado.

a. Debate en torno a la existencia de una contienda de competencia

La **Contraloría** señala en su oficio que la admisión a tramitación de los recursos de protección rol 4327-97 y 4322-97 es absolutamente improcedente, constituyendo una injerencia indebida de los Tribunales Superiores de Justicia en la función de control preventivo de juridicidad de los actos de

⁵¹ En la actual constitución corresponden a los artículos 98 y 99

⁵² En la actual constitución corresponde al artículo 76

la Administración, y generando un conflicto de competencia que es necesario resolver por los mecanismos previstos en el ordenamiento constitucional.

En contra de esta postura, la **minoría en el Senado** se decantó por la ya sostenida de la Corte Suprema en pasadas contiendas, señalando el senador Zurita que en su opinión este procedimiento no es una contienda de competencia, ya que esta requiere la existencia de dos o más tribunales que se atribuyan la competencia y no otros, señalando además que no puede el Senado ampliar, restringir o precisar el recurso de protección, y señalando que lo busca la Contraloría en el Senado es la inmunidad de jurisdicción. En el mismo sentido el senador Aburto señaló que no existe contienda porque las actuaciones de Contraloría y de los tribunales se desarrollan en dos planos diferentes: los tribunales que deben resolver los asuntos de orden civil o penal y el ente administrativo que tiene la facultad privativa de resolver el problema pertinente.

El acuerdo del senado no se detiene en el debate de la existencia de una contienda de competencia, entrando a resolverla derechamente.

b. Debate en torno a la aplicación del recurso de protección a la toma de razón

La **posición de Contraloría** señala que por mandato de los artículos 87 y 88 de la Constitución, le corresponde ejercer el control de la legalidad de los actos de la administración, regulando este cuerpo no sólo el régimen jurídico de esta función sino también su naturaleza, ámbito de aplicación, reglas de procedimiento aplicables y medios de impugnación en gran detalle, resultando inaceptable que se intervenga en este control a través de órganos, vías o procedimientos distintos a los establecidos, lo cual configuraría una extralimitación de facultades que infringe el principio de legalidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución.

Prosigue expresando que los eventuales agravios que pueda causar a terceros un acto de la administración no tienen su origen en la toma de razón, que sólo constituye un requisito de eficacia del acto, sino en la administración activa, y es frente a ella que se deben hacer valer los recursos judiciales por los interesados.

Continúa manifestando que la ilimitada aplicación del artículo 20 trastocaría el orden jurídico al convertir a las Cortes de Apelaciones en el poder supremo del estado, ya que al conocer del recurso de protección podría dejar sin efecto decisiones adoptadas por otros órganos constitucionales en función de sus atribuciones exclusivas.

Manifestándose a favor de la postura contralora, el senador **Silva** arguye que cuando se aprobó el artículo 20 de la Carta Fundamental, la norma fundamental contenía un artículo coetáneo, el artículo 38, que planteaba la existencia de tribunales contencioso administrativos para casos como los aquí suscitados, lo cual se modificó nueve años después, en 1989. Es coherente deducir de la

historia de la normativa constitucional que esta materia no puede ser objeto del recurso de protección, porque dicho recurso nace cuando hay actos arbitrarios o ilegales, y el control preventivo nace de la misma norma constitucional.

En contra de la postura de contraloría, el senador **Urenda** manifiesta que el recurso de protección debería ser procedente, ya que no parece razonable que por el hecho de que se abusa del recurso o su tramitación demora más de lo adecuado, él no se puede hacer valer frente a una resolución adoptada por el Contralor General de la República en uso de sus facultades.

El **acuerdo del Senado** señala que para dilucidar la respuesta al conflicto deducido, es necesario analizar el ámbito de aplicación del recurso de protección, el cual fue extensamente debatido en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. En esta comisión, en la sesión 214, de 25 de mayo de 1976, Silva Bascañan expresa que al configurar el recurso de protección “la cuestión es crear algo que no desordene el resto del ordenamiento, que no cree problemas de competencia entre órganos, no termine con la independencia de unos y de otros y no impida que los demás sistemas del ordenamiento jurídico puedan desarrollar el objetivo para el cual están hechos”.

El acuerdo luego pone de relieve que en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución se caracteriza al recurso de protección como sistema con una finalidad concreta y precisa, pero con carácter amplio, lo cual permite deducir que la amplitud de la norma sólo tiene el sentido de no excluir ni exceptuar a ningún órgano o autoridad del Estado de que sus acciones puedan ser objeto del recurso, lo cual no implica que siempre sean admisibles.

Para juzgar esta admisibilidad, hay que tomar en cuenta que la Constitución es un todo orgánico y que tanto el recurso de protección como el control de la legalidad se encuentran consagrados constitucionalmente, razón para interpretarlas respetando la finalidad propia de cada una de ellas.

Señala, a continuación, que la función de la toma de razón es entregar a un órgano autónomo la función privativa del análisis de constitucionalidad y legalidad de los actos de la administración, mientras que el recurso de protección es un remedio rápido frente a manifiestas violaciones de los derechos por él protegidos, dando respuesta a situaciones de hecho que constituyan actos u omisiones arbitrarios o ilegales.

Concluye que el Contralor General, al ejercer la toma de razón en los casos y en la oportunidad prevista por el ordenamiento, sólo cumple con su mandato constitucional, no siendo posible aceptar la impugnación de sus decisiones mediante un recurso de protección, ya que lo contrario violentaría el principio de especialidad de los órganos públicos. Así, sólo sería posible para las Cortes acoger a tramitación recursos de protección dirigidos en contra del Contralor, si éste actuare fuera de sus funciones o no lo hiciera dentro de la correspondiente oportunidad, actuando de forma ilegal o arbitraria y vulnerando los derechos constitucionales amparados por la referida acción. Lo anterior,

sin perjuicio del derecho de los afectados de interponer las acciones judiciales correspondientes contra la autoridad administrativa que dictó el acto considerado gravoso.

iv. Resultados de la votación

Se aprueba el informe de la Comisión, por 30 votos contra 7 y 2 pareos.

Votaron por la afirmativa los señores Boeninger, Bombal, Canessa, Cantero, Díez, Fernández, Frei, Hamilton, Horvath, Lagos, Larraín, Martínez, Muñoz Barra, Novoa, Núñez, Ominami, Páez, Parra, Pérez, Pizarro, Prat, Ríos, Ruiz (José), Ruiz-Esquide, Sabag, Silva, Vega, Viera-Gallo, Zaldívar (Adolfo) y Zaldívar (Andrés).

Votaron por la negativa los señores Aburto, Cordero, Chadwick, Errázuriz, Stange, Urenda y Zurita. No votaron, por estar pareados, los señores Cariola y Moreno

4. Cuarta contienda de competencia

La cuarta contienda de competencia entre los Tribunales Superiores de Justicia y Contraloría se produce a raíz de la modificación de un contrato referido a la administración de la **Zona Franca de Punta Arenas**, que fue representada por el Contralor Regional de Magallanes y Antártica Chilena. La Sociedad Administradora Zona Franca Punta Arenas Ltda interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Punta Arenas mediante el cual se solicita que dicha corte declare arbitrario e ilegal el oficio devolutorio emitido por contraloría. Frente a esta situación, el organismo contralor promovió contienda de competencia ante el Senado, arguyendo que la referida Corte excedió el ámbito de sus atribuciones, al admitir a tramitación el mencionado recurso de protección.

i. Antecedentes de hecho

La Zona Franca de Punta Arenas fue autorizada por el DL 1.055 de 1975, que establece que la administración de esa zona se entregue a la persona jurídica que cumpla con las bases respectivas, mediante un contrato cuyas condiciones se pacten libremente con el interesado, de acuerdo a la legislación nacional. En concordancia con ello, el intendente de la XII región, en virtud de las facultades otorgadas por el decreto supremo n°275 de 1976 del Ministerio de Hacienda, llamó a una licitación pública internacional, con el fin de conferir en concesión la administración y operación de la mencionada Zona Franca, otorgándose finalmente por un plazo de 30 años, contados desde el 9 de febrero de 1977, precisándose en el mismo contrato como causal de terminación, entre otras, la expiración del plazo, y estableciendo que a su vencimiento será el Estado quien establecerá la forma de administración y operación de la zona en cuestión.

El contrato indicado fue aprobado mediante la resolución n°10, de 1977, por el intendente de la XII región, y sometida al control preventivo de legalidad y tomada razón por el Contralor Regional de Magallanes. No obstante, mediante **resolución n°13 de 1998**, nueve años antes de cumplirse el plazo por el cual se entregó la concesión en cuestión, las partes, sin previa licitación, acordaron otorgar la administración de la zona franca por **30 años más**.

En ejercicio del control preventivo de legalidad, la Contraloría Regional de Magallanes representó la resolución n° 13, mediante **oficio devolutorio n°1.680** de 1998, por no estimar ajustada a derecho la prórroga acordada por las partes, argumentando que vulneraría la exigencia de que la administración se entregue por medio de una licitación pública.

Frente a ello, la Sociedad Administradora Zona Franca Punta Arenas Ltda. Interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, de rol n°06-99, admitido a tramitación el 15 de enero de 1998, en contra del Contralor Regional de Magallanes y Antártida Chilena, en el

cual se solicita que la referida corte declare arbitrario e ilegal el oficio n°1.680 de 1998.

El Contralor General de la República, por oficio n°04604 de fecha 8 de febrero de 1999, promueve ante el Senado la contienda de competencia solicitando que se declare que la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, al acoger a tramitación el mencionado recurso de protección, “ha excedido su competencia, desconociendo la función exclusiva de control preventivo de legalidad que constitucionalmente le corresponde al Contralor General”

ii. Antecedentes de Derecho

En cuanto a las normas en conflicto, los artículos 87 y 88⁵³ de la Constitución entregan a Contraloría “*el control de la legalidad de los actos de la administración*”, declarando que el Contralor “*el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley, deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer*”

Por su parte, el artículo 73⁵⁴ entrega a los tribunales establecidos por la ley “*la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado*”, lo cual se complementa con el artículo 20 que, regulando el recurso de protección.

El conflicto jurídico consiste en determinar si la Corte de Apelaciones en virtud del artículo 20 pudo acoger a tramitación los recursos de protección interpuestos por particulares en contra del Contralor General, por considerar que en ejercicio de la facultad conferida a él en el artículo 88, esto es, mediante la toma de razón, los ha privado, perturbado o amenazado en el legítimo ejercicio de sus derechos.

Por otra parte, y a diferencia de las anteriores contiendas, en esta ocasión también se debate si efectivamente el Contralor actuó dentro de sus atribuciones al no tomar razón de la resolución n°13 de 1998.

Lo anterior, debido a que el recurrente de protección señala que el Contralor se extralimitó en sus facultades, no siendo el contrato una concesión de servicio público y no correspondiendo, por tanto, haber realizado el control preventivo de legalidad y constitucionalidad por él efectuado. Frente a esto, Contraloría señala que la convención es una concesión de servicio público y por lo tanto es un acto administrativo afecto a la toma de razón, de acuerdo con la resolución n°55 de 1992 del mismo organismo contralor.

iii. Debate producido en el Senado

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento emitió el informe recaído en las

⁵³ En la actual constitución corresponden a los artículos 98 y 99

⁵⁴ En la actual constitución corresponde al artículo 76

contendidas de competencia el 20 de abril de 1998. En él la posición mayoritaria optó por rechazar la postura contralora, y el voto de minoría por acogerla.

El referido informe se discutió y votó en el senado los días 5, 11 y 18 de mayo de 1999, aprobándose el voto de minoría, y resolviéndose por lo tanto el conflicto a favor de la Contraloría General de la República, concluyendo el acuerdo senatorial señalando que el *Contralor ha actuado en el ámbito de sus atribuciones y que, por el contrario, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas no pudo acoger a tramitación el recurso de protección rol n°06-99, ni aún a pretexto del principio de inexcusabilidad, que requiere que la intervención de la justicia sea reclamada en forma legal y en negocios de su competencia*”

A continuación, igual que con respecto a las anteriores contiendas, se realiza una exposición de los principales puntos de discusión y argumentos correspondientes presentes en el debate producido en el Senado, presentándose las posturas tanto de la Contraloría como de la Corte Suprema, y cuando los argumentos difieran de las dos posturas en conflicto, de los senadores, a la vez que las conclusiones del acuerdo senatorial.

a. Debate en torno a la existencia de una contienda de competencia

Según la postura de la **Contraloría**, la Corte de Apelaciones al admitir a tramitación el recurso de protección rol n°06-99 realiza una injerencia indebida en la función de la toma de razón de los actos de la administración, que de acuerdo con la normativa constitucional corresponde a la contraloría General de la República, configurándose un conflicto de competencia que se debe resolver por los mecanismos que la misma norma fundamental establece, por cuanto su no resolución pugna con los principios fundamentales de la organización del estado.

Señala a continuación que el artículo 49 n°3 de la Constitución le entrega al Senado el conocimiento de las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia, que comprende la atribución para emitir pronunciamientos con motivo de los conflictos que se produzcan cuando un órgano constitucional y autónomo como Contraloría, señala que con motivo del ejercicio de sus potestades constitucionales exclusivas un órgano judicial interviene, pronunciándose respecto de los criterios conforme a los cuales se ejerce el control preventivo de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte, la **Corte Suprema** señala que no existe una contienda de competencia que pueda ser resuelta por el Senado, ya que una contienda se produce cuando un tribunal y una autoridad administrativa disputan el conocimiento de un asunto o ambos sostienen no ser competentes para resolverlo, lo cual dista de suceder en este caso.

Según la Corte, nadie discute que el conocimiento de los recursos de protección corresponde a las

Cortes de Apelaciones y que la Toma de razón corresponde a Contraloría. Luego, estos dos pronunciamientos no se desarrollan en el mismo plano y tampoco recaen sobre el mismo acto: la toma de razón recae sobre un decreto o resolución y el recurso de protección recae sobre el pronunciamiento de contraloría. En suma, la Corte de Apelaciones no toma razón ni representa decreto alguno, sino que se limita a controlar la legitimidad de un acto administrativo realizado por contraloría.

Por idénticos argumentos a los sostenidos por la Corte Suprema votaron en contra de la postura contralora el grueso de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Se desmarca de ellos el senador **Diez**, quien sostuvo que sí existe una contienda, pero no corresponde a la planteada por el Contralor, sino que se refiere a la decisión por el organismo, a quién le corresponde determinar los límites de las facultades de Contraloría.

Explica el Senador que a diferencia de las anteriores contiendas, aquí debe definirse si el Contralor contaba con competencia para intervenir en la convención celebrada por el recurrente, lo cual a falta de ley expresa, debe ser determinado por la Corte Suprema y no por el Senado. Seguidamente, argumenta que no considera prudente que la misma Contraloría sea quien resuelva sobre su propia competencia.

Opinión contraria sostuvieron los senadores **Silva y Larraín**. Frente a la opinión de que no corresponde determinar a la propia contraloría su competencia, el senador Silva manifestó que es por mandato constitucional que todos los actos de la administración van a toma de razón, sin embargo excepcionalmente la ley n°10.336 Orgánica de Contraloría le permite al contralor excluir a determinados actos. Por su parte, el senador Larraín argumentó que sostener que el senado carece de competencia para resolver el conflicto equivale a extraer toda eficacia del numeral 3 del artículo 49 de la Constitución, ya que entonces nunca existirían contiendas de competencia.

El **acuerdo del Senado** en su considerando decimocuarto concluye que estamos frente a una contienda de competencia, declarando que “no es el recurso de protección el mecanismo idóneo para impugnar la toma de razón o representación por parte de Contraloría de una resolución administrativa, generándose, en caso de que una Corte de Apelaciones lo admita a trámite una contienda de competencia que debe ser dirimida por el Senado, de acuerdo al numeral 3) del artículo 49 de la Carta Fundamental”

b. Debate en torno a la aplicación del recurso de protección a la toma de razón

Con respecto a la idoneidad del recurso de protección como método de impugnación de la toma de razón, la postura de Contraloría señala que, siguiendo el criterio establecido por las anteriores contiendas de competencia resueltas por el Senado, el Contralor, al ejercer la función de la toma

de razón “*sólo cumple con el deber constitucional que le imponen los artículos 87 y 88 de la Carta Fundamental, de efectuar el control de la legalidad de los actos de la Administración*”; existiendo sólo dos situaciones en las cuales se concibe recurrir de protección contra una decisión del contralor: respecto a arbitrariedad o ilegalidad cometida al excederse en el plazo de tramitación en la toma de razón, y cuando este actúe fuera de sus funciones, siendo el asunto competencia del poder legislativo o judicial. En este caso, señala, no nos encontramos dentro de ninguna de estas circunstancias, ya que la materia es claramente competencia de Contraloría General.

Prosigue manifestando que el recurso de protección no puede ser interpretado de forma ilimitada, ya que de lo contrario se estaría autorizando a las Cortes para intervenir en atribuciones privativas otorgadas constitucionalmente, llegándose al absurdo de aceptar que las Cortes dejaran sin efectos actos legislativos, resoluciones del Tribunal Constitucional o acuerdos del Consejo de Seguridad nacional, trastocando el orden jurídico, y llevando al poder judicial a convertirse en el poder supremo del Estado, y a la Contraloría a un mero ejecutor de las decisiones de tribunales.

Luego señala que la regulación que la Constitución realiza del control preventivo de legalidad de los actos de la administración es de excepcional detalle, estableciendo su régimen jurídico, determinando su naturaleza, ámbito de aplicación y sus reglas de procedimiento. Ante ello, resultaría improcedente aceptar otras vías de intervención distintas a las establecidas por la norma suprema, destacando que no se asigna competencia a los tribunales ordinarios para intervenir en ella.

Finalmente, destaca que los eventuales agravios que un acto administrativo pueda causar a terceros no tiene su origen en la toma de razón sino en la declaración de voluntad emitida por la administración activa, ante la cual los administrados podrán interponer los recursos pertinentes, siendo la toma de razón simplemente un requisito de eficacia del mencionado acto.

Por su parte, la **Corte Suprema** arguye que lo buscado por Contraloría al plantear esta contienda es afirmar que ella se encuentra excluida del control jurisdiccional de los tribunales, pretendiendo que sean declarados inadmisibles sin tramitar. Esto no es posible, porque no es lícito a las cortes resignar su competencia, que deben evaluar por sí mismas caso por caso en virtud del principio de inexcusabilidad establecido en el código orgánico de tribunales.

Continúa argumentando que no hay exclusividad por parte de Contraloría en la toma de razón, destacando que el presidente, mediante un decreto de insistencia le puede ordenar al organismo que tome razón de un decreto o una resolución objetados, al igual que el Tribunal Constitucional que acogiendo un requerimiento presidencial puede resolver que se dé curso a un decreto representado por inconstitucional.

Señala que si bien la Constitución establece mecanismos para enervar la representación que la

contraloría realiza de un decreto, esto no implica que los particulares no pueden utilizar a una vía distinta, en este caso, el recurso de protección. En cuanto a la utilización de métodos de impugnación paralelos, como el riesgo de que simultáneamente el Tribunal Constitucional conozca un requerimiento del ejecutivo y que un particular acuda a los tribunales de justicia respecto de un mismo decreto devuelto por inconstitucionalidad, sostiene que se produciría un conflicto de competencia que deberá ser resuelto por el senado.

Finalmente manifiesta que, en el caso de la devolución de un decreto por parte de contraloría, la impugnación por vía de protección será el único camino que tendrá el individuo para obtener protección, ya que no sería posible interponerlo contra la autoridad que dictó el acto representado, ya que esta simplemente envió el acto a tramitación.

A favor de la postura de la Corte, se pronunció el senador Chadwick quien consideró que el recurso de protección es el método más eficaz de resguardo de las garantías individuales, ya la opción de acudir a la acusación constitucional frente a un acto agravante sólo produciría efectos respecto de la responsabilidad política, sin anular el acto administrativo. El senador Urenda, por su parte, estimó que el recurso de protección cumple una tarea tan importante en el ordenamiento que no debe ser debilitado “de forma alguna”, debiendo el senado frente a esta contienda hacer “un acto de fe y confianza” en los tribunales de justicia. En el mismo sentido, el senador Fernandez sostiene que el senado no puede señalar a una autoridad cuando es o no admisible el recurso de protección.

El **acuerdo del Senado** señala que pese a la extensión de los términos utilizados por el constituyente al regular el recurso de protección, al normar que aplica a “actos u omisiones arbitrarios o ilegales”, esto no implica que el recurso de protección pueda servir para impugnar cualquier acto u omisión que reúna tales características, debido a la existencia de otros mecanismos para hacerlo (por ejemplo, el recurso de protección no puede ser utilizado para impugnar resoluciones judiciales existiendo recursos específicos para ello). Lo anterior, producto de que la constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser determinado de manera tal que exista entre ellas la debida correspondencia y armonía,

El acuerdo destaca igualmente el fallo de fecha de 3 de mayo de 1965 de la Corte Suprema, que declara que la división de funciones en el Estado “*no es absoluta, pero sí de tal naturaleza que cada uno de los Poderes no interfiera ni suspenda las decisiones que son propias y privativas del otro*”. Seguidamente, cita a la profesora Luz Bulnes Aldunate, en cuanto a que si bien el artículo 20 de la constitución no hace una exclusión de autoridades políticas o administrativas que puedan afectar en el ejercicio de sus atribuciones los derechos y garantías que la Constitución resguarda por dicha disposición, ello no significa que esta acción pueda dejar sin efecto atribuciones que el propio constituyente ha otorgado a otros órganos del Estado, ya que de lo contrario estaríamos

admitiendo que hay un poder del estado que tiene una tuición sobre los demás

Luego manifiesta que, como se ha establecido anteriormente por el senado, el Contralor General de la República no está excluido de la posibilidad de que se interponga en su contra la acción constitucional. Sin embargo, al ejercer la toma de razón en los casos previstos en el ordenamiento y con la debida oportunidad, sólo cumple con su deber constitucional, por lo que su decisión no puede ser impugnada mediante el recurso de protección, sino cuando su exceda el marco de sus atribuciones o se adopte fuera de plazo.

Finaliza concluyendo que lo anterior no significa dejar en la indefensión a las personas que estimen vulnerados sus derechos, ya que estas pueden recurrir de protección en contra de la autoridad que dictó el acto administrativo, al igual que requerir la nulidad de derecho público de la decisión del contralor.

c. Debate en torno a la procedencia de la toma de razón
efectuada por el Contralor Regional

Con respecto a la toma de razón efectuada por la Contraloría Regional de la XII región de la resolución n°13 de 1998, la postura de la Contraloría General es que dicha resolución es un acto administrativo afecto a la toma de razón, por cuanto la materia la que se refiere no ha sido eximida de dicho control preventivo ni por Contraloría ni por la ley.

Prosigue señalando que dicha resolución aprueba una modificación a una **concesión de servicio público**, materia que se encuentra afecta a la toma razón de acuerdo a la resolución n°55 de 1992 de Contraloría General, ya que constituye un régimen jurídico especial con elementos normativos exorbitantes del derecho común, que otorga atribuciones especiales al concesionario y al Estado, y cuyo fin es la satisfacción de necesidades públicas, establecidas en el DL 1055 de 1975, tales como agilizar el comercio exterior, y abaratar costos, que no son atendidas por el Estado directamente, pero en el cual este garantiza que sean satisfechas.

Seguidamente argumenta que las cláusulas del contrato se vinculan directamente con materias que, si se consideran separadamente, han sido sometidas de forma expresa al control preventivo de legalidad, como lo son los convenios para la administración de establecimientos o de bienes, los actos relativos al otorgamiento de franquicias aduaneras y tributarias que rigen la zona concedida y con la habilitación de recintos de zonas francas.

En todo caso, señala la Contraloría, los actos de la administración que el Contralor sí ha eximido de toma de razón, pueden igualmente ser examinados en su legalidad por Contraloría, por cuanto el carácter exento o afecto de un acto dice relación simplemente con la oportunidad en el control, y no en la posibilidad del ejercicio de las potestades propias de Contraloría. Lo anterior ocurre porque nuestra legislación establece un mecanismo de toma de razón generalizada, con ciertas

excepciones, que ocurren al disponerlo el legislador o el contralor, en materias consideradas no esenciales.

Finaliza su intervención destacando que tanto la administración como el concesionario debieron entender la necesidad de realizar el trámite de toma de razón del acto que estaban celebrando, lo que explica que en la cláusula de modificación del contrato se dispone que no entrará a operar la enmienda si no hay trámite de toma de razón. Sumado a esto, el intendente envió la modificación a Contraloría para dicho trámite.

Posteriormente, ante la pregunta hecha por miembros del Senado sobre si ante cualquier cambio en el contrato considera que debe haber toma de razón, el Contralor responde que, en derecho, “las cosas se deshacen o modifican en la misma forma en que se hacen”, resultando absurdo someter a trámite de toma de razón un acto administrativo, para controlar su legalidad y constitucionalidad, y al día siguiente modificar el mismo acto sin toma de razón.

Por su parte, **el intendente regional de Magallanes y la Antártida Chilena** y el abogado de esa entidad señalaron que en este caso simplemente existe una entrega a un particular de la administración de un recinto determinado y no la concesión de un servicio público y que las modificaciones del contrato objeto de esta contienda son de naturaleza civil, de libre disponibilidad de las partes, precisando igualmente que el contrato original ha sido modificado en dos ocasiones anteriores, sin que contraloría observara nada al respecto. Seguidamente manifiestan que debido a ser modificaciones permitidas por el contrato mismo, sólo corresponde el control posterior a las mismas y que se envió a toma de razón sólo con el objeto de enviar a la comunidad una señal de transparencia, poniendo de manifiesto al órgano contralor que no se modificaba ninguna disposición aduanera.

En su intervención en la comisión, los **miembros del consejo regional de la XII región** manifestaron que, al suscribir el contrato de modificación de la concesión, el intendente no recabó el acuerdo del consejo regional al que se refiere el art. 36 letra h) de la ley 19.175, lo cual llevó a los consejeros regionales a interponer un recurso de protección dirigido en contra del intendente. Expusieron que, en el informe rendido a la Corte de Apelaciones, el intendente señaló que la acción de protección era inadmisibile puesto que aún no existía modificación al contrato alguna por encontrarse aún pendiente el trámite de toma de razón, afirmando que la modificación solo nacería a la vida jurídica una vez declarada la juridicidad del acto. Esta tesis fue acogida por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas la cual desechó el recurso.

En contra de la postura del órgano Contralor se pronunció el apoderado de la Sociedad Inmobiliaria y de Inversiones- OTWAY S.A., socia administradora de la sociedad Administradora Zona Franca Punta Arenas Ltda., quien destacó que, a diferencia de las contiendas anteriores, no se ha puesto

en debate la forma en que contraloría General ejerció sus facultades, sino que se ha puesto en entredicho la competencia misma que tiene para ejercerlas. Señala que el oficio devolutorio de la contraloría n°1680 califica el acto jurídico señalado como “concesión de servicio público”, no entregando ningún argumento que fundamente esa aserción.

Prosigue señalado que si bien la legislación chilena no define la concesión de servicio público existe unanimidad que una de sus características es que consiste en una actividad cuya titularidad corresponde al estado, pero cuyo ejercicio se delega a un particular. En este caso, la administración y explotación de una Zona Franca es una actividad empresarial que no es propia de la actividad del Estado de Chile, correspondiendo a los particulares según el artículo 19 número 21° de la constitución, por lo cual es posible concluir que el Contralor General no tuvo competencia para tomar razón de la prórroga establecida.

En sentido contrario se pronunció el **senador Bitar**, quien arguyó que la administración de la zona franca de Punta Arenas es una concesión de servicio público, por lo que el contrato no puede ser modificado libremente por las partes, y Contraloría debe someterlo a la toma de razón.

Manifestó que esto se desprende del art. 11 Decreto n°341 que señala “*La administración y explotación de las Zonas Francas **será entregada por el Estado de Chile**, a través del Ministerio de Hacienda, a las personas jurídicas que cumplan con las bases que determine ese Ministerio y el de Economía, Fomento y Reconstrucción,*” lo que pone en evidencia que la titularidad de las zonas francas pertenece **al Estado**.

Lo anterior es completamente coherente con la cláusula 12° del contrato de concesión de 9 de febrero de 1977 que estipula “*a la terminación del vencimiento de este contrato, el Estado establecerá la forma de administración y operación de la Zona Franca*”, lo que, en concordancia con la resolución contralora de 15 de noviembre de 1996 n°520, que declara que quedan afecto al trámite de toma de razón los decretos y resoluciones que versen “sobre concesiones de servicios públicos, su **modificación** y terminación”, nos permitirían concluir que Contraloría actuó dentro de sus facultades propias.

El **acuerdo del Senado** en su considerando decimoquinto señala que, en el caso en estudio, “*la representación efectuada por la Contraloría General de la República se encuentra en el ámbito de sus atribuciones, de acuerdo a la resolución n°55, de 1992, la que fija el margen entre una actuación legal o ilegal de dicho órgano*”.

Seguidamente manifiesta en su considerando decimosexto que el contrato de concesión de la Zona Franca de Punta Arenas constituye una **concesión de servicio público** que se encuentra sujeta al control de legalidad, y que si bien la naturaleza de la convención puede ser discutida, no cabe duda que las diversas cláusulas de ella se encuentran bajo potestad del órgano fiscalizador,

ya que así se establece respecto a los convenios de administración de establecimientos o de bienes fiscales, de los actos relativos al otorgamiento de franquicias aduaneras y tributarias y a la habilitación de recintos de zonas francas.

El acuerdo destaca que lo anterior fue reconocido así por la propia intendencia regional de Magallanes y la Antártica Chilena, por cuando fue esta institución quien envió la convención a trámite de control preventivo de legalidad.

iv. Resultados de la votación

Se aprobó la solicitud del Contralor General de la República por 20 votos contra 14 y 3 pareos.

Votaron por la afirmativa los señores Bitar, Boeninger, Foxley, Frei, Gazmuri, Hamilton, Horvath, Lavandero, Matta, Muñoz Barra, Núñez, Ominami, Pizarro, Ríos, Ruiz (don José), Ruiz-Esquide, Silva, Vega, Viera-Gallo y Zaldívar (don Andrés).

Votaron por la negativa los señores Canessa, Cantero, Cordero, Chadwick, Díez, Fernández, Lagos, Martínez, Matthei, Novoa, Prat, Romero, Urenda y Zurita. No votaron, por estar pareados, los señores Cariola, Larraín y Páez.

5. Quinta contienda de competencia

La quinta contienda de competencia entre los Tribunales Superiores de Justicia y Contraloría fue promovida por Contraloría por medio del oficio n° 2591 con fecha 25 de enero del año 2000 a raíz de la admisión a tramitación por parte de la Corte de Apelaciones de Santiago del recurso de protección 4308-99, interpuesto por las sociedades “Inmobiliaria La Laelina S.A.”, “Establecimientos Químicos Oxiquim S.A.” y “Montajes Industriales Yungay SA” en contra de la Contraloría General, por haber devuelto sin tramitar la resolución n°38 de 1999 del Gobierno Regional de la Región Metropolitana.

A través de la mencionada resolución se dispuso la modificación del plan regulador comunal de Santiago, cambiando las condiciones de uso de suelo y la zonificación de un área geográfica determinada, y fue representada por Contraloría arguyendo esta que infringía requisitos referentes a áreas verdes intercomunales de uso público determinados en la resolución n°20 de 1994, que estableció el plan regulador metropolitano de Santiago, también emitida por el gobierno regional metropolitano.

La mencionada contienda fue retirada por Contraloría luego de tomar razón, con fecha 15 de marzo del mismo año de la resolución recurrida en la ya mencionada acción de protección. Debido a la completa inexistencia de debate por el retiro de la contienda, no se abundará en ella.

CAPÍTULO IV. LA ÚLTIMA CONTIENDA DE COMPETENCIA ENTRE CONTRALORÍA GENERAL Y TRIBUNALES

En el capítulo anterior examinamos a las contiendas de competencia generadas entre Contraloría y los Tribunales superiores de Justicia que se produjeron entre los años 1993 y 2001, dejando pendiente la última contienda. En este capítulo, la analizaremos en detalle.

A diferencia de las anteriores, que involucraban la toma de razón y el recurso de protección, esta contienda involucra la *potestad dictaminante de Contraloría* y las acciones de *mera certeza*, por lo que, a modo introductorio, en la primera sección, se repasarán las principales características de ambas.

Debemos recordar que, como ya explicamos, las contiendas de competencia en nuestro ordenamiento se dirimen por dos tribunales diferentes dependiendo de la jerarquía de los tribunales del poder judicial involucrados, lo cual se encuentra regulado en los artículos 53⁵⁵ y 93 n°12⁵⁶ de la Constitución.

En este caso, el conflicto central es la definición del régimen previsional dentro del cual se encuentran los funcionarios de la Dirección de Aeronáutica civil. Este conflicto fue promovido en más de una ocasión, resultando en contiendas de competencia tanto entre Contraloría y el 29° juzgado civil de Santiago como entre la Corte Suprema y la Contraloría. Debido a la diferente jerarquía del 29° juzgado civil y la Corte Suprema, los conflictos fueron resueltos por dos tribunales diferentes.

Ante el Tribunal Constitucional se dirimió la contienda producida entre la Contraloría y el 29° Juzgado civil de Santiago, y por su relevancia y relación con la última contienda desarrollada entre el organismo contralor y la Corte Suprema, se analizará detalladamente en la segunda sección de este capítulo. Ante el Senado, se resolvió la otra contienda.

En la tercera sección se analizará la última contienda de competencia desarrollada ante el senado, exponiendo detalladamente los argumentos tanto de Contraloría como de la Corte Suprema, así

⁵⁵ Art. 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;"

⁵⁶ "Art. 93 N° 12. 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"

como de los profesores que realizaron exposiciones en la comisión del senado y los argumentos esgrimidos por los senadores en sus respectivas intervenciones.

En la cuarta sección se presentan comentarios doctrinales sobre las contiendas desarrolladas tanto ante el Tribunal Constitucional como ante el Senado.

1. Conceptos básicos

i. Contraloría y su potestad dictaminante

Primero que todo debemos recordar que Contraloría es un órgano administrativo regulado constitucionalmente⁵⁷, que constituye el órgano de control por excelencia del sistema constitucional chileno (CORDERO V. L. , 2015, pág. 551), definiéndose en sus propios dictámenes como el **“organismo superior de control de la administración, dotado de autonomía y que, sobre la base del principio de juridicidad, está destinado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la protección y debido uso del patrimonio público, la preservación y fortalecimiento de la probidad administrativa y la fidelidad y transparencia de la información financiera”**⁵⁸

De gran importancia histórica al ser por años la vía de control más eficaz de los actos de la administración (VALDIVIA, 2018, pág. 430) , ejerciendo un papel de estabilización de la administración pública, cubriendo la totalidad de su la actividad, no sometido ni a supervigilancia ni control jerárquico del Presidente de la República (BERMUDEZ S., 2011, pág. 389)

La Contraloría tiene como una de sus funciones⁵⁹más relevantes la emisión de dictámenes. Un dictamen es el informe en Derecho emitido por Contraloría General de la República. También son definidos como **pronunciamientos jurídicamente obligatorios sobre dudas o discrepancias relativas a la aplicación del derecho en casos concretos** (VALDIVIA, 2018, pág. 346)

Se encuentran consagrados en la LOCCGR, en su artículo 5 inciso tercero:

Artículo 5°.

En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes.

Por su parte el derecho de un particular afectado por un acto ilegal dictado por un servicio público para solicitar dictamen a Contraloría se funda en el artículo 19 n°14 CPR (NAVARRO B., 2013,

⁵⁷ Constitución política de la República. “Artículo 98.- Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”

⁵⁸ Contraloría General de la república. Dictamen n° 01556. 25 octubre 2000

⁵⁹ Las funciones de contraloría incluyen: una función de contralor jurídico (toma de razón), una función normativa (por medio de resoluciones), función de contralor disciplinario, una función jurisdiccional (tribunal de cuentas), función jurisprudencial (por medio de dictámenes) al respecto ver SOTO K., 2012, págs. 791-793

pág. 105)⁶⁰ y en el artículo 8 de la LOCBGAE⁶¹

Por medio de ellos, Contraloría resuelve dudas jurídicas de los propios órganos de la Administración del Estado, de un funcionario o un particular. Este pronunciamiento puede recaer sobre cualquier materia que se vincule al funcionamiento de un órgano administrativo, pero no puede evaluar el mérito de decisiones políticas o administrativas⁶² (VALDIVIA, 2018, pág. 348)

En cuanto a sus **efectos**, se producen con su sola dictación y al ser declaraciones de voluntad, son productores de efectos jurídicos directos (SOTO K., 2012, págs. 795-800).

Debemos distinguir entre los efectos que produce para la administración, para particulares y para los tribunales.

Para la administración los dictámenes son vinculantes, teniendo su principal fundamento en el deber constitucional de no discriminación arbitraria (CÉSPEDES P., 2001, pág. 159) y en la confianza de los ciudadanos de que la Administración se comporte en circunstancias similares de conformidad a ciertos parámetros establecidos por el órgano contralor⁶³, no siendo posible para ella actuar de otro modo a menos que pueda convencer a Contraloría para modificar su postura.

En cambio, para los particulares y para los tribunales, estos no resultan obligatorios, constituyendo para los primeros un apoyo en su accionar y para los segundos meros antecedentes ilustrativos (NAVARRO B., 2013, pág. 108)

Seguidamente, es imperativo notar que los dictámenes tienen un alcance normativo general, constituyendo la **jurisprudencia administrativa** (BERMUDEZ S., 2011, pág. 404) al ser interpretaciones de la ley por vía de autoridad que uniforman las actuaciones de los órganos sometidos a ella, por medio de la concreción del criterio que se deduce de su pronunciamiento en otra clase de actos encuadrados dentro de su contexto (REYES E. & VALLET E., 2016, págs. 54-55)⁶⁴, o en otras palabras, el *“razonamiento contenido en un dictamen tiene un valor normativo que rebasa el caso preciso con ocasión del cual se haya pronunciado, y contribuye a formar un acervo*

⁶⁰ “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 14º.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”;

⁶¹ “Artículo 8º.- Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte. Cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites”.

⁶²en relación a LOCCGR art. 21

⁶³ Esta sería la perspectiva de CGR, para un mayor desarrollo de la idea ver CORDERO V., L. 2015. 173p.

⁶⁴A propósito ver el Dictamen 6.862 de 2010, emitido por Contraloría de la República, que declara “no sólo resultan obligatorios para el caso concreto a que se refieren, sino que además para todos aquéllos que se encuadren dentro del contexto del dictamen”

jurisprudencial que tiene valor autónomo” (VALDIVIA, 2018, pág. 349)

Esto se encuentra consagrado en la **LOCCGR, en su artículo 6 inciso final:**

“Artículo 6°. Inciso final: De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1°.

Ya que al dictaminar Contraloría determina el derecho aplicable a un caso concreto su función guarda semejanza a la jurisdiccional, lo cual nos permite entender la limitación establecida en el artículo 6 inciso tercero de la **LOCCGR**

*“Artículo 6°III La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de **carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia**, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor*

Cabe destacar que este artículo ha sido interpretado rigurosamente en cuanto a los asuntos sujetos al conocimiento de los tribunales, pero con flexibilidad en cuanto a los *“litigiosos por naturaleza”* debido a la amplitud del término (VALDIVIA, 2018, pág. 347).

No obstante, igualmente se han producido conflictos entre la jurisprudencia administrativa y la judicial, según algunos autores, por la falta de delimitación de los alcances de la primera (REYES E. & VALLET E., 2016, pág. 51), y en todo caso porque los dictámenes operarían como una suerte de sucedáneos de las sentencias, siendo la Contraloría una instancia alternativa a los tribunales.

Sin embargo, sin entrar aquí a un análisis detallado de sus diferencias⁶⁵ cabe destacar que,

⁶⁵ Para un mayor desarrollo, Ver ROMÁN C., C. 2018.pag. 411p.a modo de resumen:

	Potestad dictaminante	Potestad jurisdiccional
Fuente	Legal	Constitucional y legal
Naturaleza	Administrativa	Jurisdiccional
Materias	Sólo a materias señaladas Art. 6 LOCCGR	Todas las materias, siempre que sea reclamada su intervención en forma legal y en materias de su competencia
Forma Concreta	Dictámenes	Sentencia
Conforma	Jurisprudencia administrativa	Jurisprudencia judicial
Efectos	Generales, aunque en el marco de la administración	Relativos
Características	Generalidad y abstracción	Especificidad y concreción
Resolución de conflictos	No resuelve conflictos entre las partes con fuerza vinculante salvo excepciones	Resuelve conflictos para las partes con efectos vinculantes
Precedente	Respetuosa del precedente	Efectos relativos

principalmente las sentencias de Tribunales tienen un *efecto relativo* y producen cosa juzgada, mientras que los precedentes de Contraloría son vinculantes, produciendo un efecto normativo general (CÉSPEDES P., 2001, pág. 150) pero no para los particulares, ya que no existe sanción al desacato de un dictamen, en otras palabras, **los dictámenes no gozan de cosa juzgada.**

Además, el proceso de elaboración de los dictámenes no ofrece garantías semejantes a las jurisdiccionales, debiendo adicionalmente ejercer esta función dejando suficiente margen de acción a la administración activa, por lo que sus indicaciones generales pueden crear dificultades en cuanto a su ejecución (VALDIVIA, 2018, pág. 350).

En conclusión, no deben confundirse, porque son esencialmente dos funciones estatales diferentes, suponiendo la jurisdicción la solución de controversias mediante la aplicación del derecho y la administración la gestión del interés general.

Para finalizar, es necesario referirnos a la **impugnación de los dictámenes** y en específico al control judicial.

La necesidad de mecanismos de control de la administración al ordenamiento jurídico se desprende del principio de legalidad que hacen recurrible todo acto de ella. Si bien, en específico, los dictámenes pueden ser impugnados por vía administrativa⁶⁶, es el control judicial la principal técnica de control de la interpretación administrativa (FLORES R., 2016, pág. 82), siendo caracterizado como *una clave de bóveda del Estado de Derecho* (VERGARA B. & ZÚÑIGA U. , 2008, pág. 396).

Este control se sustenta en el artículo 38 de la Constitución⁶⁷, y se consagra en una vertiente objetiva y en una subjetiva (CORDERO V. L. , Lecciones de Derecho Administrativo, 2015, pág. 98) La vertiente objetiva es la existencia de una potestad jurisdiccional atribuida a los órganos del poder judicial que reconoce a ellos la competencia para conocer de asuntos contenciosos administrativos⁶⁸ La vertiente subjetiva se traduce en el deber de tutela frente a decisiones estatales ilegítimas⁶⁹ que conllevan el derecho a la *acción contenciosa administrativa genérica*.

Por estas consideración y resultando evidente que un dictamen puede lesionar la esfera jurídica

⁶⁶ Mediante el recurso de reposición y el recurso de revisión, para un mayor desarrollo ver GEPP y MUÑOZ 2013 pag. 137

⁶⁷ Constitución Política de la República, Artículo 38.- “Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes”.

⁶⁸ Constitución Política de la República “Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

⁶⁹ Constitución política de la República. “Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: 3º.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” Artículo 38 inciso 2: “Cualquier persona que sea lesionada en

de terceros, es que resultan plenamente recurribles ante la jurisdicción ordinaria y en especial mediante el recurso de protección (SOTO K., Derecho Administrativo Temas Fundamentales, 2012, pág. 80 y 796)⁷⁰

En cuanto a la posible diferencia entre la jurisprudencia administrativa y la judicial en cuanto a la interpretación jurídica realizada, señala la Corte Suprema que el órgano contralor debe “debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo”⁷¹

Sobre esto último debe precaverse, sin embargo, que los jueces no son superiores jerárquicos de la administración, no pudiendo sustituir decisiones que esta adopte dentro del margen de acción reconocido a ella legalmente (VALDIVIA, 2018, pág. 377)

ii. Acciones de mera certeza

El segundo concepto que es necesario estudiar son las llamadas acciones de mera certeza. Para ello debemos situarlas en la clasificación general de las acciones de nuestro derecho, las cuales desde el punto de vista procesal se dividen en acciones de condena, constitutivas y declarativas (ROMERO SEGUÉL, 2006)

La acción de condena es aquella en la que se solicita al órgano jurisdiccional que ordene al demandado, por sentencia judicial, realizar una prestación o una abstención en favor de un justiciable (ROMERO SEGUÉL, 2006, pág. 29) En general estas se originan en las fuentes de las obligaciones.

Por su parte las constitutivas se relacionan con el concepto de “cambio jurídico” (pág. 38) manifestándose en la creación de un estado jurídico que antes no existía, produciendo un cambio de estado jurídico existente, proporcionándole el complemento a una obligación ya existente para que sea exigible o dejando sin efecto un estado jurídico preexistente.

Finalmente, las acciones declarativas se dirigen a eliminar la **inseguridad de la situación jurídica en que un sujeto se encuentra**, ya sea frente a otro sujeto determinado o a una pluralidad de ellos (SOTO K., Derecho Administrativo Temas Fundamentales, 2012, pág. 653) , no necesitando pasar, por regla general, por una etapa de ejecución (ROMERO SEGUÉL, 2006, pág. 33)

Si bien su desarrollo ha sido jurisprudencial, sus fundamentos se encuentran en un conjunto de

sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”

⁷⁰ Reciente jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido limitaciones en cuanto a la procedencia del recurso de protección. Así, por ejemplo, se ha estimado que no sería la vía para discutir acerca de la interpretación de las normas administrativas, lo que sería propio de acciones de lato conocimiento Ver NAVARRO B., E. 2012. p.443

⁷¹ Corte Suprema. Rol 2791-12. 3 de julio de 2012.

preceptos legales. Así, su fuente primordial, es el artículo 73, apoyándose también en los artículos 5 inciso 10 del código orgánico de tribunales, el 254 y 170 del Código de Procedimiento Civil (SOTO K., 2012, pág. 754)

Para que estemos en presencia de ella, la doctrina señala cuatro requisitos esenciales (RIVERO HURTADO, 2019, pág. 97) *“(1) el objeto de declaración solo puede ser un derecho, relación o situación jurídica concreto y actual susceptible de constituir objeto de un proceso autónomo; (2) la existencia de incertidumbre jurídica o falta de certeza prejudicial sobre la inexistencia, alcance o modalidad del derecho, situación o relación jurídica determinada; (3) la existencia de un interés que justifique la necesidad de la tutela solicitada fundado en la existencia de riesgo de perjuicio solo reparable con la declaración del juez en la sentencia y, (4) la inexistencia de otros medios o acciones procesales más adecuados para la tutela del derecho o interés y el carácter subsidiario de la acción de certeza”*

Debemos destacar que, en relación con los actos administrativos, esta acción plantea ciertos riesgos, ya que *“tras una demanda de mera declaración podría esconderse una impugnación o incluso una pretensión de inhibición de la administración, eludiendo los caminos institucionales más aceptados para plantearlas* (VALDIVIA, 2018, pág. 384)

Según Soto Kloss, la declaración de la situación jurídica en la que se encuentra un peticionario configura el interés real, legítimo y actual de este (2017, pág. 358), sin embargo si la administración ha emitido un acto administrativo, no habría propiamente incertidumbre, y la labor del tribunal sería determinar si el acto es o no conforme a derecho, esto es, habría que impugnar el acto por las acciones procesales que el ordenamiento ha previsto para ello (pág. 110). En igual sentido, si bien podemos en esta acción no hay contraparte, ha de ponerse en conocimiento del órgano la demanda, *ya que la sentencia le ha de empecer*, debiendo notificarse a quien tiene la representación judicial de la entidad.

2. La contienda de competencia ante el Tribunal Constitucional

El conflicto resuelto por medio de esta contienda nace a propósito del descontento de un grupo de funcionarios de la **Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC)**, referido al régimen previsional que se les aplica. Según señalan, el régimen que les corresponde es el mismo que rige al personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros, debiendo imponer en la **Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA)** y no en el régimen de previsión de capitalización individual de las **Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs)**.

Es este conflicto el que promueven mediante una acción judicial de *mera certeza* ante el 29° juzgado civil de Santiago, gatillando con ello la oposición de Contraloría de la República, que lleva el conflicto al Tribunal Constitucional, aduciendo que es exclusivamente competencia del organismo contralor determinar el régimen aplicable a dichos funcionarios.

Su gran relevancia está dada tanto por los actores del conflicto como por la acción deducida. Como veremos más adelante, iguales presupuestos se encuentran presentes en la contienda desarrollada ante el Senado.

i. Antecedentes de Hecho

Esta contienda comienza con la interposición de la acción declarativa de mera certeza realizada por el abogado Héctor Rodríguez, con fecha **12 de octubre de 2016, representando a 869 funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC), ante el 29° Juzgado Civil de Santiago, tramitada bajo el rol C-25213-16 en contra de la DGAC, la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA) y el Fisco de Chile.**

En dicha acción los demandantes solicitan que se interprete la ley poniendo término a una situación de incertidumbre jurídica y se determine que el sistema previsional que corresponde aplicar al personal de la referida Dirección es el mismo que rige al personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros, regulado mediante el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Guerra; en el decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio del Interior, ambos de 1968, y en el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Investigaciones, de 1980, y no el régimen común regulado en el DL 3.500 de 1980 que actualmente se les aplica.

Con fecha 24 de noviembre de 2016, el Contralor General Jorge Bermúdez Soto promueve contienda de competencia entre la Contraloría General y el 29° juzgado de letras en lo civil de Santiago ante el Tribunal Constitucional, solicitando que acoja la contienda en su favor, declarando que es a Contraloría a quien compete en forma exclusiva determinar el régimen previsional aplicable a los funcionarios civiles de la DGAC careciendo de atribuciones para ello el 29° Juzgado

Civil de Santiago.

Por resolución de 29 de noviembre de 2016 se declaró admisible la contienda promovida, verificándose la vista de la causa el 4 de enero del 2017 y dictándose la correspondiente sentencia el 18 de enero del 2017.

ii. Antecedentes de Derecho

En cuanto a las normas jurídicas en pugna, Contraloría señala que a ella corresponde el control de juridicidad, que implica velar por el respecto al marco legal vigente, tal como lo señala el artículo 98 de la Constitución política⁷². Esta potestad conlleva informar, mediante dictámenes⁷³, sobre el sentido y alcance de las normas aplicables a los órganos de la Administración del Estado, entre las que se encuentran las referidas al régimen previsional de los funcionarios de la DGAC, lo cual se desprende, según el órgano contralor, del artículo 6 de la Ley 10.336⁷⁴ Orgánica de Contraloría, cuyo inciso primero declara⁷⁵:

*“ARTÍCULO 6°. **Corresponderá exclusivamente al Contralor** 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*

⁷² “un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República **ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco**, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”

En concordancia con el artículo 1 de la ley 10.336 “ARTÍCULO 1°. La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización...”

⁷³ Lo cual señala la ley 10.336. “artículo El Contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten. El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva. **En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes.** Corresponderá al Contralor dictar las resoluciones necesarias para determinar en detalle las atribuciones y deberes del personal y las condiciones de funcionamiento de los distintos Departamentos u oficinas del Servicio.”

⁷⁴ Decreto 2421. Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de Contraloría General de la República. Ministerio de Hacienda. (Diario Oficial de Chile, 10 julio de 1964)

⁷⁵ Prosigue el mismo artículo señalando: “Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas.

La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.

De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°”

fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen.

Añade el contralor que conforme a los artículos 9 y 19 de la mencionada ley 10.336, los dictámenes que emita son obligatorios para los órganos y funcionarios sujetos a su fiscalización. En consecuencia, es únicamente la Contraloría el órgano dotado de potestad dictaminadora para informar el sentido y alcance de las normas aplicables a los funcionarios la Dirección General de Aeronáutica Civil, al formar esta parte de la Administración del Estado.

Es en el ejercicio de la referida potestad que Contraloría en forma reiterada ha señalado desde el año 2004 al 2016, en a lo menos 7 dictámenes, que los funcionarios de la DGAC se rigen por el sistema previsional de DFL 3.500 desde la dictación de la ley 18.458⁷⁶⁷⁷ Sin embargo, el 29° Juzgado Civil de Santiago ha dado curso a la tramitación de una acción de mera certeza interpuesta por los funcionarios de la DGAC, pretendiendo interpretar legislación administrativa, excediendo sus competencias, y sustituyendo la labor contralora.

Prosigue el Contralor manifestando que los juzgados de letras carecen de las facultades necesarias para declarar en forma general y abstracta la normativa aplicable a los funcionarios y órganos de la administración, relativa a pensiones y jubilaciones, prohibiéndosele al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y actuar fuera de los negocios de su competencia, lo cual se desprende del artículo 76⁷⁸ de la Constitución Política en relación a los artículos 1°, 4° y 10° del Código Orgánico de Tribunales.⁷⁹

Señala, además, que este actuar es distinto al control jurisdiccional que claramente sí puede proceder en un caso concreto sobre un acto administrativo particular, emanado del ente contralor.

En síntesis, sostiene Contraloría que, al darse curso a la demanda, el juzgado civil se inmiscuye en competencias propias de Contraloría, pretendiendo sustituirla en su labor propia, atentando en contra a las normas Constitucionales y legales ya mencionadas, por lo cual se configura una

⁷⁶ Ley 18.458. Establece régimen previsional del personal de la Defensa Nacional que indica. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (Diario Oficial de Chile, 11 de noviembre de 1985)

⁷⁷ Exceptuando los funcionarios en esa misma ley señalados.

⁷⁸ Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

⁷⁹ Artículo 1° La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

Art. 4° Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes.

Art. 10. Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.

contienda de competencia que debe ser resuelta por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el 29° Juzgado Civil de Santiago, por oficio 207-2016, evacúa el traslado, suscrito por la jueza suplente doña Cecilia Morales Lacoste, quien señala que ante su tribunal se tramita la causa rol 25.213-2016 consistente en una acción de mera certeza invocada por una serie de funcionarios de la DGAC, la cual busca que el tribunal se pronuncie sobre el sistema previsional que les corresponde, llenando el vacío legal que los demandantes señalan existiría. Argumenta que aún cuando no existe norma jurídica que regule expresamente a las acciones declarativas de mera certeza, esta se desprende de los artículos **6, 7 y 76 de la Constitución**⁸⁰ y de los artículos **1, 5, 7 y 10 del Código Orgánico de Tribunales**⁸¹, así también como del principio de inexcusabilidad, que mandatan al juez a conocer y resolver el asunto sometido a su decisión, incluso a falta de ley que lo resuelva.

Prosigue señalando que el asunto tiene naturaleza contenciosa, ya que los demandantes pretenden una interpretación de la norma diferente a la que ha realizado la autoridad administrativa, por lo que corresponde resolver al juez conforme a derecho, ya que si bien el inciso primero del artículo 6 de la ley 10.336. orgánica de La Contraloría lo faculta para informar sobre pensiones y jubilaciones, no lo habilita para resolver en cuál sistema previsional corresponde cotizar a los

⁸⁰ Artículo 6°.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Artículo 7°.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Artículo 76.- La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.

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.

⁸¹ Artículo 1° La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

Art. 5° A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes.
Art. 7° Los tribunales sólo podrán ejercer su potestad en los negocios y dentro del territorio que la ley les hubiere respectivamente asignado.

Lo cual no impide que en los negocios de que conocen puedan dictar providencias que hayan de llevarse a efecto en otro territorio.

Art. 10. Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio.

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 sometida a su decisión.

demandantes, asunto que corresponde a la justicia. Más aún, la Contraloría equivoca al decir que la sentencia emanada por este tribunal produciría efectos erga omnes, ya que al encontrarnos en una controversia concreta y por mandato **del inciso 2 del art. 3 del código civil**⁸², produciría efectos relativos y no equivalentes a los de la jurisprudencia administrativa.

Finalmente, señala que no existe contienda de competencia, no habiendo Contraloría opuesto excepción de incompetencia alguna, y tampoco existiendo dos órganos que reclamen o repudien competencia, lo que constituye un supuesto básico para que se configure contienda.

*iii. Sentencia del Tribunal Constitucional*⁸³

La sentencia del Tribunal Constitucional, bajo el Rol n°3283-16-CCO, de fecha 18 de enero del 2017, acoge la contienda de competencia interpuesta, dirimiéndola en favor de la Contraloría General de la República.

El fallo fue unánime y pronunciado por la segunda sala⁸⁴ del Tribunal Constitucional, integrada por los ministros Carlos Carmona Santander, Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, María Luisa Brahm Barril y Cristián Letelier Aguilar.

La sentencia expresó que en el caso en autos se produce una **interferencia de funciones** a la que se refiere el artículo 93, inciso primero n°12 y 17° de la Constitución Política, declarando la incompetencia del 29° juzgado civil de Santiago para conocer de la causa rol 25213-2016, ordenando el cese de su tramitación.

En suma, el tribunal argumentó que la normativa que regula el régimen previsional de las Fuerzas Armadas (CAPREDENA) es clara y precisa, y no incluye a los funcionarios de la DGAC; por lo demás, dicha normativa debe ser interpretada restrictivamente y así lo confirma la historia de la ley y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Luego, aclara que incorporar al régimen de CAPREDENA a otros funcionarios de los ya previstos, entraña realizar una modificación legal y constitucional, que no es posible por medio de tribunales civiles. Confirma posteriormente que los actos de la administración son impugnables, por lo cual los dictámenes de contraloría lo son

⁸² Art. 3°. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren.

⁸³ Ley 17.997. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Ministerio de Justicia. (Diario Oficial de Chile, 19 de mayo de 1981)

⁸⁴ Las contiendas de competencia deben ser resueltas en sala, de acuerdo a lo establece la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, "Artículo 25 D.- Corresponderá a las salas del Tribunal:

1° Pronunciarse sobre las admisibilidades que no sean de competencia del pleno.

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.

3° Resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

4° Ejercer las demás atribuciones que le confieran la Constitución y la presente ley."

también. Sin embargo, no en cualquier situación; así, la acción de mera certeza no procede en una situación en la cual no existe incertidumbre, pudiendo, por el contrario, crearla. Finalmente expresa que la interpretación por parte un tribunal civil de forma general y retroactiva de las normas que regulan la materia interfiere en las atribuciones de los órganos competentes.

A continuación, se desarrollan en mayor detalle los puntos argumentativos.

1. La normativa que regula el régimen previsional de las Fuerzas Armadas (CAPREDENA) es clara y precisa, y no incluye a los funcionarios de la DGAC

La sentencia precisa en su considerando cuarto que la normativa que regula el ámbito de aplicación del régimen previsional de las fuerzas armadas es **clara y precisa**, correspondiendo su aplicación sólo al personal del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

En cuanto al análisis que realiza de las normas en que basa su pronunciamiento, en el considerando séptimo el Tribunal destaca que él mismo se ha pronunciado en variadas ocasiones sobre el régimen previsional de las Fuerzas Armadas, bajo un criterio restrictivo, que se basa en la ley **18.458, de 1985**, específicamente en su artículo primero, que formula una enumeración taxativa de quienes habrían de quedar afectos al régimen contemplado en el DFL N°1 de 1968⁸⁵, ***“limitándolo al personal dependiente de las instituciones castrenses y sujetos a su específica carrera profesional”***

Explica el Tribunal que esta norma derogó la anterior, que no sólo incluía a los miembros de las Fuerzas Armadas como imponentes en CAPREDENA, sino otras personas incorporadas por leyes especiales⁸⁶ Además, destaca que la referida ley 18.458, de 1985, da cumplimiento al artículo 96 del DL 3.500 de 1980, la cual declaró que el personal afecto a CAPREDENA iba a seguir sujeto a este régimen hasta que se dictara la ley que determinare qué funcionarios pasarían a cotizar en el nuevo sistema de pensiones (de AFPs). La Ley n° 18.458 regula entonces esta materia, señalando que pasan a formar parte del nuevo sistema de pensiones los servidores que se desempeñan en otros servicios o empresas vinculadas al sector de defensa, quienes no siendo miembros de las fuerzas armadas son, sin embargo por disposición de leyes orgánicas o especiales imponentes de CAPREDENA. En la misma línea, cabe destacar que el informe técnico que acompañó la iniciativa con que se inició el proyecto, cita refiriéndose a esta regulación, a la Dirección General de

⁸⁵ “Ley 18.458. Establece régimen previsional del personal de la Defensa Nacional que indica. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (Diario Oficial de Chile, 11 de noviembre de 1985)

⁸⁶ Según disposición del art. 4 letra e) del DFL 31. Fija Ley Orgánica por la que se regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional. Ministerio de Defensa Nacional. (Diario Oficial de Chile, 18 de Abril de 1953)

2. Dicha normativa debe ser interpretada restrictivamente y así lo confirma la historia de la ley y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal recalca en el considerando octavo que, se desprende de la historia de la ley que fue intención del legislador reservar el nuevo régimen sólo al personal de Fuerzas Armadas, que en según el artículo 101 de la Carta Fundamental, están constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

El Tribunal subraya que posterior a ello, a Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas n°18.948 reitera el principio restrictivo, señalando en sus artículos 61 y 62 que el régimen previsional únicamente se aplica al personal de planta de esas institucional, al personal de reserva llamado al servicio activo y a los alumnos de las escuelas institucionales; señalando así también en el inciso segundo del artículo 62 que el personal restante quedará afecto al régimen de capitalización individual de las AFPs, rigiéndose en lo relativo a las prestaciones de salud por la legislación común.

Destaca en el considerando decimoprimer, que, leyes posteriores han ido excluyendo a algunos imponentes cuya inclusión al sistema previsional de las fuerzas armadas, no se encontraba en armonía con el objetivo de esta regulación, a saber, asegurar un régimen especial para quienes asumen los riesgos y la carrera profesional que implica pertenecer a las Fuerzas Armadas.

Igualmente señala en el considerando decimotercero que por sentencia rol n°1192, de 21 de octubre de 2008 se aprobó la constitucionalidad de la ley 20.303. Su artículo 2° incorporó al régimen de CAPREDENA al personal de planta de tropa profesional, confirmando el criterio anteriormente mencionado, esto es, se los incorporó precisamente porque su función implica correr riesgos que ameritan su incorporación al sistema.

3. Incorporar al régimen de CAPREDENA a otros funcionarios de los ya previstos entraña realizar una modificación legal y constitucional.

Señaló el Tribunal que posteriormente a la Ley 18.458, la Ley de Reforma Constitucional n°18.825, de 1989, sustituyó el artículo 94 (actual 105) de la Ley Fundamental, incorporando al texto el régimen de previsión de las Fuerzas Armadas, como medio de protegerlo, disponiendo que sólo en virtud de una ley orgánica constitucional cabe regular sus normas básicas entre las que

⁸⁷ Entre otros, como a los institutos de previsión, dirección general de deportes y recreación, Dirección General de Aeronáutica Civil, Fábricas y Maestranzas del Ejército, Astilleros y Maestranzas de la Armada, Central Nacional de Informaciones, Personal de Pilotos de la Línea Aérea Nacional, etc.”

⁸⁸ Cabe mencionar sin embargo una excepción. El artículo 4° transitorio de la referida ley 18.458 permitió a los imponentes de CAPREDENA afectos al régimen de las fuerzas armadas a la fecha de la publicación de la ley, permanecer afiliados a ese sistema.

encontramos la normativa referente a quiénes pueden tener la calidad de afiliados al sistema⁸⁹

Luego, en el considerando decimotercero se refiere al rol 1192 de 2008 por el cual se aprobó la constitucionalidad de la ley 20.303. Recalca el tribunal que el caso demuestra que la incorporación de una determinada categoría de funcionarios al régimen de previsión y seguridad social de las fuerzas armadas es una materia de exclusiva reserva legal y de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, importando además una norma básica que sólo puede aprobarse por LOC, compitiéndole sólo al Tribunal Constitucional el examen preventivo de este tipo de norma, debiendo definir si la anexión cuadra o no con el artículo 105 de la Carta Fundamental.

El Tribunal, en el considerando decimocuarto párrafo 2, concluye destacando que incorporar al estatuto previsional de Capredena a una sección de funcionarios civiles conlleva un cambio legal y constitucional radical, que *excede una interpretación meramente judicial*.

4. Los actos de la administración son impugnables.

Prosigue el Tribunal en el considerando decimoquinto reconociendo que cualquier persona lesionada en sus derechos por la Administración puede reclamar ante los Tribunales, respecto a su conformidad a derecho, citando a este efecto el artículo 19 n°3 incisos primero y segundo de la Constitución, el artículo 38 inciso segundo de la ley de Bases Generales de la Administración del Estado y el artículo 3 de la ley 18.575.

Por su parte, en el considerando decimosexto el tribunal refiere al artículo 9 de la ley 18.575, el cual establece que **los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley**, recalcando a continuación que estos pueden ser de origen constitucional, legal o jurisprudencial.

5. Los dictámenes de contraloría son impugnables.

En el considerando decimoséptimo, refiere que los dictámenes de contraloría son impugnables, pero se **requiere individualizar los pronunciamientos** que se estiman contrarios al ordenamiento jurídico, o en el caso de la acción de mera certeza, los dictámenes que habrían creado una situación de incerteza donde antes la había. Señala que, **si el dictamen del contralor es jurídicamente irreprochable, sólo el poder legislativo puede cambiar la jurisprudencia administrativa.**

6. La acción de mera certeza no procede en una situación en la cual no existe

⁸⁹ El criterio de que la regulación de quienes pueden afiliarse al sistema de CAPREDENA sea una "Norma básica" y que sólo sea pertinente su regulación por medio de ley orgánica constitucional se encuentra desarrollado por el mismo tribunal constitucional en sentencias roles sentencias roles 98-90, 237.96, 1192, 1587-10, 2621-14.

incertidumbre, pudiendo por el contrario, crearla.

En el considerando vigésimo señala que la acción de mera certeza tiene por propósito conferir seguridad jurídica a una situación incierta, sin embargo en el caso en autos la situación previsional de los funcionarios de la DGAC se encuentra clara desde 1985, por lo cual al pedirse a tribunales revisar este régimen, se produce un estado de incertidumbre jurídica.

Esto, debido a que se busca utilizar una sentencia judicial para suplantar las facultades constitucionales del Presidente de la república para promover proyectos de ley en materias de seguridad social así como la competencias de los órganos legisladores de aprobar las materias básicas relativas al régimen jurídico provisional, cuya conformidad a la Constitución incumbe resolver a este tribunal.

7. La interpretación por parte un tribunal de forma general y retroactiva de las normas que regulan la materia, interfiere en las atribuciones de los órganos competentes.

En su considerando vigesimoprimer concluye declarando que existe una normativa clara relativa a quienes se encuentran afiliados al régimen de Capredena: sólo el personal del ejército y la fuerza aérea. Incorporar a otra clase de personal involucra a los poderes co-legisladores y al mismo tribunal constitucional, debiendo ser además informada de modo obligatorio únicamente por la Contraloría General de la República. Por ello, un tribunal que interpreta genérica y retroactivamente textos constitucionales y legales que gobiernan la materia interfiere en las atribuciones de los órganos constitucionales señalado

3. La contienda de competencia ante el Senado

A continuación, se analizará la última contienda de competencia desarrollada ante el Senado.

Esta contienda se produce por el desacuerdo de un grupo de funcionarios de la **Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC)** con la aplicación de la normativa que se ha realizado respecto al régimen previsional que se les aplica. Según señalan, el régimen que les corresponde es el mismo que rige al personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros, debiendo imponer en la **Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA)** y no en el régimen de previsión de capitalización individual de las **Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs)**.

Esto los lleva a accionar ante el 29° juzgado civil de Santiago, y luego a recurrir la sentencia pronunciada por dicho tribunal. Por su lado, el Consejo de Defensa del Estado casó la sentencia de segunda instancia, llegando la pugna a la Corte Suprema. Ante estas circunstancias Contraloría General promueve contienda de competencia ante el Senado, argumentando que corresponde exclusivamente a este organismo informar el sentido y alcance de las leyes y reglamentos que rigen a los funcionarios de la Administración del Estado, como lo son los funcionarios de la DGAC.

Como mencionamos anteriormente, el factor que determina la resolución de este conflicto por el Senado y no por el tribunal constitucional es la jerarquía del tribunal involucrado, al ser en este caso un Tribunal Superior de Justicia.

En cuanto al análisis a profundidad que realizaremos sobre el conflicto, el orden expositivo será el siguiente: primero, se expondrán los antecedentes de hecho y de derecho de la contienda. Luego, se analizará la postura de Contraloría y la de la Corte Suprema en base a cinco puntos: la existencia de una contienda de competencia y los efectos de esta; la existencia de un vacío legal y la regulación de la materia; el rol de los tribunales de justicia; la oportunidad de la acción interpuesta y la vía idónea para la resolución definitiva del conflicto previsional de los funcionarios de la DGAC. Posteriormente, se recalcan los comentarios de profesores destacados que expusieron ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el Senado y finalmente las distintas intervenciones de los senadores, en base a los mismos puntos debatidos. Finalmente, se expondrá el resultado de la votación.

i. Antecedentes de Hecho

El caso nace con la interposición de la acción declarativa de mera certeza impetrada por Sr. Héctor Rodríguez Mendoza en representación 1.331 funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil (DGAC) en contra del Fisco de Chile ante el 29° juzgado Civil de Santiago, en causa rol 4017-2017, con fecha 6 de marzo de 2012, en la cual pretendían la declaración por parte del tribunal del

sistema previsional a ellos aplicable, que en su concepto correspondería al que rige a Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, este es, el régimen de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional (CAPREDENA)

El mencionado tribunal civil dictó sentencia el 18 de marzo de 2016, rechazando la acción presentada, y declarando que los funcionarios de la DGAC no son parte del personal de las Fuerzas Armadas, correspondiéndoles el régimen de previsión de capitalización individual de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

Posterior a ello, este fallo fue revocado por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en causa rol 4049-2016, la que, en fallo dividido, acogió la demanda originalmente interpuesta, considerando que los funcionarios de la DGAC pueden acogerse al régimen de CAPREDENA. Esta sentencia, a su vez, fue casada de fondo ante la Corte Suprema en causa rol n°76325-2016, por el Consejo de Defensa del Estado, argumentando error de derecho.

Es ante esta situación que el Contralor General de la República promueve contienda de competencia contra el supremo tribunal, en fecha 28 de Diciembre de 2016, mediante el oficio N°093000. Basa su requerimiento en la facultad exclusiva de Contraloría General de la República para informar acerca del sentido y alcance de las leyes y reglamentos que rigen a los órganos de la Administración del Estado y a sus funcionarios, no existiendo en nuestro ordenamiento una acción que permita a los jueces declarar el sentido y alcance de leyes y reglamentos que rigen a los órganos de la Administración del Estado, de forma general y abstracta.

ii. Antecedentes de Derecho

El conflicto jurídico se da entre la Contraloría General de la República y la Corte Suprema y versa sobre el organismo competente para pronunciarse sobre el sistema previsional que corresponde a los funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil, cuya regulación legal se encuentra principalmente en la ley 18.458, en fecha 11 de noviembre de 1985

Por una parte, se señala que corresponde exclusivamente a Contraloría, ya que el artículo 6 de la ley 10.336 declara:

*“ARTÍCULO 6°. **Corresponderá exclusivamente al Contralor** 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 reglamentos que los rigen.**”*

De esta forma, manifiesta la Contraloría, que le corresponde exclusivamente a ella, mediante

dictámenes, informar sobre el sentido y alcance de la normativa aplicable a los referidos funcionarios, los cuales forman parte de la administración del estado. Señala que ha realizado esta labor de forma reiterada, a través de numerosos dictámenes⁹⁰, determinando que los funcionarios de la DGAC no pueden ser imponentes del sistema de CAPREDENA al disponerlo así la ley el artículo 1 de la ley 18.458.

Por otra parte, la Corte arguye que lo que se impugna por parte de los demandantes es el acto administrativo de encasillamiento realizado por el Jefe del Departamento de Personal de la DGAC, correspondiéndole al poder judicial el control de los actos de la administración, señalando además que frente a interpretaciones diversas de la ley 18.458, es él el llamado a resolver, declarando el artículo 76 de la Constitución: “**La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley**”, lo cual se complementa con el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales que establece “*A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza*”

iii. Debate producido en el senado

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento emitió el informe recaído en la contienda de competencia el 6 de diciembre del año 2017. El Senado discutió sobre el conflicto el día 6 de marzo de 2018, votando por 16 votos a favor y 12 en contra por acoger la contienda promovida por el Contralor General, mediante el oficio N°093000, en el cual solicita al Senado que declare que, la Excma. Corte Suprema, al avocarse al conocimiento del recurso de casación en el fondo rol 76325-2016, deducido contra la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa “Rodríguez Mendoza con Fisco” se ha atribuido una competencia que no le corresponde, desconociendo las facultades que de forma exclusiva el artículo 6 de la ley 10.336 otorga a la institución contralora.

A continuación, igual que con respecto a las anteriores contiendas, se realiza una exposición de los principales puntos de discusión y argumentos correspondientes presentes en el debate producido en el Senado.

Se acompaña una tabla de resumen para mayor claridad, así como posteriormente un desarrollo de cada punto argumentativo.

⁹⁰Cita dictámenes números 57.281, de 2004; 4.796 de 2005; 37.117 de 2006; 42.994 de 2007; 74.525 de 2011; 57.679 de 2014, y 78.329 de 2016.

TABLA 2 RESUMEN DE POSTURAS DE CONTRALORÍA GENERAL Y DE LA CORTE SUPREMA

Asunto debatido	Postura de Contraloría	Postura de la Corte Suprema
Existencia de una contienda de competencia	Existe contienda de competencia. Tribunales superiores de justicia se injieren en una materia propia de Contraloría.	No existe contienda alguna, debido que corresponde a Tribunales pronunciarse sobre la materia, art. 76 de la Constitución.
Existencia de un vacío legal y en torno a la regulación de la materia.	No existe vacío legislativo, regulándose claramente el conflicto por la ley 19.458 de 1985. Corresponde a contraloría interpretar la norma que rige a funcionarios de la Administración.	Existiendo diferentes interpretaciones de la norma que regula a los funcionarios de la DGAC, corresponde a tribunales pronunciarse sobre la adecuada.
Rol de los tribunales de justicia	Tribunales vulneran principio de legalidad cuando persiguen interpretar una norma administrativa de forma general y abstracta.	La competencia natural para resolver el conflicto es de los tribunales ordinarios, los cuales no pretenden pronunciarse de forma general sino relativa a los demandantes.
Oportunidad e idoneidad de la acción interpuesta y emplazamiento de contraloría	La vía correcta de actuación para los demandados hubiera sido la impugnación de dictámenes, llevando a Contraloría a juicio. La acción de mera certeza no es la vía de control de la Administración del Estado, menos considerando que en el juicio Contraloría no fue emplazada.	No es efectivo que los demandantes hayan debido pedir un dictamen previo, teniendo la opción de acudir directamente a Tribunales. En cuanto al emplazamiento, contraloría no representa a la Administración, lo hace el Consejo de Defensa del Estado, quien sí fue emplazado.
Vía idónea para la resolución del conflicto previsional de los funcionarios de la DGAC.	La forma de resolver el conflicto de los funcionarios es a través de los órganos co-legisladores (solución legislativa)	Proponer que “la ley es competente” desvirtúa el debate, siendo siempre posible que los órganos co-legisladores regulen materias sobre las que son competentes.

a. Postura de Contraloría

i. **Debate en torno a la existencia de una contienda de competencia y los efectos de esta**

En su intervención tanto frente a la comisión como ante el pleno en el senado, el señor Contralor General de la República, Jorge Bermúdez manifestó **que existe una contienda de competencia** toda vez que los tribunales de justicia carecen de competencia para interpretar de manera general el ordenamiento jurídico administrativo, correspondiendo esta potestad exclusivamente al Órgano Contralor.

Arguye que su potestad de emitir dictámenes es exclusiva, perteneciente a su función de control de juridicidad, la cual conlleva velar por el respecto al marco legal vigente, tal como lo señala el artículo 98 de la Constitución política *“un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva”*⁹¹

Esta potestad importa informar, mediante dictámenes⁹², sobre el sentido y alcance de las normas aplicables a los órganos de la Administración del Estado, entre las que se encuentran las referidas al régimen previsional de los funcionarios de la DGAC, lo cual se desprende, según el órgano contralor, del artículo 6 de la Ley 10.336 Orgánica de Contraloría⁹³.

⁹¹ En concordancia con el artículo 1 de la ley 10.336 “ARTÍCULO 1°. La Contraloría General de la República, independiente de todos los Ministerios, autoridades y oficinas del Estado, tendrá por objeto fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes; verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización...”

⁹² Lo cual señala la ley 10.336. “ARTÍCULO 5°. El Contralor tendrá las atribuciones y deberes que respecto de él o de la Contraloría señalen esta ley y demás disposiciones vigentes o que se dicten. El Contralor dispondrá por medio de resoluciones acerca de los asuntos que son de su competencia y que él determine en forma definitiva. **En los casos en que el Contralor informe a petición de parte o de jefaturas de Servicio o de otras autoridades, lo hará por medio de dictámenes.** Corresponderá al Contralor dictar las resoluciones necesarias para determinar en detalle las atribuciones y deberes del personal y las condiciones de funcionamiento de los distintos Departamentos u oficinas del Servicio.”

⁹³ “ARTÍCULO 6°. Corresponderá exclusivamente al Contralor 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 reglamentos que los rigen. Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas.

La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso,

Así mismo, señalan los artículos 9 y 19 de la mencionada ley, los dictámenes emitidos por contraloría son obligatorios para los órganos sujetos a su fiscalización, como también para las autoridades y funcionarios de los mismos⁹⁴.

Con relación a los efectos de la imposición de la contienda, solicita se acoja y que se declare que los tribunales superiores de justicia y en específico la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones de Santiago, carecen de competencia para conocer del asunto expuesto, careciendo de las atribuciones para interpretar de modo genérico el ordenamiento jurídico administrativo, por lo cual deben inhibirse de conocer la causa en comento.

ii. Debate en torno a la existencia de un vacío legal y en torno a la regulación de la materia

Refiere que en la materia objeto de disputa, no existe ningún **vacío legislativo**, señalando que el asunto fue resuelto por el legislador en el año 1985. Recalcó que existe una reiterada y uniforme jurisprudencia de Contraloría que rige a los funcionarios de la DGAC, especialmente los dictámenes **números 57.281, de 2004; 4.796 de 2005; 37.117 de 2006; 42.994 de 2007; 74.525 de 2011; 57.679 de 2014, y 78.329 de 2016**. En ellos se señala que los funcionarios que ingresaron a la referida Dirección después de la entrada en vigencia de la **ley 18.458**, en fecha 11 de noviembre de 1985, **no pueden ser imponentes de CAPREDENA, al no estar mencionados en el artículo 1° de dicho cuerpo legal**, el cual enumera el personal afecto al régimen previsional de CAPREDENA⁹⁵.

iii. Debate en torno al rol de los tribunales de justicia

En cuanto al rol de los tribunales, señala el Contralor que al perseguir que un órgano jurisdiccional

o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor.

De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1°”

⁹⁴ ARTÍCULO 9°. El Contralor General estará facultado para dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o a cualquier funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la Contraloría o que le haya formulado alguna petición, a fin de solicitar datos e informaciones o de dar instrucciones relativas al Servicio. El Contralor podrá solicitar de las distintas autoridades, jefaturas de Servicios o funcionarios, los datos e informaciones que necesite para el mejor desempeño de sus labores y podrá, también, dirigirse a cualquiera autoridad o funcionario para impartir instrucciones relativas a la fiscalización que legalmente le corresponda. Inciso final. **Estos informes serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, en el caso o casos concretos a que se refieran.**

ARTÍCULO 19. Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición.

⁹⁵ En efecto, esta norma declara “Artículo 1°. - A partir de la fecha de publicación de esta ley, los regímenes previsionales y de desahucio contemplado en el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Guerra; en el decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio del Interior, ambos de 1968, y en el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Investigaciones, de 1980, sólo se aplicarán al personal que a continuación se indica:

interprete una norma administrativa de pensiones de forma general y abstracta, se vulnera el principio de legalidad consagrado en el artículo 7 de la Norma Suprema⁹⁶

Igualmente, se vulnera el artículo 4 del Código Orgánico, que expresa **“Es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”**.

Es por las razones anteriores que Contraloría considera que la Corte Suprema, al conocer de la acción interpuesta por el Sr. Héctor Rodríguez Mendoza, se ha atribuido una competencia que no le corresponde, configurándose el supuesto del artículo 53 de la Constitución Política, que concede al Senado la atribución de resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia⁹⁷⁹⁸

iv. Debate en torno a la oportunidad e idoneidad de la acción interpuesta y emplazamiento de contraloría

El Contralor, luego, se refiere a la necesidad de contar con un dictamen previo antes de ejercer la vía judicial. Señalando que el papel de los tribunales de justicia es controlar lo que realiza Contraloría General de la República, revisando la legalidad y constitucionalidad de sus actuaciones. Manifiesta que **eso se hace a través de la impugnación de sus actuaciones y no a través de una declaración de mera certeza, que no es la vía de control de la Administración del Estado**.

Señala posteriormente que el problema en este caso es que los demandantes hicieron como si la

-
- a) Personal de las Plantas de las Subsecretarías del Ministerio de Defensa Nacional;
 - b) Personal de las Plantas de oficiales, del cuadro permanente y gente de mar y de empleados civiles de las Fuerzas Armadas a que se refiere el artículo 4° del decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Guerra, de 1968;
 - c) Personal de Reserva llamado al servicio activo;
 - d) Personal de nombramiento supremo y Personal de nombramiento institucional a que se refiere el artículo 11 del decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio del Interior, de 1968;
 - e) Personal contemplado en la Planta de oficiales, empleados civiles y servicios generales de Policía de Investigaciones de Chile, a que se refiere el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Investigaciones, de 1980;
 - f) Alumnos de las Escuelas Institucionales de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile, aunque no sean personal de planta, y
 - g) Personal de las Plantas de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile. El régimen de desahucio de este personal se regirá exclusivamente por las normas contenidas en el decreto ley N° 2.049, de 1977”

⁹⁶ el cual declara que “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

⁹⁷ “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;

⁹⁸ Se extiende además señalando que el artículo 1 de la ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, declara que la Administración del Estado está constituida entre otros órganos por la Contraloría General de la República. Por otra parte, tanto la Corte Suprema como la de Apelaciones son tribunales superiores de justicia”.

Contraloría no hubiera existido, no haciendo alusión alguna a los múltiples dictámenes referidos a esta materia. Declara que el derecho de acceso a la justicia de los referidos funcionarios no está en juego, pero que este debe ejercerse a través de las vías ya establecidas.

Además de ello, argumenta que la Contraloría General de la República no fue emplazada en la causa mencionada, por lo cual solicitó tanto a la Corte de Apelaciones de Santiago como a la Corte Suprema que se declarara la nulidad de todo lo obrado en las causas, y que se demande al órgano contralor en su calidad de parte interesada en el proceso, denegando estas solicitudes las cortes en ambos casos.

Subrayó que lo que correspondía es que se hubieran impugnado los dictámenes correspondientes, emplazando a contraloría y llevándola a juicio, para haber tenido la oportunidad de defender la perspectiva que según el organismo corresponde en derecho, generándose la bilateralidad en el proceso. Destacó sobre el punto que no se puede sustituir el ejercicio de la facultad dictaminadora por una acción de mera certeza.

v. Debate en torno a la vía idónea para la resolución definitiva del conflicto previsional de los funcionarios de la DGAC.

El Contralor destaca en su intervención que los funcionarios de la DGAC efectivamente sufren un daño previsional importante, debido a la legislación que los rige. El hecho que no formen parte de las Fuerzas Armadas significa que les es aplicable el Estatuto Administrativo, sin embargo, su régimen de remuneraciones se encuentra establecido en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, no siendo el mismo que tienen los funcionarios públicos encasillados en la Escala Única de Sueldos, y al aplicárseles ese régimen sus remuneraciones sólo son imponibles en un 60 por ciento. Siendo cotizantes en el régimen de capitalización individual de las AFPs, con remuneraciones imponibles sólo parcialmente, se produce una baja capitalización a largo tiempo y por lo tanto un daño previsional.

Destaca que la actuación del personal de la DGAC ha ido en la dirección de buscar una solución legislativa, enviando cartas a la Asociación Nacional de Funcionarios, y al Ministro de Defensa para el envío de un proyecto de ley de previsión para los referidos funcionarios. Manifiesta también numerosos proyectos aprobados en la Cámara de Diputados como en el Senado, que dejan de manifiesto la necesidad de legislar sobre la materia.

Señala que la forma de resolver estos conflictos en un país democrático es a través de los órganos co-legisladores, lo cual se encuentra consagrado en el artículo 63 número 4⁹⁹ de la Constitución

⁹⁹“Artículo 63.- Sólo son materias de ley: 4) Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social”

Política, siendo además propia de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República, como lo señala el artículo 65 inciso cuarto de la Constitución¹⁰⁰

Añade que para aprobar este tipo de iniciativas del Presidente, la propia Constitución exige que el Congreso Nacional tenga en cuenta los fondos para solventarlos, extendiéndose en el impacto económico conllevaría trasladar a los funcionarios de la DGAC al régimen de CAPREDENA, destacando que el valor neto para 1.331 funcionarios que han solicitado su cambio implica para el fisco un valor de 123 mil millones de pesos, equivalente a siete hospitales de ocho mil metros cuadrados de superficie, donde se podrían atender 30 mil personas.

b. Postura de la Corte Suprema

i. **Debate en torno a la existencia de una contienda de competencia y los efectos de esta**

Por su parte, en su postura, la Corte Suprema manifiesta que no existe contienda alguna, ya que no existe elemento alguno que dificulte el correcto entendimiento entre las funciones de Contraloría y las jurisdiccionales.

Así, el artículo 76 de la Constitución declara “**La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley**”, lo cual se complementa con el artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales que establece “*A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza*”

En cuanto a los efectos de la contienda, el ministro Muñoz señala que, la Corte de Apelaciones al resolver en segunda instancia que tenían razón los demandantes, resolvió la litis, al haberse pronunciado dos sentencias definitivas, que, reguladas en el Código de Procedimiento Civil son aquellas que se pronuncian en la instancia que resuelve el asunto controvertido.

Menciona el ministro que no hay más instancias legales en nuestro país que primera y segunda

¹⁰⁰ Artículo 65. IV Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva para:

4º.- Fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones, montepíos, rentas y cualquiera otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios de montepío, en su caso, de la Administración Pública y demás organismos y entidades anteriormente señalados, como asimismo fijar las remuneraciones mínimas de los trabajadores del sector privado, aumentar obligatoriamente sus remuneraciones y demás beneficios económicos o alterar las bases que sirvan para determinarlos; todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los números siguientes;

6º.- Establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado.

El Congreso Nacional sólo podrá aceptar, disminuir o rechazar los servicios, empleos, emolumentos, préstamos, beneficios, gastos y demás iniciativas sobre la materia que proponga el Presidente de la República”.

instancia, por lo que el recurso de casación es un mero control de legalidad, por lo que el tema está resuelto. Señala además que, si el Senado dirime a favor de Contraloría, quedaría impedida la Corte Suprema para emitir un pronunciamiento sobre el recurso de casación en el fondo, y como consecuencia quedaría firme la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que no ha sido impugnada.

ii. Debate en torno a la existencia de un vacío legal y en torno a la regulación de la materia

En su intervención en el Senado, el ministro Muñoz recalcó que la posición contralora sostiene que la vía idónea para resolver el tema es la legislativa, afirmación que, según el ministro, no se entiende a menos que exista un vacío legal, manifestando *“Si no hay vacío legal, ¿Para qué le vamos a pedir al Parlamento que se preocupe de este asunto...! Dejémoslo como está, porque se halla regulado”*

Aseveró que las peticiones de Contraloría van en contra de la lógica formal, ya que, si la materia debe ser resuelta por el legislador, debe concluirse que tanto la Contraloría como los Tribunales son incompetentes, produciéndose una contienda negativa y careciendo de interés el señor Contralor en promoverla.

El ministro luego expresó su desacuerdo con la expresión “vacío legal” añadiendo que lo que la norma 18.458 de 11 de noviembre de 1985 es la norma que debe aplicarse¹⁰¹. Luego de lo cual destacó **el artículo 21 de la ley 16.752 de 1968**¹⁰².

Expone el máximo tribunal, que lo que se impugna por los demandantes mediante la acción

¹⁰¹ El ministro señaló como fundamentales el artículo 1 de la ley 18.458 de 1985 que dispone:

“Artículo 1°.- A partir de la fecha de publicación de esta ley, los regímenes previsionales y de desahucio contemplado en el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Guerra; en el decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio del Interior, ambos de 1968, y en el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Investigaciones, de 1980, sólo se aplicarán al personal que a continuación se indica:

a) Personal de las Plantas de las Subsecretarías del Ministerio de Defensa Nacional;

b) Personal de las Plantas de oficiales, del cuadro permanente y gente de mar y de empleados civiles de las Fuerzas Armadas a que se refiere el artículo 4° del decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Guerra, de 1968;

c) Personal de Reserva llamado al servicio activo;

d) Personal de nombramiento supremo y Personal de nombramiento institucional a que se refiere el artículo 11 del decreto con fuerza de ley N° 2, del Ministerio del Interior, de 1968;

e) Personal contemplado en la Planta de oficiales, empleados civiles y servicios generales de Policía de Investigaciones de Chile, a que se refiere el decreto con fuerza de ley N° 1, de la Subsecretaría de Investigaciones, de 1980;

f) Alumnos de las Escuelas Institucionales de las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile, aunque no sean personal de planta, y

g) Personal de las Plantas de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile. El régimen de desahucio de este personal se regirá exclusivamente por las normas contenidas en el decreto ley N° 2.049, de 1977”

¹⁰² Señala:

“Artículo 21° El personal de las Plantas y el contratado de la Dirección General de Aeronáutica Civil, tiene para todos los efectos legales, la calidad de Empleado Civil de las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, les son aplicables las disposiciones establecidas en el decreto con fuerza de ley 1, de 1968

"Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas" y las de su Reglamento Complementario, aprobado por Decreto

incoada es el acto administrativo de encasillamiento realizado por el Jefe del Departamento de Personal de la DGAC, en cuanto a la determinación del régimen previsional a ellos aplicado en base a las dos normas anteriormente citadas, señalando los demandantes que el encasillamiento ha sido erróneo, correspondiéndoles imponer en CAPREDENA, toda vez que la Ley n° 16.752 dispone que los funcionarios de la DGAC integran las Fuerzas Armadas, mientras que la Ley n° 18.458 declara que el régimen previsional de CAPREDENA se aplica a los empleados civiles de las Fuerzas Armadas.

Frente a la postura anterior, tanto Contraloría General como el Consejo de Defensa del Estado han señalado que la Ley n°16.752 está orgánicamente derogada, y que la Ley n° 18.458 al no mencionar expresamente a los funcionarios de la DGAC en su artículo 1, los ha excluido del régimen en cuestión.

Señala el Supremo Tribunal que, frente a estas dos interpretaciones diversas, y ante la acción judicial interpuesta, corresponde al poder judicial la resolución del conflicto, destacando que en todo caso dicha resolución producirá sólo efectos relativos, en virtud del artículo tercero del Código Civil, y no constituiría en ningún caso, como ha manifestado el señor Contralor, una declaración general y abstracta.

iii. Debate en torno al rol de los tribunales de justicia

El ministro recalca que, en general, si no ha mediado entrega a una autoridad jurisdiccional, **la competencia natural es de los tribunales ordinarios**, que son competentes para conocer todas causas civiles, entre ellas las contencioso-administrativas. Destacó el principio de inexcusabilidad del artículo 76 de la Constitución que dispone “*Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún a falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión*”.

Señaló también haberse sorprendido por los aspectos económicos del conflicto que expuso el Sr. Contralor General, arguyendo que el problema en comento no es económico sino jurídico, consistiendo en un conflicto de aplicación e interpretación de normas legales, función que recae en los tribunales de justicia, recalcando luego el riesgo de incurrir en la llamada “justicia de gabinete”.

Destaca que desde hace tiempo se han desarrollado un cúmulo de garantías procesales que deben estar presentes en cualquier litigio y que, de ellas, la más relevante en el caso en comento es la imparcialidad, señalando que esta garantía también debe estar dirigida a la comunidad, por lo que

Supremo 204 de 28 de mayo de 1969, como asimismo, las disposiciones sobre remuneraciones para el personal del Ministerio de Defensa Nacional y de las Fuerzas Armadas contenidas en los decretos con fuerza de ley 3 de 1968 y de 1 de 1970 y sus modificaciones posteriores”

la Cámara Alta no puede reservar para sí la resolución indirecta de la materia.

Añade que espera que el Senado sea deferente con los demandantes, quienes confiando en sus instituciones han recurrido a la jurisdicción, sometiéndose a los trámites establecidos por el legislador.

iv. Debate en torno a la oportunidad e idoneidad de la acción interpuesta y emplazamiento de contraloría

En cuanto a los dichos del Contralor en relación a los demandantes debieron haber solicitado su pronunciamiento y que su dictamen debe ser recurrido ante tribunales, arguyendo que no había sido emplazado, señala el ministro Muñoz que a nadie que se encuentre interesado en el conflicto le cabe duda de la postura Contralora, especialmente luego de que el Consejo de Defensa del Estado, en el apartado 5 de la contestación a la demanda, reprodujera en extenso distintos dictámenes de la Contraloría que se pronuncian sobre la materia.

Agrega también que no es efectivo que haya debido pedirse un dictamen previo. Citando a Eduardo Couture (*“el derecho de petición (acción) no pregunta por anticipado al acto si tiene razón o no para poner en movimiento la jurisdicción; el actor tiene un derecho que nadie puede discutirle, a dirigirse a la autoridad”*), recalcó que no puede obstaculizarse el acceso a la justicia, manifestando que el agotamiento de la vía previa es optativo, siendo una garantía para los funcionarios, destacando que es **el interesado quien debe decidir cuál opción le puede resultar más eficaz para sus intereses.**

En cuanto al **emplazamiento**, además, la Contraloría no representa a la Administración, sino que es un órgano de control de ésta, y que el órgano que emitió el acto impugnado es la DGAC, subrayando también que según la ley 19.880 de procedimientos administrativos, su artículo 54 dispone *“Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”*.

Cita también al artículo 6 de la Ley Orgánica de Contraloría que en su inciso tercero dispone *“La contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a las materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor”*, lo cual se complementa con la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado, que señala que **el Consejo es el organismo competente al impetrarse un recurso judicial ante la Administración, recalcando**

que éste fue efectivamente el órgano emplazado en la causa.

En cuanto a la acción deducida señaló, aunque los demandantes efectivamente dedujeron una acción de mera certeza, en el caso en estudio no se evidencia una acción de esas características, agregando que los funcionarios de la DGAC no quieren permanecer en el régimen previsional del DL 3.500, y que el objeto de la acción es obtener que se determine por el Tribunal que el sistema previsional que les corresponde es el de las Fuerzas Armadas y de Orden, considerando que se les ha encasillado erróneamente en el sistema consagrado en el DL 3.500.

v. Debate en torno a la vía idónea para la resolución definitiva del conflicto previsional de los funcionarios de la DGAC.

Sobre el punto, el ministro manifestó que el asunto no puede ser resuelto tomando en cuenta que la materia puede ser regulada por los poderes colegisladores, puesto que eso es *siempre* posible, y considerar que “la ley es competente” desvirtúa el debate, concluyendo que *“al final del cuento no estaría en la confianza de las instituciones nacionales, sino que en las del sistema interamericano”*

Seguidamente expuso que el tercero llamado a resolver cualquier contienda de cualquier naturaleza nunca debe privilegiar sus propios intereses por sobre los litigantes, relegándolos a un segundo plano. Señala finalmente, que la solicitud del Contralor debe ser rechazada, y debe continuar conociendo la Corte Suprema.

c. Postura de Profesores

En la siguiente sección se reúnen una selección de comentarios de distintos profesores, cuyas intervenciones fueron realizadas ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

Los profesores invitados fueron **Francisco Zúñiga**, profesor del departamento de derecho público de la universidad de Chile, **Sebastián Soto**, profesor de derecho constitucional de la Universidad Católica de Chile, **Alejandro Vergara**, profesor de derecho administrativo de la Universidad Católica de Chile; **Raúl Tavorari**, profesor de derecho procesal de la Universidad de Valparaíso; **Carlos Maturana**, profesor de derecho procesal de la Universidad de Chile y **Raúl Núñez**, profesor de derecho procesal de la Universidad Católica de Valparaíso;

i. Debate en torno a la existencia de una contienda de competencia y los efectos de esta

Sobre este punto el profesor **Francisco Zúñiga**, señaló que a su juicio en este caso no existe contienda de competencia, sino que un conflicto de atribución-jurisdicción; afirmando que las

potestades tanto de Contraloría como de la Corte Suprema son de distinta naturaleza, formal y material por lo que difícilmente podrían entrar en concurso ya sea de contienda negativa o positiva.

Por su parte, el profesor **Sebastián Soto** refirió que existe una contienda de competencia y que ella debe ser acogida. Señaló que la Cámara Alta al conocer de estas contiendas actúa como un órgano de control judicial, debiendo atender al caso concreto, que, en este caso, no es el debate de si la Contraloría está sujeta al control judicial, lo cual resulta evidente, si no que consiste en el debate sobre la autoridad competente para pronunciarse sobre el sistema previsional de los funcionarios de la DGAC.

Destacó el profesor **Tavolari**, que esta situación genera una contienda de competencia entre los tribunales *superiores* de justicia y el Contralor General de la República, refiriéndose a la posición del ministro Muñoz de que aún acogida la contienda subsistiría la sentencia ejecutoriada de la Corte de Apelaciones, estimando que esto es errado, ya que la contienda es respecto de ambas.

Refirió también que el Tribunal Constitucional ya declaró que los tribunales de justicia no son competentes para conocer la demanda interpuesta por los funcionarios de la DGAC y el hecho de que el Senado se pronunciara en sentido contrario dejaría la materia sumida en un grado de incertidumbre, para el cual el ordenamiento jurídico chileno no tiene una adecuada solución.

De igual opinión fue **Raúl Núñez** señalando que no es correcto que al acogerse la contienda de competencia quedaría firme la sentencia de la Corte de Apelaciones, ya que en realidad se estaría privando de conocer del asunto al poder judicial.

En su exposición el profesor **Vergara** señaló que ambos órganos en disputa tienen potestades para dirimir el tema de fondo, observando que contraloría tiene un momento para ejercer su potestad dictaminadora, esto es, cuando es consultada por un órgano de la administración o por los administrados ante un caso concreto, pronunciamiento luego del cual los afectados pueden recurrir a tribunales. Seguidamente, refirió que los tribunales en este caso intentan ejercer una facultad normativa frente a la administración, en reemplazo del legislador, impidiendo la actividad contralora.

ii. Debate en torno a la existencia de un vacío legal y en torno a la regulación de la materia

El profesor **Tavolari** se refirió a la regulación de la materia al tratar los requisitos de la acción de mera certeza. Destaca la conclusión del Tribunal Constitucional en cuanto a que los actores no podrían ignorar que la situación jurídica se **encuentra resuelta y consolidada** desde 1985, realizando los siguientes cuestionamientos: “¿Es razonable estimar que los demandantes ignoraban los dictámenes emitidos por la Contraloría General de la República sobre la materia, a los que no hacen mención alguna en el libelo?; ¿tampoco conocían los términos de la ley N°

18.458? ¿Desconocían, igualmente, lo resuelto por el Tribunal Constitucional en sentencias roles N°s. 98-90; 237-96; 1192-08; 1587-10, y 2621-14...”? Señaló luego que nadie con conocimiento razonablemente profundo de la cuestión en debate ignora que Contraloría mantiene una jurisprudencia administrativa contraria a las pretensiones de los demandantes

Seguidamente se refirió al juicio emitido por el ministro Muñoz en cuanto no sería posible sostener al mismo tiempo la competencia de Contraloría y los poderes colegisladores, puesto que esto sería una contradicción. Señala que en el oficio emitido por contraloría no aparece esta idea, sino la de una competencia dictaminadora, previa y excluyente de Contraloría, siendo la referencia a los “poderes colegisladores” parte del fallo del Tribunal Constitucional en el rol 3283/2016.

Por su parte, el profesor **Maturana** señaló que no se pueden llenar vacíos legales para establecer regímenes previsionales, estableciendo la propia constitución quién es el organismo encargado de establecerlos, arguyendo además que desde el año 1985 los funcionarios de la DGAC ingresaron al sistema de las AFPs y no al de CAPREDENA, y que en virtud de la ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, el sistema de jubilación propio de la institución está reservado para los funcionarios de planta de estos organismos.

Sobre este punto el profesor **Vergara** expresó que la acción interpuesta no tiene naturaleza jurisdiccional, ya es de mera certeza, **que en su ejercicio busca llenar un vacío legal**, lo cual en este caso quebranta la legítima oportunidad y forma en que se resuelve lo contencioso administrativo, generando una actuación judicial ilegítima, invadiendo potestades legislativas y haciendo imposible la actividad contralora.

iii. Debate en torno al rol de los tribunales de justicia

Sobre este punto, el profesor **Soto** manifestó que los Tribunales Superiores no son competentes, porque la materia es eminentemente legislativa, ya que las cuestiones previsionales son materia de ley en virtud de los artículos 63 n°4¹⁰³, 65 n°4¹⁰⁴ y 65 n°6¹⁰⁵. Por lo cual debido a que se excluye de la competencia de los tribunales aquellas materias que son facultades privativas de otro poder del estado, resulta necesario concluir que los Tribunales de Justicia no son competentes para la resolución del conflicto en comento.

Igual conclusión es posible sacar de los precedentes en contiendas de competencias, citando el

¹⁰³ Artículo 63 N° 4 (Solo son materias de ley) “Las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social”.

¹⁰⁴ Art. 65, N° 4 cuando dice: “fijar, modificar, conceder o aumentar remuneraciones, jubilaciones, pensiones (...) y cualquier otra clase de emolumentos, préstamos o beneficios al personal en servicio o en retiro y a los beneficiarios del montepío, en su caso, de la Administración...”

¹⁰⁵ - Art. 65, N° 6 cuando dice: “establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del privado.”.

profesor la contienda que se desarrolló en el año 1940, entre el Presidente de la República con la Corte de Apelaciones de Santiago, a propósito de un juicio de devolución de rebajas hechas en las pensiones de algunos oficiales del ejército y en ella se determinó que “*son competencia de los tribunales ordinarios de justicia todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan sin más excepciones que las relativas a las facultades privativas de algún poder del Estado o las entregadas por la ley a Tribunales especiales*”.

Manifestó el profesor que al ser la definición del régimen previsional de un grupo de funcionarios una cuestión legislativa, se puede aplicar el precedente al caso en estudio.

Por su parte, el profesor **Maturana** señaló que los tribunales en conocimiento de una acción de mera declaración de certeza no pueden pretender modificar un régimen previsional con un carácter general, menos resultando ello posible desde el aspecto procesal, por no cumplir los requisitos de *accionabilidad*, entendida esta como la posibilidad que tienen los tribunales para conceder la protección jurídica que solicita el acto y que se verifique ésta en el ordenamiento jurídico.

Aclaró igualmente que el dictamen no es un acto jurisdiccional, y no emana de un debido proceso, al ser Contraloría un órgano encargado de cautelar el patrimonio fiscal, por lo cual no es independiente ni imparcial. Estos dictámenes no generan cosa juzgada, y por lo tanto los afectadas pueden efectivamente acudir a los tribunales ejerciendo acciones judiciales en la protección de sus derechos.

El profesor **Raúl Núñez** se refirió a la función de los tribunales de justicia cuando adjudican, citando al filósofo alemán Jürgen Habermas, quien desarrolla la idea de que lo que realizan los tribunales no es un discurso de fundamentación destinado a generar normas generales y abstractas, sino que realizan un **discurso de aplicación o adecuación**, tomando en cuenta la hipótesis considerada por el legislador al dictar la norma, con los elementos fácticos del caso que se les presenta. Aclaró luego que en este sentido al poder judicial no le corresponde expedir normas legales sino solamente en el caso que no haya coincidencia entre el discurso de aplicación en el caso concreto, declarar la *derrotabilidad* de las normas jurídicas.

iv. Debate en torno a la oportunidad e idoneidad de la acción interpuesta y emplazamiento de contraloría

Sobre este punto se expidió el profesor **Alejandro Vergara**, quien destacó especialmente que la contienda promovida por Contraloría es contra la Cuarta Sala de la Corte Suprema y no contra el poder judicial, considerando dañino que el conflicto devenga en una disputa entre poderes del Estado. Aclaró además que la demanda interpuesta no fue presentada en contra de actos

específicos de algún órgano de la administración, sino en términos genéricos, por lo que no tiene calidad de demandada la Contraloría, ni CAPREDENA ni la DGAC.

Posteriormente, se pronunció el profesor **Tavolari**, primeramente, tratando las acciones de mera certeza. Señaló que el Congreso proclamó hace más de 80 años atrás que la función de estas acciones constituía *“la forma más elevada y más delicada de ejercicio del poder judicial, que debe ser considerada como utilísima a los litigantes y a la vida social, en cuanto asegura el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, previene los actos ilegítimos, en lugar de afectarlos con el peso de graves responsabilidades, y da a las partes una regla para su conducta futura”*.

Refirió que no hay tribunal en el país que ignore dichas acciones, siendo competente los tribunales ordinarios para conocerlas cuando reúnan los requisitos de procedencia respectivos, que son: 1. La existencia de un estado de incertidumbre jurídica o estado de duda, lo cual tiene estrecha relación con la buena fe procesal, 2. La presencia de legítimo contradictor, 3. Que no exista en el ordenamiento jurídico un órgano o institución llamado a esclarecer la duda que provoca la incertidumbre -ultima ratio-, y 4. Que se formulen la o las peticiones compatibles y propias con el requerimiento que se deduce, procurando la certeza.

Relativo al último punto recalcó que la pretensión de mera certeza se agota con su acogimiento, ya que el interés jurídico es satisfecho con la finalización del estado de duda, señalando que en este caso ese estado de duda no se encuentra presente.

Observó que el poder judicial tiene una gran cantidad de causas que fallar, remarcando una gran cantidad de atraso judicial, preguntándose cómo es posible que los tribunales *“estén asumiendo estas labores que no le son precedentes, particularmente si la Ley Orgánica de la Contraloría dispone lo contrario”*. Recalcó seguidamente que Couture señala que no debe haber un órgano llamado a resolver para que pueda proceder la acción de mera certeza.

Agregó que los demandantes han distorsionado la acción presentada, ya que en el petitorio solicitan que se *“condene a los demandados a revertir los efectos de la aplicación errónea de las normas previsionales a los actores”*, por lo cual estamos ante una acción de condena y no de mera certeza, lo cual justificaría el rechazo de la demanda.

En su intervención, el profesor **Maturana** destacó en primer término, refiriéndose a la falta de emplazamiento de contraloría argüida por el Contralor, que en el libro escrito por el mismo Contralor llamado *“Derecho Administrativo General”* se señala que la Contraloría carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio, no pudiendo ejercer su representación judicial el mismo Contralor, debiendo en su lugar demandarse al fisco, cuya representación jurídica le corresponde al Consejo

de Defensa del Estado

Agregó además que la acción interpuesta no es declarativa, ya esta no puede jamás en un sistema regido por el principio de legalidad, llenar vacíos normativos en materias reservadas a la ley, la cual es la forma de adoptar soluciones abstractas y generales. A mayor abundamiento la acción de mera certeza busca prevenir el conflicto, agotándose con su ejercicio, ya que una vez generado el conflicto debe interponerse una acción de condena. Refirió que desde el año 1985 los funcionarios de la DGAC ingresaron al sistema de las AFP, por lo que no se entiende que se interponga una acción declarativa por un conflicto ya generado hace 25 años.

v. Debate en torno a la vía idónea para la resolución definitiva del conflicto previsional de los funcionarios de la DGAC.

Sobre este punto **Francisco Zúñiga** explica que hay una atribución de fuente legal de la Contraloría General, la potestad dictaminante y una potestad de fuente constitucional de la Corte Suprema, la de conocer vía casación de fondo sobre un conflicto de derecho objetivo, sin embargo de lo cual, **el encasillamiento previsional es una materia de dominio legal en virtud del artículo 63 n°4**, requiriendo además quorum calificado, por lo que en realidad **ni los tribunales de justicia ni la Contraloría poseen la competencia para establecer normas generales, abstractas y ciertas que regulen la materia.**

Por su parte, el profesor **Soto** refiriéndose a la necesidad de resolución del conflicto debido al principio de inexcusabilidad, manifiesta que el mencionado principio cede en el caso en comento frente a las cuestiones políticas, no siendo estas justiciables porque importan el ejercicio de facultades exclusivas de los poderes políticos implicando un juicio de valor, lo que no se corresponde con la labor del poder judicial.

En tanto el profesor **Raúl Nuñez** señaló que en concordancia con la sentencia del Tribunal Constitucional en el fallo rol 3283-16 respecto a la contienda de competencia entre la Contraloría y el 29° Juzgado de Letras en los Civil de Santiago, considera que **la ley es clara, no existiendo ninguna posibilidad de interpretar judicialmente cuál es el régimen previsional al que suscriben los funcionarios de la DGAC. Señala que corresponde que la materia en cuestión sea resuelta por los órganos colegisladores.**

d. Intervenciones de los senadores

i. Debate en torno a la existencia de una contienda de competencia y los efectos de esta

El senador **ZALDÍVAR** (Andrés) señala que el sistema previsional de los funcionarios de la DGAC

sólo puede modificarse por medio de una ley, no correspondiendo a un tribunal su modificación por medio de un fallo, toda vez que el artículo 63 número 4 de la constitución señala que son materias de ley las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, *previsional* y de seguridad social. Además, es una atribución exclusiva del Contralor, según lo dispone el artículo 6 de la ley Orgánica de la Contraloría, el informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos”. Es por ello que la contienda debe ser resuelta a favor de Contraloría, quien tiene competencia exclusiva sobre la materia.

El senador **ALLAMAND** manifiesta que la contienda está correctamente planteada porque lo que han hecho los tribunales es inmiscuirse en una atribución exclusiva de contraloría. Destaca que es el mismo artículo 6 de la ley 10.336 que señala que la facultad es *exclusiva*, lo cual conlleva a la vez que no puede ser reemplazada por la acción de uno o más tribunales de justicia.

De la misma opinión es el senador **LARRAÍN**, quien señala que en este caso hay una contienda de competencia, ya que existe una diferencia entre la Corte Suprema y el órgano Contralor sobre a quién le corresponde resolver sobre la materia relativa al sistema previsional de los funcionarios de la DGAC.

De opinión contraria el senador **ARAYA** quien destaca que el Fisco de Chile, la parte demanda y legalmente representada por el Consejo de Defensa del Estado no objetó la competencia del tribunal para conocer del asunto. En concordancia con lo anterior, el acto administrativo sometido a control jurisdiccional es el encasillamiento que realizó en su oportunidad la DGAC respecto del régimen previsional de sus funcionarios, por lo que los tribunales no han reemplazado atribución alguna de contraloría, sino que simplemente ejercieron su facultad propia de controlar un acto de la administración, nunca habiendo emitido un dictamen de carácter general que es la función propia del órgano contralor.

En el mismo sentido se pronuncia el senador **QUINTEROS**, señalando que tanto la Corte Suprema como la Contraloría tienen competencias no equivalentes, ya que son de jerarquías diferentes, estando la facultad jurisdiccional del Poder judicial consagrada en la Constitución mientras que la de emitir dictámenes está sólo en una ley orgánica. Además de todo ello, difieren en la facultad de imperio, de hacer cumplir lo juzgado, no advirtiéndose una verdadera contienda de competencias, sino simplemente un conflicto en cuanto al fondo entre los resuelto en sede administrativa y lo resuelto en sede judicial, existiendo al parecer del senador una supremacía judicial clave en nuestro sistema jurídico. De igual argumento se sirvió el senador **BIANCHI** quién manifestó que la función de cada órgano (Corte Suprema y Contraloría) es de distinta naturaleza, formal y material por lo que no se podría entrar en concurso o conflicto.

A igual conclusión llegan los senadores **QUINTANA, DE URRESTI y LETELIER**. El primero

destacó que la función jurisdiccional de conocer los conflictos jurídicos que ocurren en la sociedad es de rango constitucional, constituyendo la esencia del funcionamiento del estado de derecho, señalando debe ser la Corte quien dirima el conflicto, mencionando que “*No es la primera vez ni será la última en que un tribunal dirima las condiciones en que un modelo previsional de salud o de garantía de otros derechos sociales se aplica a un determinado grupo*”. El segundo señaló que los no existe contienda de competencia porque los tribunales son absolutamente competentes al haberse interpuesto los recursos correspondientes, entre ellos el de casación. El senador **LETÉLIER** señaló que Contraloría debe inhibirse hasta resuelvan los tribunales de justicia, no en esta si no en todas las materias, no existiendo contienda alguna.

La postura de la **Corte Suprema**, en cuanto a que de acogerse la contienda de competencia por el senado a favor de Contraloría quedaría firme la sentencia emitida por la Corte de Apelaciones generó también discusión en el senado.

A favor de ella, el senador **ARAYA** manifestó que debido a que no existe regulación constitucional sobre el alcance real de la declaración por medio de la cual el senado resuelve las contiendas de competencia, estima que el senado no cuenta con la atribución para invalidar actos jurisdiccionales firmes y ejecutoriados como lo resuelto por la corte suprema.

En contra, el senador **LARRAÍN**, quien señaló que no es correcto lo señalado por el ministro Muñoz, ya que de aceptarse la posición contralora, la decisión del senado es que ningún organismo jurisdiccional, ni la Corte Suprema ni ninguna corte de Apelaciones ni Tribunal de primera instancia, puedan conocer de la materia sin que antes se haya pronunciado Contraloría.

También en contra el senador **QUINTANA**, quien declaró “*se le hace muy difícil sostener que si un tribunal superior se halla imposibilitado de conocer, quedaría firme la resolución de tribunales inferiores.*”

Sobre el punto se explayó el senador **ALLAMAND**, quien calificó la interpretación del ministro Muñoz como “profundamente equivocada”, primero porque de ser así el conocimiento de la contienda por el Senado habría sido estéril, segundo porque el procedimiento es uno solo y éste no se encuentra fenecido, tercero porque el propio artículo 7^o106 de la Constitución señala que cuando un órgano actúa fuera de su competencia la actuación es nula y finalmente, porque si al negársele la competencia a un tribunal Superior fuera sin embargo competente un tribunal inferior,

¹⁰⁶ Artículo 7^o.- Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

todas las contiendas de competencia deberían iniciarse con los tribunales de primera instancia.

ii. Debate en torno a la existencia de un vacío legal y en torno a la regulación de la materia

De igual opinión es el senador **WALKER**, quien señalando que no existe vacío legal ni incertidumbre jurídica. Destaca la existencia de textos expresos que regulan el régimen previsional que debiera ser aplicable al personal de la DGAC especialmente la ley 18.948 que regula en sus artículos 61 y 62 el régimen aplicable al personal de planta de las Fuerzas Armadas. Aclara que no corresponde al senado pronunciarse sobre el particular, y destaca que es función de la contraloría, así señalado en el artículo 6 del decreto 2.421 del Ministerio de Hacienda, la facultad de dictaminar en materias tales como jubilaciones, pensiones de retiro, régimen previsional y seguridad social.

Por su parte, el senador **GULLIER** destaca que el problema es que existe una mala ley, una ley injusta y arbitraria, no existiendo vacío legal, adhiere que no es competencia de los Tribunales solucionar ese problema a través de fallos judiciales. Señala *“Si hubiese incertidumbre jurídica, si no hubiese ley, sería razonable aclarar el punto. Pero, existiendo una norma legal, la situación cambia: su interpretación le corresponde a la Contraloría”*

El senador **COLOMA** sostiene que no existe aquí vacío legal, señalando que existe una ley que regula la materia, añadiendo que no se puede buscar la modificación de la ley a través de una interpretación judicial, debiendo en vez de ello cambiarse la ley, lo cual le corresponde realizar al parlamento.

En cuanto a la regulación de la materia el senador **LARRAÍN** señaló en la materia existen precedentes claros y consistentes, y leyes que establecen y afirman los principios, manifestando que no existe incertidumbre jurídica el asunto en comento, que tiene años de solución, habiendo normativa vigente y aplicación consistente de ella, por lo resulta extremadamente difícil pensar que sea necesario una declaración de mera certeza.

Por su parte el senador **BIANCHI** señala que, la postura de los funcionarios de la DGAC esencialmente se basa en el artículo 21 de la ley 16.752 y en el artículo 2 de la ley 17.931, los cuales según establecerían que el sistema previsional que les corresponde es el de las Fuerzas Armadas, planteando además que aquellas disposiciones **no han sido derogadas** por la legislación posterior en la materia, especialmente la ley 18.458. Resolver este asunto es materia propia de los tribunales de justicia.

El senador **ALLAMAND** destaca que la controversia sobre el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC es antigua, superando ya los 25 años, y que ha sido zanjada por Contraloría a través de dictámenes emitidos por los últimos seis contralores, de forma consistente y permanente debido a la claridad del texto de la ley 18.458 del año 1935 que declara que tal

personal debe quedar adscrito al sistema del DL 3.500. Señala también que el daño previsional que afecta a los referidos funcionarios debe tener una solución legislativa.

iii. Debate en torno al rol de los tribunales de justicia

Argumentando su postura en contra de la pretensión de Contraloría el senador **QUINTANA** arguye que la tutela judicial efectiva es un derecho humano, teniendo todo individuo el derecho a hacer un planteamiento a Tribunales y obtener una respuesta jurídica en tiempo prudente interpretando el principio de inexcusabilidad, y señalando que significa que aún a falta de ley, siempre se debe dar una respuesta ante una acción.

Similar argumentación desplegó el senador **BIANCHI**, destacando que el derecho a reclamar ante tribunales por actos administrativos se encuentra recogido en tratados internacionales y en el artículo 38¹⁰⁷ de la constitución nacional, señalando además que al ser este asunto materia propia de interpretación jurisdiccional, puede y debe ser definido por los tribunales de justicia, basándose en una interpretación armónica de las normas en juego. No existiendo colisión con las facultades contraloras, las cuáles son de diferente naturaleza.

Igualmente, el senador **TUMA** destacó que el fondo del debate se relaciona con el reconocimiento de la autonomía y atribuciones de los Tribunales de Justicia y en específico de la Corte Suprema, replicando que el Fisco, al haber recurrido de casación, entiende que no existe contienda de competencia, añadiendo, además, que el mismo artículo 6 de la Ley Orgánica de Contraloría limita a este organismo de intervenir en asuntos litigiosos o “que estén sometidos al conocimiento de la justicia”, por lo cual con la misma fuerza que le otorga exclusividad en ciertas materias también le impone un límite, precisamente en el cual se encuentran las atribuciones de tribunales.

Por su parte la senadora **ALLENDE** señaló que acoger la contienda de competencia, y en suma, “quitarles” a los trabajadores la posibilidad de acudir a la justicia, sería vulnerar un derecho fundamental, toda vez que normas constitucionales establecen el derecho de acción de los ciudadanos, mientras que disposiciones de rango legal, entre ellas el artículo 54¹⁰⁸ de la ley 19.880 sobre Procedimientos Administrativos, impiden a Contraloría actuar en asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales. Finaliza señalando que lo fundamental es el aseguramiento de la

¹⁰⁷ Artículo 38.- Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

¹⁰⁸ Artículo 54. Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que este interponga sobre la misma pretensión

posibilidad de acción frente a una decisión de la administración ante los Tribunales de Justicia “y serán estos los que dirán si son competentes o si hay o no argumentos para acoger la petición”

Igual postura tuvo el senador **DE URRESTI**, quien destacó que en este caso no existía una situación “resuelta” debido a que la Corte puede fallar en cualquier sentido, manifestando seguidamente que los trabajadores reclaman legítimamente sus derechos ante un sistema previsional injusto, arbitrario y de privilegio. Manifiesta que sustraer de los tribunales la posibilidad de los ciudadanos de recurrir por el encasillamiento del que han sido objeto significa atentar contra el normal procedimiento de quienes tienen capacidad de acudir a tribunales.

En cuanto a este punto, el senador **LARRAÍN** señaló que, si los tribunales entran a conocer del asunto sin dictamen previo, lo que estarían haciendo en la práctica es privar a Contraloría del ejercicio de una atribución exclusiva, por lo que estarían quitando su competencia en determinada materia. Destaca que el procedimiento adecuado es que el organismo contralor actúe primero y que luego el control jurisdiccional proceda respecto de su resolución.

Por su parte, el senador **HARBOE** señaló que la Corte Suprema no debe inhibirse de conocer un recurso de casación legalmente incoado, ya que ello podría vulnerar el principio de inexcusabilidad, recalcando además que esto es imperativo si el senado debe resolver en derecho

Finalmente, el senador **ALLAMAND** se refiere al argumento utilizado por parte del poder judicial, en cuanto al principio de inexcusabilidad. Señala que este principio contenido en el artículo 76 de la Constitución declara que “Reclamada su intervención en forma legal y *en negocios de su competencia*, no podrá excusarse de ejercer su autoridad”; igualmente el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales establece “La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”. Menciona que, si la propia ley en el artículo 6 de la ley 10.336 proclama que existe una facultad que debe ejercerse de forma exclusiva, es obvio que esta no puede estar simultáneamente en dos esferas distintas, que no puede ser competencia también de tribunales.

iv. Debate en torno a la oportunidad e idoneidad de la acción interpuesta y emplazamiento de contraloría

En cuanto a la acción interpuesta por los demandantes, el senador **LARRAÍN** señala las acciones de mera certeza se interponen cuando existe incertidumbre jurídica sobre una materia determinada, lo cual en este caso no ocurre, ya que la situación se encuentra regulada desde 1985, mediante normas aplicadas sin excepción desde el mismo año, no existiendo incertidumbre jurídica alguna.

Manifiesta además que cuando el ministro Muñoz señala que en este caso no hay en realidad una

acción de mera certeza sino un reclamo contra el encasillamiento de los funcionarios de la DGAC, está actuando *ultra petita*, entregando su opinión respecto a cuál debería haber sido el reclamo de los funcionarios, y no respecto de cuál efectivamente fue.

El senador **QUINTANA** se refiere al punto, manifestando que la Contraloría fue emplazada a través del Consejo de Defensa del Estado que es el órgano con la personería para la representación estatal, destacando que fue este quien presentó el recurso de casación ante la Corte Suprema, siendo el Estado mismo el que pidió el pronunciamiento del máximo tribunal.

En torno a este punto, el senador **BIANCHI** señala que no es necesario acudir previamente a un ente administrativo para preparar la vía judicial a través de un recurso de ilegalidad, ya que esto no está estipulado por norma legal o constitucional.

El senador **ARAYA** por su parte se refirió a las acciones de mera certeza, manifiesta que estas han tenido un amplio reconocimiento tanto en doctrina como en jurisprudencia, sin embargo de lo cual es de su opinión que no en el caso en comento no se persigue una acción de esta naturaleza, ya que no se busca la corroboración de un derecho, sino una sentencia constitutiva que establezca que los demandantes son parte del sistema de CAPREDENA, lo cual desvirtúa la postura de contraloría de que el Poder Judicial estaría realizando una declaración en forma general y abstracta; igualmente menciona que la sentencia tendría efecto relativo, sólo afectando a las partes que han intervenido en el juicio.

v. Debate en torno a la vía idónea para la resolución definitiva del conflicto previsional de los funcionarios de la DGAC.

El senador **ALLAMAND** señala que la situación previsional de los funcionarios de la DGAC debe abordarse por la vía legislativa, ya que además de ser materia exclusiva de ley, también implica disponer de recursos públicos, por lo que no corresponde que los tribunales reemplacen al poder ejecutivo y al legislativo en esta labor.

Igual énfasis pone el senador **WALKER**, quien destaca que esta materia debe abordarse en el contexto más amplio de la relación entre las instituciones y separación efectiva de los poderes del estado, debiendo primar la constitución, siendo el régimen previsional una materia exclusiva de los poderes co-legisladores. Resalta además la tendencia preocupante tanto del activismo legislativo de la Corte como la tendencia del Tribunal Constitucional de convertirse en un poder paralegislativo.

Por otro lado, el senador **QUINTEROS** manifiesta que el sistema político no ha sido capaz de resolver la situación en un sentido u otro, existiendo un daño previsional manifiesto para los funcionarios de la DGAC, señalando también que tales situaciones no pueden prolongarse

indefinidamente, siendo esta responsabilidad principalmente del Ejecutivo, al tener iniciativa exclusiva en la materia.

Por su parte, el senador **LARRAÍN** enfatiza que los regímenes previsionales deben ser resueltos y modificados sólo por vía legal, destacando también que la extensión del régimen en la DGAC implicaría un costo económico significativo, ante el cual otros funcionarios de otras instituciones podrían requerir el mismo derecho. Finaliza el punto concluyendo que *“Por alguna razón se ha establecido la excepción, la cual tiene que ser interpretada restrictivamente, porque las consecuencias económicas no pueden ser obviadas”*

El senador **GULLIER** señala que, si bien los tribunales pueden hacer presente una opinión acerca de la injusticia o insuficiencia de determinada normativa, no pueden arrogarse la labor legislativa y por vía de interpretación modificar normas legales vigentes, porque si eso ocurriera caeríamos en una creciente arbitrariedad. En su opinión, la posición del ministro Muñoz conllevaría una pretensión de expandir las competencias del poder judicial que afectaría al sistema de pesos y contrapesos constitucionales generando incertidumbre en nuestra institucionalidad.

El **senador COLOMA** señala que en lo que busca la demanda de los funcionarios de la DGAC es distinta interpretación a una situación que se genera por una ley que no ha sido modificada en los últimos 35 años, y cuyo cambio ha sido discutido en el mismo senado, con la ocasión de la tramitación de proyectos de ley en la materia, por lo cual resultaría evidente que la materia en cuestión debe solucionarse por la vía legislativa. Esto sumado a que en este caso no existe ilegalidad ni privación de derechos de parte del órgano contralor, lleva al senador a concluir que el poder judicial no es el encargado de resolver la situación generada.

iv. Resultado de la votación

La votación resultó en el acogimiento de la solicitud planteada por el señor Contralor General de la República, por 16 votos a favor, 12 en contra y 3 pareos.

Votaron por la afirmativa las señoras Lily Pérez, Van Rysselberghe y Von Baer y los señores Allamand, Chahuán, Coloma, García-Huidobro, Guillier, Hernán Larraín, Montes, Moreira, Ossandón, Pérez Varela, Prokurica, Ignacio Walker y Andrés Zaldívar.

Votaron por la negativa las señoras Allende, Goic y Muñoz y los señores Araya, Bianchi, De Urresti, Girardi, Harboe, Letelier, Quintana, Quinteros y Rossi. No votaron, por estar pareados, los señores García, Pizarro y Tuma

v. Cumplimiento del acuerdo senatorial

A lo largo de la contienda de competencia fue sostenido por el ministro Muñoz, en representación de la Corte Suprema, que en razón de ser el recurso de casación un mero

control de legalidad, de dirimirse el conflicto en favor de Contraloría, la Corte quedaría impedida de pronunciarse sobre el recurso, quedando firme la decisión de la Corte de Apelaciones, según el ministro, no fue impugnada.

Igual argumentación sostuvo Héctor Rodríguez Mendoza, el abogado de los demandantes, quien posterior a la resolución del senado presentó un escrito a la Corte Suprema señalando¹⁰⁹ que, al no tener recursos pendientes, el fallo de la Corte de Apelaciones se encuentra firme y ejecutoriado y solicitando el cúmplase de este.

Sin embargo, con fecha 12 de marzo de 2018, el pleno de la Corte Suprema emitió una resolución en la cual da constancia de su omisión de pronunciamiento sobre el recurso de casación caratulado “Rodríguez con Fisco”, previniendo¹¹⁰ que los efectos de lo resuelto por el Senado implican que **los tribunales ordinarios de justicia quedan excluidos** para conocer todo lo concerniente a la demanda incoada ante el vigésimo noveno juzgado civil de Santiago, por la que se pretende que se declare que 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.

¹⁰⁹ Señaló textualmente: “Que, atendida la lamentable decisión del Senado, de 6 de marzo de 2018, en orden a acoger la contienda de competencia en favor del Contralor General de la República, debemos asumir que VS. Excmo. No es competente para conocer el recurso de casación interpuesto, en defensa del Estado de Chile, por el Consejo de Defensa. Consecuencia necesaria de lo anterior es que el fallo de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, al no tener recursos posibles, se encuentra firma y ejecutoriado. De esta manera lo ha resuelto en casos similares este Excmo. Tribunal. Por Tanto: Sírvase Us. Excmo. dictar el pertinente cúmplase de la sentencia de segunda instancia para exigir su cumplimiento”

¹¹⁰ Se señaló “Se previene que el Presidente señor Brito y los Ministros señor Silva y señoras Chevesich y Muñoz, entiendo 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 vigésimo noveno 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 en que se planteó, fueron de opinión que así debería declararlo esta Corte, previo a devolver los autos a la instancia que corresponde”

4. Comentarios sobre las contiendas

Esta contienda fallada por el Senado en favor de la Contraloría ha producido reacciones de la Doctrina. A continuación, se expondrán los comentarios de distintos profesores en torno al desarrollo del conflicto entre Contraloría y el Poder Judicial en estudio.

Alejandro Vergara señala que la decisión por parte del Tribunal Constitucional de acoger la contienda a favor de la Contraloría es una decisión acertada, ya que de lo contrario si los tribunales hubiesen seguido conociendo del asunto se hubiera producido un desorden institucional **(VERGARA B., 2018)** rompiendo el reparto de competencias determinado por el constituyente.

Destaca luego que el control a Contraloría debe producirse en verdaderas causas jurisdiccionales, ante un acto específico, dentro de los plazos correspondientes en un proceso previamente tipificado, no pudiendo aducir un tribunal el principio de inexcusabilidad para admitir y fallar peticiones invadiendo competencias de otros órganos.

Por su parte, **Julio Alvéar** señaló que en la especie no existe un acto administrativo reclamable **(2017)**, ya que no hay un acto de la administración que lesione los derechos de los funcionarios, siendo la institucionalidad la que no reconoce su integración al sistema de CAPREDENA.

Patricio Zapata, por otro lado, recalcó su preocupación por el contenido abstracto de la demanda de los funcionarios de la DGAC, señalando que el acogimiento de este tipo de acciones podría *“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”* **(2017)**.

Además, destacó que el hecho de que el Tribunal Constitucional se hubiese pronunciado con anterioridad acogiendo la tesis contralora, señalando que es una razón para que en aras de la seguridad jurídica el senado falle de igual modo.

Prosigue manifestando que, no obstante aquello considera problemático que el senado sustraiga asuntos del conocimiento de la Corte Suprema por consideraciones prácticas, considerando que el buen funcionamiento del Estado de Derecho supone confiar en la actuación de los jueces a quienes corresponde rechazar las demandas que no cuenten con presupuestos básicos.

Por su parte, **Julio Pallavicini** califica la contienda en el senado como *aparente* considerando que *“es muy difícil sostener que exista una contienda de competencia entre la Contraloría General de la República y la Corte Suprema”* **(PALLAVICINI, 2017)**. Desde su punto de vista no se da ninguno de los supuestos invocados por Contraloría en las anteriores contiendas, en las cuales lo que se discutía era si con ocasión del recurso de protección los tribunales podían obligar a Contraloría a

tomar razón de un acto administrativo o dejarlo sin efecto.

Adicionalmente, manifiesta que los acuerdos del senado amparan las facultades de los tribunales para conocer de causas civiles y criminales, y que estos no tienen obligación alguna de emplazar a Contraloría, que carece de personalidad jurídica, arguyendo además que el propio recurso de casación fue deducido por el Consejo de Defensa del Estado.

El profesor **Francisco Zúñiga** reitera la posición que expuso en el senado, destacando *“la pretensión de la Corte Suprema y de la CGR de resolver el conflicto se extiende más allá de sus competencias, politizando en la defensa de la competencia de cada uno, en el conocimiento de una materia que es de dominio legal en lo básico”* (**ZÚÑIGA U., 2017, pág. 202**), en ese sentido manifiesta que ni a través de un dictamen ni de una sentencia se pueden fijar normas generales y abstractas sobre un sistema previsional.

Por su parte, **Cristián Román** señala sí hay contienda de competencia (**2018, pág. 427**) y manifiesta compartir la decisión del tribunal constitucional, en el sentido de que *“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 estar mal planteada”* (p.418) Señala que es improcedente, en primer lugar, por cuanto los dictámenes de la Contraloría sí pueden ser impugnados, pero en forma directa, no oblicua y, en segundo lugar, ya que la jurisprudencia está dotada de presunción de certeza jurídica (p.427), por lo cual no podría haber incertidumbre jurídica en la materia. Mal planteada porque se pretendía la declaración de una interpretación de la ley general y abstracta.

Seguidamente se hace cargo de los argumentos que señalan que no hay contienda de competencia (p.404). Un primer argumento que se ofrece es que entre las competencias dictaminante y jurisprudencial existen diferencias sustanciales por lo cual no puede existir contienda alguna. Rebate este argumento señalando que nada impide que, entre atribuciones de distinta naturaleza jurídica, puedan verificarse colisiones, especialmente cuando son ejercidas desbordando sus límites naturales. Un segundo argumento es que determinar el régimen previsional no corresponde a Contraloría ni a los tribunales, sino que a los órganos colegisladores. A esto responde señalando que a la ley efectivamente corresponde dicha tarea, la que ya ha realizado, pero como toda ley, precisa una interpretación y esta es la que ha sido confiada a Contraloría, de acuerdo al artículo 6 de la LOCCGR.

Román luego critica que la sentencia del Tribunal Constitucional resolvió la cuestión de fondo discutida, determinando a cuál régimen previsional están adscritos los funcionarios de la DGAC (**2018, pág. 399**). Si bien es cierto que el referido Tribunal al dirimir una contienda puede emplear *el ordenamiento jurídico en su conjunto*, esto no lo autoriza para resolver derechamente la cuestión

de fondo discutida, lo cual desnaturaliza la contienda de competencia, convirtiéndola en un control de legalidad de los dictámenes de Contraloría. Si bien el autor señala que esto no ha sido decisivo en la sentencia la cual se apoya en otras líneas argumentativas, sí da origen a efectos que califica como *perniciosos*

Entre estos efectos menciona que, en primer lugar, si se impugnaran, por ejemplo, por ilegales los dictámenes de Contraloría que contienen la jurisprudencia administrativa relativa al sistema de previsión de los funcionarios de la DGAC, esta impugnación no prosperaría porque el Tribunal Constitucional con su sentencia ya declaró su legalidad imbuida de la *auctoritas* característico de la institución **(2018, pág. 404)** . En segundo lugar, si la propia contraloría quisiera reconsiderar su jurisprudencia, le resultaría muy difícil ya que el tribunal con su pronunciamiento fijó la interpretación de la ley.

CONCLUSIONES

1. A lo largo de este estudio hemos examinado los numerosos elementos necesarios para comprender la importancia de las contiendas de competencia entre la Contraloría General de la República y los Tribunales Superiores de Justicia.

Así, en el primer capítulo se trató el concepto mismo de competencia, necesario para entender las referidas contiendas. En ese sentido, estudiamos distintas formas de definirla, utilizando finalmente aquella aplicable a los ámbitos tanto jurisdiccionales como administrativos, esto es, competencia como *“la potestad conferida a una autoridad u órgano de poder para actuar o resolver aquellas materias que la Constitución -o la ley dictada conforme a ella- ha puesto dentro de la esfera de sus atribuciones”* (RÍOS A., 1994, pág. 7)

2. Posteriormente, en el segundo capítulo, estudiamos al órgano, y las distintas teorías que intentan abordar este concepto, entendiéndolo últimamente como una unidad funcional creada por el derecho en que se estructuran internamente las entidades públicas a efectos de la división del trabajo, formando parte de una persona jurídica considerada como centro de imputación (SANTAMARÍA P, 1984). Una vez claro este concepto, desarrollamos el tipo de relación que puede existir entre órganos, las cuales son tres: de jerarquía, de coordinación y de conflicto

Estas últimas pueden ser positivas o negativas, siendo conflictos positivos cuando dos o más órganos se consideren competentes sobre un mismo asunto y negativos cuando ninguno de los dos se considere competente. Observamos luego los requisitos, siguiendo a Lautaro Ríos, de las contiendas de competencia: que al menos dos órganos de igual o distinta naturaleza, pretendan estar habilitados para conocer y decidir el mismo asunto, 2) que se trate de un asunto concreto y determinado y 3) que su resolución definitiva se encuentre pendiente al momento de plantearse el conflicto. (1994, pág. 7)

3. Enseguida, examinamos las tres hipótesis de conflicto reguladas en nuestro ordenamiento: la regulación de las contiendas entre órganos administrativos regulados en la LOCBGAE, la regulación constitucional referente a los órganos con diversa competencia territorial y, finalmente, la regulación de las contiendas entre órganos de la administración del estado y el poder judicial. Nos centramos en esta última aprendiendo que se encuentra normada en dos artículos constitucionales: el 53 y el 93 n°12, entregando su resolución a dos órganos diferentes, dependiendo de la jerarquía del tribunal del poder judicial involucrado. Corresponde al Senado conocer las contiendas de competencia entre autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia y corresponde al Tribunal

Constitucional la resolución de las contiendas entre dichas autoridades que no correspondan al Senado

Luego, del universo de contiendas posibles entre órganos, nos centramos en un tipo particular: las contiendas entre órganos administrativos y el poder judicial; y, dentro de ellas, específicamente las producidas entre Contraloría General de la República y los Tribunales Superiores de Justicia, en un periodo específico: las generadas entre 1990 y el 2018.

4. En el tercer capítulo de esta exposición se estudiaron las cinco primeras contiendas, las cuales presentaron grandes similitudes entre ellas. En primer lugar, todas involucraron a las Cortes de Apelaciones conociendo del recurso de protección y la toma de razón, todas ellas fueron falladas a favor de la Contraloría General y todas fueron promovidas de forma cercana temporalmente, varias de ellas siendo tramitadas de forma conjunta.

Observamos en estos conflictos la repetición de los argumentos de ambas partes y de los senadores mismos. Por un lado, la tesis sostenida principalmente por la Corte Suprema de que tanto el recurso de protección como la toma de razón se mueven en planos diferentes, por lo cual no existe contienda alguna; y, por otra, el argumento que el Contralor, al ejercer la toma de razón en la oportunidad prevista por el ordenamiento, sólo cumple con su mandato constitucional, por lo cual no es posible su impugnación por el recurso de protección.

5. Finalmente, en el cuarto capítulo se analizó de forma detallada la última contienda de competencia ocurrida entre la Contraloría y los tribunales superiores. A diferencia de las anteriores contiendas, en ella el conflicto se centró específicamente en la potestad dictaminante de la Contraloría y las acciones de mera certeza.
6. El corazón del conflicto correspondió al desacuerdo de los funcionarios de la Dirección de Aeronáutica Civil con el sistema previsional a ellos aplicado, argumentando que debería corresponder al sistema de las Fuerzas Armadas, CAPREDENA y no al sistema común de las Administradoras de Fondos de Pensión. Para ello accionaron ante los tribunales civiles para obtener el cambio, lo cual provocó la intervención de Contraloría de la República, aduciendo su potestad exclusiva de pronunciarse sobre la materia.

Como estudiamos, el mismo conflicto fundamentó dos contiendas diversas: por una parte, la gatillada entre el 29° juzgado Civil de Santiago y Contraloría de la República, resuelta por el Tribunal Constitucional; y, por otra, la producida entre la Corte Suprema y Contraloría

resuelta por el Senado.

7. En el segundo apartado del cuarto capítulo estudiamos la forma en que resolvió el Tribunal Constitucional, y los argumentos en base a los cuales resolvió la contienda.

El Tribunal fundamentó su decisión señalando que la normativa que regula el régimen previsional de las Fuerzas Armadas es clara y precisa y que ella no incluye a los funcionarios de la DGAC, debiendo por su naturaleza ser interpretada restrictivamente, lo cual es confirmado por la historia de la ley y la jurisprudencia del propio Tribunal, pudiendo solamente modificarse mediante un cambio constitucional y legal.

Seguidamente, recalcó que los actos de la administración son impugnables, lo cual incluye los dictámenes de contraloría, bajo ciertos supuestos, pudiendo realizarse mediante la acción de mera certeza. Sin embargo, concluye el Tribunal, en este caso no procede dicha acción debido a que no existe incertidumbre alguna, buscando su interposición la interpretación de forma general y retroactiva de las normas que regulan la materia, lo cual constituye una interferencia de las funciones propias de los órganos colegisladores, el tribunal constitucional y contraloría.

8. Finalmente, se analizó la otra contienda planteada ante el Senado y los argumentos dados tanto por la Corte Suprema, como la Contraloría y los aducidos por los senadores.

Por una parte, la Contraloría sostuvo que existe contienda de competencia ya que los tribunales superiores de justicia se inmiscuyeron en una materia propia del organismo fiscalizador, el cual en numerosos dictámenes se ha pronunciado sobre el régimen correspondiente a los funcionarios de la DGAC, lo cual se desprende claramente de la ley 19.458 de 1985. Este no es el de Capredena sino el de AFPs. Estos dictámenes no fueron impugnados, vulnerándose el principio de legalidad al pretender el pronunciamiento con efectos generales por parte de un tribunal de una norma administrativa.

Por otra, la Corte Suprema sostuvo que existiendo diferentes interpretaciones de la normativa que regula la materia corresponde a tribunales, en virtud del artículo 76 de la Constitución, pronunciarse sobre la materia, no pretendiendo hacerlo de forma general sino únicamente relativa a los demandantes; y señalando, además, que aquellos se pueden dirigir directamente a tribunales, no necesitando dictamen. Sin embargo, estos argumentos no se impusieron, resolviéndose la contienda a favor de la Contraloría de la República.

9. En cuanto a los aspectos procesales de las contiendas, hay varios aspectos que es necesario destacar.

En cuanto a la tramitación en sí, esta se inicia al promoverse la contienda de competencia

por uno de los órganos, hasta ahora, ha sido siempre la Contraloría General de la República. Luego, los antecedentes de la contienda promovida pasan a ser estudiada por una comisión del Senado, llamada Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, la cual emite un informe. Enseguida, el informe es discutido por el pleno del Senado que emite su decisión a favor de uno de los órganos contendientes.

Es preciso destacar que el Senado puede ordenar la suspensión de la tramitación de la causa a los Tribunales de Justicia, como así lo hizo en la última contienda estudiada, esto es, el Senado puede emitir una **Orden de No Innovar (ONI)**, debido a la naturaleza jurisdiccional que ejerce al conocer de las contiendas de competencia.

En esta última contienda también se evidencia otro aspecto procesal relevante, y que surge a propósito de la aseveración del ministro Muñoz en su intervención en el Senado. En ella, él señala que, al acogerse la contienda interpuesta, la Corte Suprema quedaría impedida de conocer el recurso de casación, y, ya que este no constituye instancia, quedaría firme la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones.

La Tesis del ministro no se impuso, siendo rechazada en numerosas intervenciones, tanto por profesores como por senadores, concluyéndose que es el Poder Judicial el que queda impedido de conocer del asunto y no sólo la Corte Suprema. **Así, se deduce que independiente de la instancia en la cual se esté conociendo de un conflicto, al plantearse y acogerse una contienda, los tribunales pierden la competencia para pronunciarse sobre él.**

Identificación de la contienda	Día en que se interpuso contienda	Día en que se falló contienda	Meses de tramitación (aproximado)
S 164-03 y 148-03	9.11.93	09.04.94	5
S 170-03	07.07.94	06.06.95	11
S 315-03	25.11.97	05.05.98	6
S 377-03	02.03.99	18.05.99	2 ½
S 1913-03	28.12.16	06.03.18	15

Otro aspecto notable es **el tiempo de tramitación** de las contiendas, que resultó muy variable, ya que su rango va de dos meses y medio a quince, sin tomar en cuenta la

tramitación de la contienda que fue retirada sin fallarse. Esto se puede explicar por la similitud que presentaba la cuarta contienda de competencia con las contiendas anteriormente falladas, siendo además muy próximas temporalmente.

Resulta preocupante que la contienda de mayor duración sea además la más reciente, especialmente tomando en cuenta que la contendiente en este caso fue la Corte Suprema. Enseguida, se observa el tiempo que debieron aguardar los demandantes en el proceso judicial para obtener una resolución al conflicto planteado fue bastante, contribuyendo a la espera el hecho de que en **el Senado no tenga plazo para resolver las contiendas.**

Finalmente, en las contiendas estudiadas se discutieron los efectos que tendrían los acuerdos del Senado por medio de los cuales resuelve las contiendas. Así en la tercera contienda de competencia, el Contralor por oficio n°037994, de 18 de noviembre de 1997 solicitó que el Senado dictaminara que los acuerdos adoptados por el Senado son de efectos generales y de aplicación obligatoria para las Cortes de Apelaciones.

Sin embargo, el informe de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 13 de enero de 1998, aprobado por unanimidad por la sala del senado, señaló que los efectos de los acuerdos adoptados por el Senado en contiendas de competencia sometidas a su resolución son **relativos y particulares**, ya que la facultad del senado es de **carácter jurisdiccional**,

10. Una vez sintetizado el resultado de este trabajo, es necesario realizar algunas observaciones en cuanto al desenvolvimiento de los conflictos estudiados.

En primer lugar, en cuanto al debate producido a propósito de la existencia de contiendas de competencia en cada una de las sesiones senatoriales, se observa que este se ha repetido sin real avance en el entendimiento entre los senadores, trabándose la discusión en el supuesto básico de la existencia de un conflicto.

Es argumentado por un grupo de senadores y por un sector de la doctrina que entre la Contraloría General de la República y entre los Tribunales Superiores de Justicia no puede haber contienda porque las atribuciones “en pugna” son de diferente naturaleza, una jurisdiccional y otra administrativa, no pretendiendo en ningún caso los tribunales ejercer la toma de razón ni contraloría el recurso de protección.

Este razonamiento, sin embargo, destierra del ordenamiento la solución de los conflictos más complejos entre los entes estatales, confinando el concepto a la competencia al de *sector de la jurisdicción* y no al más amplio, de litigios de jurisdicción, también llamados

conflictos de funciones.

Del estudio realizado en los capítulos precedentes, se observa que es a este tipo de litigios a los que se refiere el artículo 53 de la Constitución Política, aunque utilice el término “contendias de competencia”, ya que seguidamente precisa “que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia”, lo que inmediatamente suscribe el conflicto a autoridades que ejercen funciones de diferente naturaleza.

Pero hay otra razón por la que resulta importante entenderlo de esta forma: la necesidad de nuestra institucionalidad de contar con medios de solución de pugnas entre poderes del Estado, con miras a mantener la estabilidad y el funcionamiento sereno entre ellos. En este contexto más amplio, es en el cual hubiera resultado nocivo haber determinado la no existencia de contienda.

Los efectos de ello hubieran sido, en caso de que los tribunales fallasen a favor de los demandantes en la última contienda, la existencia de una afiliación a un sistema previsional para los funcionarios actores de la demanda, y otro sistema previsional para los funcionarios que han acudido a la Contraloría de la República, así como aquellos incluidos en la contienda resulta por el Tribunal Constitucional. Todo lo cual resulta problemático para la armonía del ordenamiento jurídico, además de provocar desconfianza en los mismos ciudadanos.

11. Por otra parte, resulta del todo relevante, entender esta discusión en el contexto más amplio de las demandas sociales por actos considerados “injustos”, como lo es considerada la regulación del régimen previsional de los funcionarios de la DGAC, consideración extendida en general al régimen de AFPs por numerosos senadores en sus intervenciones en el debate en la cámara alta del congreso.

Todo esto se suma a lo notado por numerosos autores, y en especial, por el artículo elaborado por Aldunate Lizana, de que el recurso de protección ha sufrido de un desborde interpretativo que ha permitido la extensión ilimitada de esta acción. (ALDUNATE L., 1999). No es coincidencia que haya sido este recurso el que haya protagonizado la mayor cantidad de contendias de competencia. Se observa también que, en el último conflicto analizado, la acción utilizada fue la de mera certeza, otra acción con una delimitación dudosa, producto principalmente por su origen como creación jurisprudencial.

El resultado de la suma de demandas sociales, junto con la amplitud en la utilización de acciones judiciales, ha devenido en situaciones como la masiva interposición de recursos de protección para evitar alzas en los planes de las Isapres, lo cual devela una respuesta inadecuada del aparato estatal para responder a la presión proveniente de los problemas

en la implementación de sus políticas.

Si bien se podría decir que una “solución parche” es mejor que ninguna solución, el establecimiento como patrón de “remedios” a problemáticas públicas a través de vías no legislativas puede ocasionar efectos peligrosos, especialmente considerando que, de las principales instituciones de nuestro país, el Congreso es la institución que cuenta con menor aprobación (21%¹¹¹).

Resulta arriesgado entonces que la institución más deslegitimada nacionalmente, sea el árbitro máximo de la distribución competencial a lo largo de nuestro ordenamiento a menos que sus resoluciones vayan acompañadas de respuestas legislativas a las presiones causantes de dichos conflictos.

De no ser así, la canalización de estos conflictos por vías no adecuadas puede generar una fragmentación de las soluciones ofrecidas por otros órganos, una baja seguridad jurídica, una ineficiente asignación de recursos a la litigación en masa, y la profundización de la crisis de legitimidad del congreso.

En suma, se desprende del examen de los debates la necesidad de ampliar el concepto de contiendas de competencia o al menos asimilarlo al concepto de conflicto de funciones en los casos de autoridades de dos estructuras diferentes, autoridades políticas o administrativas y tribunales superiores de justicia, que son los que resuelve el senado. Esto, a fin de mantener el orden institucional.

12. Ahora, una vez superado este debate sobre la existencia o no de una contienda, cabe detenerse en la forma en que la última contienda fue resuelta.

En la argumentación sostenida por la mayoría de los senadores en el debate producido en la Cámara Alta, así como en las intervenciones de Contraloría, se argumentó en base a la potestad exclusiva de Contraloría de informar sobre el régimen previsional al que pertenecen los funcionarios de la DGAC. Esta postura se apoya principalmente en el artículo 6 de la LOC de Contraloría.

Sin embargo, en nuestra opinión, dicha postura no clarifica exactamente cómo deben responder los tribunales civiles ante una acción que busque un pronunciamiento de estos en las materias del referido artículo. ¿Es deber del afectado en todo caso comprendido en

¹¹¹ Encuesta CADEM n°260 (4 de enero 2019), rescatada de < <https://www.cadem.cl/encuestas/encuesta-no-260-04-de-enero/>> [Fecha de Consulta 15 de febrero 2019] De los actores intervinientes en las contiendas de competencia, el congreso es el peor evaluado, superado en orden ascendente por los tribunales de justicia (28%), el tribunal constitucional (36%) y Contraloría de la República (49%)

dichas materias acudir a Contraloría?; ¿debe toda acción que no impugne dictámenes específicos sobre estas materias ser declarada improcedente? Recordemos que las materias sobre las cuales Contraloría informa “exclusivamente” son: *derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos, y sobre los asuntos que se relacionen con el estatuto administrativo.*

Como destaca el profesor Pallavicini¹¹², hay miles de recursos de protección interpuesto por funcionarios en contra de sus servicios que no han ido a Contraloría, lo cual hace aún más ambiguo la delimitación entre el derecho a la acción y las potestades propias de Contraloría y más problemática la pretensión de exclusividad de Contraloría.

Quizás la respuesta a este interrogante se encuentra en el mayor desarrollo conceptual de las características propias del *sistema de interpretación de la ley administrativa*, Es este el énfasis que pone el profesor Román en su artículo sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, en cuanto no era necesaria la resolución por parte de este del fondo de la contienda, ya que bastaba con la presunción de legalidad de la jurisprudencia administrativa. (ROMÁN C., 2018)

Resulta por lo tanto patente que el debate en ambas sedes hubiera sido más provechoso si hubiese logrado aclarar de forma satisfactoria la interacción de la Contraloría en su control de legalidad y los tribunales en su función de control de la administración, caracterizando las propiedades de cada actuación a la vez de la forma en la cual estas se integran conformando el sistema de interpretación de la ley administrativa.

Lo anterior es especialmente relevante si lo contextualizamos en la evolución histórica institucional de nuestro país, en el cual es destacada la falta de tribunales contencioso-administrativos, ya que su estipulación y la deuda en su implementación le brindaron protagonismo a la Contraloría como forma de control a la administración.

Sin embargo, en este nuevo panorama actual, con gran alcance de las acciones judiciales disponibles para los ciudadanos, es patente la necesidad de delimitar con mayor precisión las atribuciones de ambos órganos, para evitar pronunciamientos contradictorios y facilitar en vez de entorpecer el derecho de los ciudadanos a accionar ante actos con los que están en desacuerdo. Esperamos que los tribunales, investidos del poder de resolver importantes conflictos de competencia, como los estudiados, están a la altura del desafío.

¹¹² Seminario “Control de Constitucional”, de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional (ACHDC), cuarta mesa “Contiendas de Competencia”, Exposición de Julio Pallavicini Magnere “Rol del Senado en contiendas de Competencia”, recuperado de <https://youtu.be/QfOvAVn6WYk> consultado el 8 de Abril 2018

BIBLIOGRAFÍA

- ACEVEDO N., E. (1996). *La toma de Razón y el Recurso de protección. (tesis de pregrado)*. Santiago : Facultad de Derecho Universidad Central .
- ACUÑA R., R. (1971). *La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALDUNATE L., E. (1999). La Protección al acecho: Consecuencias del abandono de las Reglas de Interpretación Constitucional en el ámbito del Recurso de Protección. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* , 225-242.
- ALVEAR, J. (16 de Marzo de 2017). Entre el criterio del TC y del Senado . *El Mercurio* . Recuperado el 8 de abril de 2018, de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2017/03/16/Entre-el-criterio-del-TC-y-del-Senado.aspx>
- ANDRADE G., C. (1971). *Elementos de Derecho Constitucional Chileno* (2 ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BERMUDEZ S., J. (2011). *Derecho Administrativo General* (2 ed.). Santiago: Legal Publishing Chile.
- BRAVO L., B. (1983). La Constitución de 1833. *Revista Chilena de Derecho*, 10(2), 317-319.
- CARRASCO A., M. (1858). *Comentarios sobre la Constitución política de 1833*. Santiago : Imprenta y Librería del Mercurio . Recuperado el 21 de abril de 2018, de <https://books.google.cl/books?id=3gEAAAAYAAJ&hl=es&pg=PP1#v=onepage&q&f=false>
- CÉSPEDES P., R. (2001). La fuerza vinculante de la jurisprudencia administrativa. *Revista Chilena de Derecho Público*, 28, 149-159.
- COLOMBO C., J. (2004). *La competencia* (2 ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORDERO V., L. (2010). La Jurisprudencia Administrativa en perspectiva: entre el legislador positivo y el juez activista. Comentario desde el dictámen sobre la píldora del día después. *Anuario de Derecho Público UDP*, 1, 165-188.
- CORDERO V., L. (1 de Octubre de 2012). Sobre la lógica del control judicial de la Administración. *El Mercurio*. Recuperado el 20 de Marzo de 2018, de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/10/01/Sobre-la-logica-del-control-judicial-de-la-Administracion.aspx>
- CORDERO V., L. (2015). Las Contendas de Competencia en el Tribunal Constitucional tras la Reforma de 2005. *Revista de Derecho Público*, 72 , 153-166.
- CORDERO V., L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORDERO V., L. (2016). La Contraloría General de la República y la Toma de Razón:

- fundamento de cuatro falacias. *Revista de Derecho Público*, 69, 153-166.
- DANIEL A., M. (1985). *La Organización Administrativa en Chile* (2 ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DANIEL A., M. (1985). *La Organización Administrativa en Chile* (2 ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ESCRICHE, J. (1863). *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia* . París : Librería de Rosa y Bouret .
- FLORES R., J. (2016). Límites Constitucionales de las Facultades Interpretativas de los organismos de la Administración. *Revista de Derecho Público*, 69, 60-84.
- GARCÍA DE ENTERRÍA , E., & FERNANDEZ , T. (2011). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I.* (15 ed.). Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNANDEZ , T. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (12 ed.). Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GEPP M., I., & MUÑOZ B., A. (2013). *Potestad Dictaminadora de la Contraloría General de la República. (Tesis de pregrado)*. Santiago : Facultad de Derecho Universidad de Chile .
- GUERRA, J. (1929). *La Constitución de 1925.* (Anales de la Universidad de Chile ed.). Santiago: Establecimientos gráficos Balcells y. Recuperado el 20 de abril de 2018, de <http://libros.uchile.cl/597>
- HUNEEUS Z., J. (1891). *Obras de Don Jorge Huneeus. La constitución ante el Congreso* . Santiago : Imprenta Cervantes .
- MARIENHOFF, M. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* . Buenos Aires : Editorial Abeledo-Perrot .
- MONTANO C., C. (2001). *Facultades Jurisdiccionales del Senado. (Tesis de pregrado)*. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Talca.
- MONTESQUIEU. (1906). *El Espíritu de las Leyes.* (S. G. Mazo, Trad.) Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- NAVARRO B., E. (2012). Jurisprudencia Constitucional en Materia de Control de Legalidad (Toma de razón y potestad dictaminante) de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* , 431-446.
- NAVARRO B., E. (2013). Bases constitucionales de la toma de razón y de la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República. *Revista de Derecho Público*, 78, 97-115.
- OLGUÍN R., A. (2000). *Estudio de las contiendas de competencia promovidas por la Contraloría General ante el Senado de la República. (Tesis de pregrado)*. Santiago:

Facultad de Derecho Universidad de Chile.

- PALLAVICINI, J. (15 de Marzo de 2017). La aparente contienda de competencia de la Contraloría en el Senado . *El Mercurio* . Obtenido de <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2017/03/15/La-aparente-contienda-de-competencia-de-la-Contraloria-en-el-Senado.aspx>
- PANTOJA B., R. (1987). *Bases Generales de la Administración del Estado* . Santiago: Ediar-ConoSur .
- PEREIRA A., H. (1993). *Curso de Derecho Procesal*. Santiago : Editorial ConoSur.
- RAVEAU, R. (1939). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Chileno y Comparado* (2 ed.). Santiago: Editorial Nascimento.
- REYES E., I., & VALLET E., C. (2016). *Jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República: Breve Análisis Descriptivo (Tesis de pregrado)* . Santiago : Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- RÍOS A., L. (1994). Contiendas de Competencia. *Gaceta Jurídica* (168), 7-11.
- RIVERO HURTADO, R. M. (2019). La tutela meramente declarativa o de mera certeza y su reconocimiento en el sistema procesal chileno. *Ius et Praxis*, 25, 89-130.
- ROMÁN C., C. (2018). Dictámenes de la Contraloría General de la República y acción declarativa de mera certeza. En *Sentencias destacadas 2017: una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas* (págs. 389-434). Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo.
- ROMERO S., A. (2006). *Curso de Derecho Procesal Civil* . Santiago : Editorial Jurídica de Chile .
- ROMERO SEGUEL, A. (2006). *Curso de Derecho Procesal Civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SAAVEDRA R., K. (2012). *El Consejo de Estado y la Reforma Constitucional Constituyente de 1874: 1874-1906. (Tesis de Magíster)* . Santiago : Facultad de Derecho Universidad de Chile .
- SANTAMARÍA P., J. A. (1984). La teoría del órgano en el Derecho Administrativo. *Revista española de Derecho Administrativo*(40-41), 43-86.
- SANTAMARÍA P., J. (1991). *Fundamentos de Derecho Administrativo* . Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramón Arces .
- SANTAMARÍA P., J. (1998). *Principios de Derecho Administrativo* . Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramón Arces. .
- SILVA B., A. (1963). *Tratado de Derecho Constitucional*. Santiago : Editorial Jurídica de Chile
- SILVA B., A. (2000). *Tratado de Derecho Constitucional* (2 ed.). Santiago: Editorial Jurídica

de Chile.

- SOTO K., E. (1974). La Competencia Contencioso-Administrativa de los Tribunales Ordinarios de Justicia. *Revista Chilena de Derecho*, 1 (3-4), 349-359.
- SOTO K., E. (2012). *Derecho Administrativo Temas Fundamentales* (3 ed.). Santiago : Legal Publishing Chile .
- SOTO K., E. (2017). La acción declarativa de mera certeza frente a la administración del Estado. *Ius Publicum*, 19(38), 95-114.
- VALDIVIA, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo* . Valencia: Tirant Lo Blanch .
- VALPUESTA, R., & PÉREZ , P. (2013). *Repertorio de Jurisprudencia Administrativa de la ley 19.889, "Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado"*. (Tesis de pregrado). Santiago : Facultad de Derecho Universidad de Chile .
- VERGARA B., A. (10 de Agosto de 2018). La acción de "mera certeza" no da origen a un verdadero contencioso administrativo. Reciente aporte de la CGR, TC y el Senado al derecho administrativo. *El Mercurio* . Recuperado el 10 de Diciembre de 2018, de <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/08/10/La-accion-de-mera-certeza-no-da-origen-a-un-verdadero-contencioso-administrativo-Reciente-aporte-de-la-CGR-el-TC-y-el-Senado-al-derecho-administrativo.aspx>
- VERGARA B., A., & ZÚÑIGA U. , F. (2008). Contrapunto sobre el rol de la Contraloría General de la República. *Revista chilena de Derecho*, 78, 393-398.
- ZAPATA, P. (14 de Marzo de 2017). La Contienda. *La Tercera*. Recuperado el 7 de abril de 2018, de <https://www.latercera.com/voces/la-contienda/>
- ZÚÑIGA U., F. (2017). Contendias de Competencia de la Contraloría General de la República y los Tribunales del Poder Judicial. Análisis de un caso de activismo judicial y de activismo contralor. *Derecho Público Iberoamericano*, 11, 193-209.

LEYES E INFORMES CITADOS

Leyes

- Decreto 100. *Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile*. Ministro Secretaría General de la Presidencia. (Diario Oficial de Chile. 22 de septiembre de 2005)
- DFL 1. *Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. (Diario Oficial de Chile, 17 de noviembre de 2001)
- Ley 19.880. *Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los*

órganos de la Administración del Estado. Ministerio Secretaría General de la Presidencia (Diario Oficial de Chile, 29 de mayo de 2003)

DFL 1. Fija el texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ministerio del Interior. (Diario Oficial de Chile, 26 de Julio de 2016)

DFL 1. Fija el texto Refundido, Coordinado, Sistematizado y Actualizado de la ley 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración regional. Ministerio del Interior. (Diario Oficial de Chile, 8 de noviembre de 2005)

DFL 29. *Fija Texto refundido, Coordinado de la ley 18.834, sobre estatuto Administrativo. Ministerio de Hacienda.* (Diario Oficial de Chile, 16 de marzo de 2015)

Ley 20.424. Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional. Ministerio de Defensa Nacional. (Diario Oficial de Chile, 4 de febrero de 2010)

Ley 18.993. *Crea Ministerio Secretaria General de la Presidencia de la República.* Ministerio del Interior. (Diario Oficial de Chile, 21 de agosto de 1990)

Ley s/n. *Constitución Política de la República de Chile.* 25 de mayo de 1833.

Ley s/n. *Constitución Política de la República de Chile.* Ministerio del Interior. 18 de septiembre de 1925.

Decreto 2421. Fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de Contraloría General de la República. Ministerio de Hacienda. (Diario Oficial de Chile, 10 julio de 1964)

Ley 18.458. Establece régimen previsional del personal de la Defensa Nacional que indica. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. (Diario Oficial de Chile, 11 de noviembre de 1985)

DFL 31. Fija Ley Orgánica por la que se regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional. Ministerio de Defensa Nacional. (Diario Oficial de Chile, 18 de Abril de 1953)

Ley 17.997. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Ministerio de Justicia. (Diario Oficial de Chile, 19 de mayo de 1981)

Actas

Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Recuperado de

<https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980>

Junta de Gobierno. Acta n°48/88-E. 12 de enero de 1989

Historia de la ley 20050. < <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/6131/>>

Sentencias

Tribunal Constitucional, Rol N°2246-12, 31 de enero de 2013.

Tribunal Constitucional, Rol N°3283-16, 18 de enero de 2017

29ª Juzgado Civil de Santiago, , Rol N° C-25213-16, 19 de octubre 2016

29ª Juzgado Civil de Santiago, Rol N°4017-2012, 18 de marzo 2016

Corte de Apelaciones, Rol N° 4049-2016, 9 de octubre 2016

Corte Suprema. Rol N° 2791-12. 3 de julio de 2012.

Informes

Boletín N° S 1.913-03. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. 6 de diciembre de 2017.

Boletín S 164-03 y Boletín S 148-03. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. 28 de julio de 1994.

Boletín S 170-03. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. 26 de abril de 1995.

Boletín S 315-03. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. 15 de abril de 1998.

Boletín S 377-03. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. 20 de abril de 1998.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de los Estados Americanos. Resoluciones relativas a casos individuales. Resolución n°11/85. Caso n°9269. 5 de marzo de 1985. Recuperado de <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Chile9269.htm>> [Consulta 3 de abril de 2018)

Diarios de sesiones del Senado

Diario de Sesiones del Senado, Sesión 86ª, 6 de enero 2018.

Diario de Sesiones del Senado, Sesión 87ª, 6 de enero de 2018.

Diario de Sesiones del Senado, Sesión 25ª, 21 de marzo de 2000

Diario de Sesiones del Senado, Sesión 37ª, 5 de mayo de 1999
Diario de Sesiones del Senado, Sesión 38ª, 11 de mayo de 1999
Diario de Sesiones del Senado, Sesión 40ª, 18 de mayo de 1999
Diario de Sesiones del Senado, Sesión 10ª, 22 de abril de 1998
Diario de Sesiones del Senado, Sesión 11ª, 5 de mayo de 1998.
Diario de Sesiones del Senado. Sesión 2ª. 30 de mayo de 1995
Diario de Sesiones del Senado. Sesión 3ª. 31 de mayo de 1995
Diario de Sesiones del Senado. Sesión 4ª, 9 de junio de 1995.
Diario de Sesiones del Senado. Sesión 4ª, 11 de octubre de 1994.
Diario de Sesiones del Senado. Sesión 14ª, 9 de noviembre de 1994.

Oficios y Dictámenes

Contraloría General de la República. Oficio 018658. 26 de mayo de 1994.
Contraloría General de la República. Oficio 030236. 9 de noviembre de 1993.
Contraloría General de la República. Oficio 023302. 6 de julio de 1994.
Contraloría General de la República. Oficio 037994. 18 de noviembre de 1997.
Contraloría General de la República. Oficio 04604. 8 de febrero de 1998.
Contraloría General de la República. Oficio 2591. 25 de enero de 2000.
Contraloría General de la república. Dictamen n° 01556. 25 octubre 2000
Contraloría General de la república. Dictamen n° 6.862 .5 de febrero 2010