

Tesina Carrera de Derecho

Valparaíso-Chile

Enero 2019

**LA ACCIÓN DECLARATIVA DE MERA CERTEZA COMO RECURSO
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**



Profesor guía: Juan Carlos Ferrada B.

Autor: Aldo Rivera Quiñones

Índice

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I: ACCIONES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVAS	6
1.- ¿En qué consisten las acciones contencioso-administrativas?.....	6
2.- ¿Cuáles son los criterios que permiten identificar las acciones contencioso-administrativas?.....	6
2.1.- Los presupuestos de la acción contencioso-administrativa.....	6
2.1.1.- La jurisdicción contencioso-administrativa.....	7
2.1.2.- Las partes de la acción contencioso-administrativa.....	9
2.1.3.- El acto administrativo.....	10
2.1.4.- La acción contencioso-administrativa.....	10
2.1.4.1.- El fin perseguido por la acción contencioso-administrativa.....	11
2.1.4.1.1 La distinción francesa de las acciones contencioso-administrativas.....	12
2.1.4.1.2 La tendencia subjetiva del sistema alemán.....	14
2.1.4.1.3 El sistema mixto en Italia.....	16
3. El impacto del contencioso-administrativo comparado europeo en el sistema contencioso-administrativo chileno.....	17
3.1 A partir de la Constitución Política de la República de 1980.....	18
3.2 La postura subjetiva chilena.....	18
CAPÍTULO II: La acción declarativa de mera certeza.....	20
1. ¿En qué consiste la acción declarativa de mera certeza?.....	20
2. Características comunes de las acciones meramente declarativas.....	23

3. ¿Cuáles son los elementos que distinguen a la acción de mera certeza como acción contencioso-administrativa?.....	24
3.1 Fundamento normativo y objetivo procesal.....	24
3.2 Una modelación jurisprudencial.....	25
4. La acción declarativa de mera certeza en ámbitos especiales.....	28
4.1 En materia Tributaria y Aduanera.....	28
4.2 En materia laboral.....	30
5. ¿La acción declarativa de mera certeza y el recurso de interpretación francés?.....	32
5.1 La distinción entre la vía prejudicial y la vía directa del recurso de interpretación francés...32	
5.2 La consagración expresa del recurso directo de interpretación francés en materia de contrato de concesión de obra pública.....	34
5.3 Requisitos del recurso directo de interpretación francés.....	35
5.4 La procedencia de la aplicación de los requisitos de las acciones contencioso-administrativas.....	37
CAPÍTULO III: La acción de mera certeza como mecanismo acción contencioso-administrativo y los conflictos interpretativos y las contiendas de competencia.....	38
1. Conflictos interpretativos.....	38
1.1. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia.....	38
2. Las contiendas de competencia generadas a partir del ejercicio de la acción de mera certeza.....	42
2.1 Contraloría General de la República con 29° Juzgado Civil de Santiago.....	43

2.2 Contraloría General de la República con Corte Suprema.....	47
Conclusiones.....	52
BIBLIOGRAFÍA	53

RESUMEN

El siguiente trabajo busca dilucidar la existencia y configuración de un contencioso directo de interpretación a partir de la existencia práctica de la denominada acción declarativa de mera certeza, que presenta aspectos y requisitos para su procedencia similares a los referidos al recurso directo de interpretación elaborado por la doctrina francesa y presente en dicho ordenamiento jurídico. Así, se revisará en el primer capítulo la teoría del recurso contencioso-administrativo a nivel comparado, enseguida en el segundo capítulo la teoría de la acción declarativa de mera certeza como acción procesal. Finalmente, se presentarán problemas jurídicos vinculados a dicha acción como mecanismo contencioso-administrativo, para concluir su plena procedencia como recurso contencioso-administrativo de interpretación.

Palabras clave: recurso - contencioso-administrativo - acción declarativa – interpretación - contienda.

INTRODUCCIÓN

El sistema de recursos contencioso administrativo chileno, se constituye como un objeto de estudio, por supuesto, del derecho administrativo, desde diferentes ópticas, ya sea dogmática, jurisprudencial o desde el punto de vista de su origen comparado.

Es innegable la influencia que ha tenido el derecho administrativo francés, con sus diferentes instituciones en nuestro ordenamiento jurídico, lo que permite afirmar, sin mayor reflexión, que un estudio acabado de este, desde un espectro de conocimiento acotado, permite una mejor comprensión de los diferentes sistemas que configuran la organización de nuestra Administración del Estado, y de nuestro sistema de justicia administrativa.

La recogida por diferentes autores, de los conceptos jurídicos enarbolados por los juristas galos, en lo concerniente, al contencioso-administrativo y reconocidas por nuestra doctrina más

tradicional en un primer momento, desde un punto de vista teórico, y después llevado a la práctica por nuestros Tribunales Superiores de Justicia, con el magnánimo aporte del profesor Pedro Pierry, durante su período como Ministro de la Excma. Corte Suprema, y la aplicación de las categorías de las acciones o recursos contencioso administrativos franceses, constituye por supuesto, un tema de estudio fascinante, pues, como el mismo afirmaría: “Esta limitación del poder de la Administración conforma al principio de la legalidad, cuya afirmación caracteriza al Estado de Derecho. Está además en directa relación con la libertad individual de los administrados; la que estará mejor protegida en la medida que los particulares dispongan de mejores vías para hacer controlar la observancia de la ley por la autoridad” (Pierry, 1980: p. 240).

Debido a lo anterior, es que este trabajo plantea una hipótesis de estudio a través de la siguiente interrogante ¿existe una acción declarativa de mera certeza de carácter interpretativo en el ordenamiento jurídico chileno y es posible concebir esta en la categoría de recurso contencioso administrativo de interpretación en base a lo elaborado por la doctrina francesa en la materia?

Para abarcar la interrogante planteada, haré una revisión de la doctrina en materia de recursos contencioso-administrativo a nivel comparado y nacional, además de la revisión de la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia referida a la acción declarativa de mera certeza, y finalmente una revisión de cómo ha sido utilizada dicha acción como recurso contencioso-administrativo, y los problemas que se han planteado a partir de dicha práctica jurídica.

Así, la estructura del trabajo asumirá la siguiente forma: en el primer capítulo se revisará la teoría del recurso contencioso-administrativo. En el segundo capítulo se hará un examen de la acción declarativa de mera certeza como categoría procesal, con especial énfasis en sus requisitos de procedencia. Y finalmente en el tercer capítulo se abordarán los problemas que se han desarrollado en nuestro medio jurídico a partir de la utilización de dicha acción como recurso contencioso-administrativo.

Abreviaturas

CPR: Constitución Política de la República

CT: Código Tributario

ODA: Ordenanza de Aduanas

LBPA: Ley de Bases de Procedimiento Administrativo

CAPÍTULO I: Acciones contencioso-administrativas

1. ¿En qué consisten las acciones contencioso-administrativas?

La Doctrina administrativa, conceptualiza a las acciones contencioso-administrativas, entendiéndolas como “los medios jurídicos puestos a disposición de las pretensiones de los administrados para obtener una satisfacción por medio de un pronunciamiento jurisdiccional de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa” (Brewer, 1965: p. 110)

Fundado desde una óptica de la revisión de la legalidad, Sarria las ha definido en orden a su composición, afirmando que “el recurso contencioso-administrativo se compone de todas las reclamaciones fundadas sobre la violación de las obligaciones impuestas a la Administración por las leyes y reglamentos que la rigen o por los contratos que ella suscribe” (Sarria, 1943: p. 112)

Asimismo, se les identifica a raíz de su distinción respecto de los recursos administrativos como “aquellos que se interponen ante un juez y concluyen en una sentencia” (Vedel, 1980: p. 371)

En Chile, Silva Cimma las entiende como “la facultad que se concede a los administrados de reclamar ante un tribunal cuando sus derechos han sido lesionados por un acto de la Administración, con el objeto de obtener la revisión del acto impugnado”. (Silva, 1994: p. 188)

2. ¿Cuáles son los criterios que permiten identificar las acciones contencioso-administrativas?

Contestar una pregunta de esta índole, supone referirnos a determinadas características que tienen las acciones contencioso-administrativas, las cuáles, por supuesto, pueden ser compartidas por otro de tipo de acciones. Pero la índole de esta tarea tiene por objetivo,

establecer un deslinde claro respecto del resto de las acciones civiles o penales, que el ordenamiento jurídico reconozca.

2.1 Los presupuestos de la acción contencioso-administrativa

Me referiré al término presupuesto, en un sentido estrictamente elaborado desde el derecho procesal, y por el cuál entenderé siguiendo a Núñez: “preexistencia de un supuesto necesario para el desarrollo o ejecución de un trámite” (Núñez, p. 148, 1994)

2.1.1 La Jurisdicción contencioso-administrativa

Explicar el presupuesto referido a la jurisdicción, requiere como antecedente, recalcar la diferencia que existe en el ejercicio de la jurisdicción respecto de otros poderes del Estado.

Por supuesto, la naturaleza de esta función se distingue inmediatamente de la que compone el ejercicio del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo en un Estado de Derecho.

Así, nos daremos cuenta de que el ejercicio del Poder Legislativo siempre supondrá la introducción de normas al ordenamiento jurídico, lo que le da un permanente carácter innovador a su función, que encuentra por supuesto su propio fundamento en el mismo conjunto de normas que le permiten ejercer dicha potestad. Sin embargo, en el caso del ejercicio de los otros dos poderes, a saber, el ejecutivo y judicial, nos encontramos con una nota particular respecto de su aplicación, y es que aquellos nunca crean derecho, sino que hacen aplicación de las normas que se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico (González, 1957: p. 35)

Y esto es clave, para entender la configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa, porque si entendemos que la resolución de conflictos en el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado no es ni comparable al ejercicio que realiza el ejecutivo a través de sus actos de gobierno o a través de la Administración del Estado, sino que en un margen de independencia e imparcialidad para el juzgamiento de los asuntos de relevancia jurídica, nos encontraremos ante el verdadero ejercicio de la función jurisdiccional (González, 1957: p. 36)

Sin embargo, lo anterior me lleva necesariamente a especificar que órgano podrá ser competente para el establecimiento efectivo de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En ese sentido, la doctrina distingue tres tipos de sistemas, con miras a consagrar el conocimiento de un asunto de naturaleza contencioso-administrativa (Altamira, 1962: p. 57), respecto de los cuáles haré una sucinta revisión.

Comenzaré con el sistema de más antigua data, y que denominaremos sistema clásico, dada su influencia en los diferentes sistemas comparados del orbe mundial, y el cual hunde sus raíces en el sistema jurídico francés.

Así, en este sistema contencioso-administrativo, el conocimiento de los conflictos se radica en órganos que forman parte de la Administración, pero los cuáles, tienen una naturaleza distinta u especial, y que les otorga independencia respecto de esta última.

En ese sentido la doctrina administrativista gala, más autorizada, se ha referido al carácter administrativo de la jurisdicción, poniendo el foco del deslinde en el órgano que conocerá del asunto y en el carácter que revisten las decisiones emanadas de dicho órgano (Vedel, 1980: pp. 369-370)

Al momento de zanjar la pertenencia o no del ejercicio de un determinado poder jurisdiccional por parte de un órgano que ostente dicha potestad, se presentarán distintas hipótesis.

Por una parte, nos encontraremos con órganos, que, según la misma doctrina francesa, son complejos de encuadrar en la categoría del orden judicial u administrativo, por ejemplo, el Alto Tribunal de Justicia o el Tribunal Superior de Arbitraje en Materia de conflictos de trabajo.

Sin embargo, en la generalidad de los casos, dicho deslinde será claro, y se afirmará la pertenencia a un determinado orden (judicial o administrativo) en relación con el sometimiento de un determinado recurso¹ al conocimiento del Consejo de Estado (o una determinada jurisdicción que arranque su competencia por pertenencia a aquel) o a contrario sensu, al conocimiento del llamado Tribunal de Casación. (Vedel, 1980: p. 369)

Ahora, en caso de que no hubiera claridad en cuál es el órgano competente para conocer de un determinado recurso, tanto el Tribunal de Casación como el Consejo de Estado, ha adoptado criterios para establecer el ámbito de su competencia.

¹ Se utiliza la expresión recurso por ser la dominante en el sistema contencioso-administrativo francés.

De esta manera, entraremos a distinguir en base a la composición de la jurisdicción considerada (pensiones, daños de guerra), en el procedimiento seguido (según tenga inspiración en el procedimiento administrativo o judicial) y en la índole del conflicto, en atención a si aquel se relaciona con la aplicación del Derecho Público o Privado (Vedel, 1980: p. 370).

Este sistema que encuentra sus máximos exponentes en los casos de Inglaterra y los Estados Unidos de América, y supone que el conocimiento de las acciones contencioso-administrativas será entregado al conocimiento de los tribunales que forman parte del Poder Judicial, o así dicho, a los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Ya Dicey, señalaba que la no existencia de un verdadero cuerpo de derecho administrativo, y su confianza ciega en la doctrina del “*rule of law*”, y en conjunto con la fuerza que suponía la larga data de las instituciones jurídicas inglesas, llevaron a sostener que el conocimiento de las acciones impetradas por los particulares respecto de actos u omisiones ilegales por parte de la Administración deberían ser sometidas al régimen del derecho común, y, por lo tanto, su conocimiento correspondería a la jurisdicción ordinaria (González, 1957: p. 367, 1957)².

Similar tradición se ha seguido en los Estados Unidos de América, donde desde el comienzo, el control de la actividad administrativa estuvo en el Poder Judicial, en concordancia con lo establecido por la Constitución de Filadelfia. Así, es que el comienzo de dicho sistema solo concebía la interposición de acciones ordinarias en contra de la Administración, y de los llamados *wrist* en contra de funcionarios públicos, debido a que el Estado, siguiendo una vieja tradición feudal, no podía ser juzgado por sus mismos Tribunales o Cortes (Tristán, 1951: p. 75).

La explicación de este sistema para configurar el contencioso-administrativo, supone encontrarnos en un camino o ruta intermedia entre los dos sistemas a los que ya di explicación (Tristán, 1951: p. 82). Así, esta organización para juzgar los actos de la Administración se concibe en términos de que el conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos se entregan para su conocimiento y fallo a tribunales administrativos especiales, y en base al llamado principio de especialización, tendrán absoluta independencia respecto del poder ejecutivo y judicial, tanto desde un punto de vista formal como constitucional (Núñez, p. 152, 1994).

² En ese sentido ver la crítica de Robson “*Justice and administrative Law*”

2.1.2 Las partes de la acción contencioso-administrativa

Al momento de hacer mención o identificar a las partes de la relación jurídico-procesal que se traba al momento de accionar por la vía contencioso-administrativa, siempre nos encontraremos con que dichas acciones son dirigidas contra la Administración u contra alguna entidad administrativa (Sarría, 1943: p. 119).

En ese sentido, siempre será la Administración, la persona jurídica que será objeto de los efectos de una determinada sentencia judicial que reforme o declare nulo un determinado acto administrativo.

Sin embargo, no siempre nos encontraremos con que quién acciona en contra de la Administración sea un particular, si no que podría tratarse de un órgano distinto que forma parte del Estado.

2.1.3 El acto administrativo

Se coloca como presupuesto objetivo, para accionar a través del recurso contencioso-administrativo, la expresión de voluntad manifestada por la Administración del Estado, y respecto de la cual se formulará la pretensión que se constituye como objeto del proceso contencioso-administrativo (González, 1957: p. 355)

2.1.4 La acción contencioso-administrativa

La pretensión procesal administrativa, se constituye como una condición sine qua non, al momento de configurar el objeto del contencioso-administrativo. La influencia francesa en la materia es contundente, y ha establecido que solo se configurara el contencioso administrativo si un particular realiza una determinada petición a un órgano jurisdiccional administrativo, frente a una persona distinta del autor de una determinada declaración (González, 1955: p. 323)

Dicha petición, que se solicita al órgano jurisdiccional, configura lo que se conoce como el recurso contencioso-administrativo.

La doctrina en este sentido examina dos importantes ámbitos, para poder considerar la acción contencioso-administrativa como la pretensión procesal administrativa.

El primero es el rol que juega el principio inquisitivo en la materia, debido a que si el Tribunal extiende su análisis de la acción a ámbitos que exceden las alegaciones deducidas en

juicio por las partes, rompe con la afirmación referida a la pretensión como el objeto de la acción.

Enseguida, y desde la óptica francesa, se ha afirmado que el objeto de la pretensión de la acción contencioso-administrativa, vendría siendo el acto administrativo contra el cuál se dirige dicha acción. Lo anterior, por cierto, no es del todo válido, sino que el acto administrativo sería una especie de primer índice, pero no vincula al Tribunal que conocerá del asunto, en términos de un análisis exhaustivo del mismo, sino que solo hasta lo que requiera la pretensión deducida por el actor (González, 1955: p. 324-325)

En España, Parejo explica que la pretensión procesal que configura el objeto del proceso en el contencioso-administrativo, no se agota o limita a los actos administrativos que se impugnan o a la actividad material o inactividad por parte de la Administración, sino que cuanto los intereses y derechos que se busca resguardar mediante el ejercicio de la acción se conectan o encuentran su relación con la actuación de la Administración Pública (Parejo, 2011: p. 623).

De similar manera, dicho autor ha señalado que el objeto del recurso contencioso administrativo “es una específica combinación de pretensiones articuladas sobre la base de una determinada situación jurídica en la que se encuentra el actor o demandante y uno o varios actos o disposiciones, una inactividad o una o varias actuaciones materiales constitutivas de la vía de hecho del poder público” (Parejo, 2011: p. 641)

2.1.4.1 El fin perseguido por la acción contencioso-administrativa

Se ha querido distinguir a las acciones contencioso-administrativas, a partir de un criterio construido sobre la base de que finalidad u objeto perseguirían, lo que ha llevado a la doctrina a la elaboración de un sistema objetivo o subjetivo para diferenciar dichas acciones, sobre la base de si tienen por finalidad la regularidad del acto o la protección de un derecho subjetivo o interés. (Ferrada, 2012: p. 105).

La distinción planteada, supondrá que en el caso de que nos encontremos en que la finalidad perseguida por la acción contencioso-administrativa estribe o apunte hacia la verificación del cumplimiento del bloque de legalidad en el que debe necesariamente encuadrarse la actividad administrativa, las facultades del juez para conocer de la materia solo podrán ceñirse a la estricta revisión de dicho bloque (Ferrada, 2012: p. 105).

En cambio, si el objetivo u finalidad que se solicita a la jurisdicción contencioso-administrativa radica en solicitar tutela judicial respecto de una determinada posición subjetiva, manifestada ya en un derecho subjetivo o interés legítimo, respecto del cual se requiera dar protección, nos encontraremos en presencia del sistema subjetivo (Ferrada, 2012: p. 105).

Profundizando en esta distinción, se puede observar que la cuestión culmine se encuentra en la extensión de los poderes del juez que conoce de la acción contencioso-administrativa, y así, como ha señalado Gordillo, nos encontraremos en dos hipótesis que diferirán, en una de las cuáles el juez podrá ejercer su jurisdicción plena respecto del objeto del proceso, y en otra solo podrá pronunciarse de manera acotada respecto de la ilegalidad o no de un determinado acto administrativo (Gordillo, 1984: pp. 759-760).

También se puede señalar que la cuestión que actualmente se encuentra en disputa o discusión, es el alcance de los poderes del juez, lo cual determinará necesariamente las condiciones respecto de las cuáles el demandante podrá encontrar el triunfo de su pretensión procesal vertida en su demanda y recogida en la sentencia (Valdivia, 2017: p. 20).

2.1.4.1.1 La distinción francesa de las acciones contencioso-administrativas

La doctrina francesa en la materia ha sostenido que, a partir de la naturaleza del contencioso, la misión y poderes del juez son diferentes (Vedel, p. 380, 1980).

Así, podemos identificar, cuatro ramas del contencioso-administrativo en el sistema francés, respecto a la cuál es obligación realizar una breve explicación.

Por una parte, encontramos el contencioso de nulidad. En relación con este, se le atribuye un doble objetivo, ya que a través de dicho mecanismo contencioso-administrativo, se busca proteger a los administrados contra las actuaciones u omisiones arbitrarias desplegadas por la Administración del Estado, además de servir como medio para asegurar el control de legalidad de los actos realizados por la misma (Bermúdez, 2014: p. 537).

El rol que ha juzgado este mecanismo contencioso-administrativo, lo ha llevado a recibir la denominación de “recurso por exceso de poder”.

En ese sentido, en caso de que el juez considere que se ha dictado un determinado acto administrativo, en el cuál concurra alguna ilegalidad (por ejemplo, incompetencia, vicio de forma,

desviación de poder, violación de ley) solo podrá anular en todo o en parte el acto atacado (Vedel, 1980: p. 462).

Resulta relevante precisar, que el acto impugnado, debe ser de necesariamente una decisión ejecutiva, lo que trae como consecuencia la impugnación de un acto administrativo unilateral, no siendo procedente este recurso, respecto de un contrato administrativo.

Ahora, en el caso del contencioso de plena jurisdicción, su objetivo es tutelar el derecho subjetivo, el cuál ha sido adquirido por el administrado y que proviene directamente de la ley (entendiendo está en su sentido lato, ley, reglamento, ordenanza, decreto), además del que proviene del contrato administrativo.

Así, podemos establecer que la competencia del juez en este recurso abarca tanto el control de legalidad en relación con el acto impugnado, como el que pueda ser entendida a modo de una instancia declarativa de derechos, que operará a favor o en contra del Administrado (Barnes, 1993: p. 311).

Continuando con la clasificación enunciada, podemos encontrar también el llamado contencioso de interpretación, el cual tiene “por finalidad que el juez declare la forma en que debe entenderse una norma o un acto administrativo” (Bermúdez, 2014: p. 541).

Dicho recurso, ha estado o se encuentra directamente vinculado a un determinado momento procesal, que se ha enfocado principalmente a cuestiones prejudiciales (Brewer, 1965: p. 111).

Lo anterior, viene a radicar la extensión de los poderes del juez, por lo menos, en cuestiones prejudiciales, a declarar simplemente el sentido de un determinado acto administrativo, a saber, si aquel se ajusta o no la legalidad del ordenamiento jurídico, lo cual obsta, a que pueda anularlo, lo cual es una competencia, como señalamos, privativa del juez del contencioso de anulación (Vedel, 1980: pp. 383-384).

Sin embargo, también existe en el sistema contencioso-administrativo francés, el denominado recurso directo de interpretación, el cual no se encuentra anclado en una cuestión prejudicial, sino que quien interpone dicha acción, tiene como pretensión, fijar sin más, el sentido de un acto administrativo (Vedel, 1980: pp. 384-385).

La procedencia de dicho recurso no es privativa de los actos administrativos, sino que también encuentra manifestación al momento de celebrar un contrato administrativo, en ese sentido, tanto la actuación formal unilateral de la administración, como su actuación bilateral, se encuentran cubiertas.

Ahora bien, lo anterior es una nota distintiva del recurso de nulidad o por exceso de poder, el cuál según revisamos procede solo en contra de actos unilaterales de la Administración.

Finalmente, el derecho francés contempla el denominado contencioso de represión.

En esta categoría de contencioso, la competencia del juez se encuentra en lo que se conoce como causa de las infracciones a las grandes vías de comunicación, es decir, ciertas actuaciones que generan determinadas consecuencias perjudiciales, ya sea de manera voluntaria o involuntaria, al dominio público (Vedel, 1980: p. 386).

Actualmente se entiende que las medidas disciplinarias en Francia no dependen de los agentes públicos, sino que recaen para su dictación en la Administración activa, y se transforman en verdaderas decisiones ejecutorias (Vedel, 1980: p. 386).

Así, encontraremos el contencioso de represión manifestado, por ejemplo, en los Consejos de Colegios de Profesionales, que imponen una sanción disciplinaria, o en los Consejos Universitarios, constituyéndose aquellos como verdaderos jueces administrativos.

2.1.4.1.2 La tendencia subjetiva del sistema alemán

El sistema contencioso administrativo-alemán tiene una clara tendencia a configurarse como un sistema subjetivo de justicia administrativa.

Lo anterior, tiene un origen histórico, el cual proviene del siglo XIX, específicamente de los territorios situados al sur de la actual Alemania, y que ponían su acento en el resguardo de los derechos subjetivos del administrado (González, 1993: p. 89).

El impacto de dicho desarrollo histórico, dejó su huella en el actual artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn³, el cual, a juicio de la doctrina administrativista alemana, ha centrado como misión fundamental de toda la estructura judicial-institucional, en la protección de los

³ Artículo 19.4: *“Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios”*.

derechos del individuo, colocando en una posición, pero no menos relevante, al control objetivo de la conformidad de la actuación de la Administración con el ordenamiento jurídico (Ferrada, 2012: p. 107).

La doctrina alemana, en derecho público, expresa que posterior a la Segunda Guerra Mundial, y tras el horror de la experiencia nazi, hubo una nueva fase refundacional en el derecho público, y que expresaba una nueva imagen constitucional del hombre respecto al Estado (Wahl, 2013: p. 38), situación que tuvo un impacto directo en el sistema de acciones contencioso-administrativas que podían ser ejercidos en contra el Estado Alemán.

Así, se puede explicar el cúmulo de acciones contencioso-administrativas que reconoce el ordenamiento jurídico germánico, en relación con el párrafo establecido en el artículo 40 de la ley de jurisdicción contencioso-administrativa (Verwaltungsgerichtsordnung)⁴, el cual viene a establecer un número apertus de acciones, respecto de las cuales podrá hacer valer el particular en miras de resguardar sus derechos e intereses legítimos.

Ahora bien, dentro de la tipología de acciones contencioso-administrativas en el sistema alemán, podemos encontrar a la llamada acción impugnatoria o de anulación (anfechtungsklage) siendo “aquella que pretende la anulación de un acto administrativo de gravamen” (Bermúdez, 2014: p. 544).

Dicha acción presenta un amplio espectro de legitimación, pudiendo ser alegada por la parte que estima vulnerado uno de sus derechos, e incluso por parte de terceros, respecto de un acto que no los reconoce en la posición de tercero interesado (Barnes, 1993: p. 72)

Por otra parte, se encuentra la llamada demanda de condena a dictar un acto (verpflichtungsklage) siendo aquella acción “que tiene por finalidad condenar a la Administración a que dicte un acto administrativo” (Bermúdez, 2014: p. 545)

La acción presentada, puede operar en caso de que la Administración demuestre su negativa a la dictación de un determinado acto administrativo, como que la misma haya omitido la dictación de este, dentro de un plazo razonable (Bermúdez, 2014: p. 545).

⁴ “La jurisdicción contencioso-administrativa conoce de todos los asuntos de carácter jurídico-público que no sean de naturaleza constitucional y en tanto no estén expresamente atribuidos por la ley federal a otro orden constitucional”.

Se encontrarán legitimados para accionar a través de este mecanismo procesal, quiénes se hayan visto vulnerados en sus derechos, a consecuencia, de la omisión o negación de la dictación del acto administrativo.

También encontramos dentro de la tipología alemana de acciones, a la denominada demanda general de prestación y que la doctrina alemana entiende como aquella “acción en que se pretende la producción de cualquier prestación por parte de la Administración” (Bermúdez, 2014: p. 546).

Lo anterior, supone una doble variante para quién acciona por esta vía, pudiendo por una parte solicitar una determinada prestación, o a su vez, solicitar una abstención por parte de la Administración, respecto de una posible actuación futura de la misma.

Finalmente, se encuentra la llamada acción declarativa (*feststellungsklage*) la cuál se ha entendido por la doctrina como “aquella en la que el titular de un interés legítimo solicita la declaración sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica” (Cassagne, Gottschau y Aberastury, 2009: p. 44), y que conceptualmente tiene gran afinidad con el recurso contencioso-administrativo de interpretación francés, antes explicado.

2.1.4.1.3 El sistema mixto en Italia

Similar al origen histórico, con la unificación del reino italiano el año 1865, se puso fin a la diversidad de sistemas contencioso-administrativos que existían en dichos territorios, instaurándose un sistema estrictamente judicial, donde se discutían los derechos civiles y políticos de los administrados (Sayagués, 1959: p. 476).

Posteriormente, y con la dictación de la Constitución Italiana de 1948, el sistema contencioso-administrativo quedó conformado en una estructura bipartita, en la cual ciertos asuntos son de competencia exclusiva de los Tribunales Administrativos, y otras materias quedan encomendadas a los Tribunales Ordinarios.

Así, en el caso de que nos encontremos frente a un litigio en que es parte la Administración Pública, la cual ha vulnerado, (1) previa dictación de un acto administrativo o (2) mediante su actividad sustancial, un derecho civil o político del particular, será de competencia de los Tribunales Ordinarios pertenecientes al Poder Judicial italiano (Sayagués, 1959: p. 478).

Enseguida, al momento de determinar la competencia de los Tribunales Administrativos, debemos recurrir a un triple criterio que se ha formulado por el ordenamiento jurídico italiano, el cual distingue entre (1) jurisdicción de legitimidad, la cual conocer de la impugnación mediante recursos de los actos administrativos definitivos de la Administración, cuando concurren causales de vicio como incompetencia, exceso de poder o violación de ley, y que es producto de la violación de un interés legítimo y directo del Administrado, con miras a revertir los efectos de dichos acto (Sayagués: 1959: p. 480).

(2) La jurisdicción de mérito, revisa aquellos recursos que no solo cuestionan la legitimidad del acto impugnado, sino que también las razones de mérito o conveniencia que subyacen al mismo, como es, por ejemplo, que la Administración adopte sus decisiones conforme a los fallos de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria (Sayagués, 1959: p. 481).

(3) Finalmente, la jurisdicción exclusiva, tiene un carácter altamente excepcional, y que encuentra su cometido que en determinados casos podrá revisar o conocer los litigios en los cuales se discuten derechos subjetivos (Sayagués, 1959: p. 482).

3. El impacto del contencioso-administrativo comparado europeo en el sistema contencioso-administrativo chileno

3.1 A partir de la Constitución Política de la República de 1980

Se ha transformado ya en un lugar común, la opinión por parte de la doctrina administrativa chilena en relación con la falta de sistematicidad del cúmulo de acciones presentes en nuestro sistema contencioso-administrativo, lo cual provendría a juicio de la gran mayoría de los autores por la obsesión de tratar el problema vinculado a esclarecer la competencia de los Tribunales Especiales y Ordinarios en la materia. (Ferrada, 2012: p. 113)

Así, el problema se ha centrado, en que el administrado tenga acceso a un Tribunal, ante el cual pueda impugnar un determinado acto administrativo (Cordero, 2007: p. 153)

Al comenzar el examen del estado de la cuestión, debo advertir, que, de antaño, y desde la entrada en vigor de la Constitución Política de la República (en adelante CPR), el artículo 19 n°3 de la carta fundamental, referido a la tutela judicial, llevo a la doctrina de la época a la construcción y derivación de un sistema de acciones contencioso-administrativas.

Lo anterior, dio origen a la identificación, como señaló Fiamma, de dos nuevas acciones, la cuáles por supuesto, sin mayor desarrollo legislativo, y desprendidas directamente del derecho de acción consagrado en el artículo 19 n°3 antes mencionado, a saber, la acción de nulidad y de responsabilidad en la terminología empleada por dicho autor. (Fiamma, 1986: p. 350)

En el caso de la referida acción de nulidad, es construida por el autor a partir del artículo 7° de la CPR, específicamente su inciso final, que establecería a juicio de aquel, la nulidad de cualquier acto, dictado en ejercicio del poder estatal, y que contravenga el principio de legalidad que rige los actos del poder público, así, se configurará la pretensión de la acción contencioso-administrativa. (Fiamma, 1986: p. 350)

Ahora, referido a la acción de responsabilidad, dicho autor expuso que, en sentido similar a la acción de nulidad, el referido derecho a la acción consagrado en el art. 19 n°3, en concordancia con el artículo 38 inciso segundo de la CPR, referido a la responsabilidad de un sujeto específico, como lo es la Administración del Estado, brotaría dicho derecho a accionar de responsabilidad en contra de esta. (Fiamma, 1989: p. 432)

Con el mismo nivel de abstracción, y con prescindencia de un procedimiento consagrado legamente para su tramitación, Soto estableció la procedencia de acciones declarativas de mera certeza, como postura doctrinal (aunque hasta el día de hoy considerada por los Tribunales de Justicia, en diferentes materias), derivando dicha posibilidad, del mismo artículo 19 n°3 de la CPR, en relación al derecho a la acción, al juez natural y otras garantías vinculadas al debido, además del artículo 73 de la carta fundamental, el cual consagra el llamado principio de inexcusabilidad de los jueces, del cual se derivaría la consecuencia jurídica, a partir de la cual, aún a falta de ley, los Tribunales de Justicia, deben dar una respuesta a las pretensiones del ciudadano (Soto, 2012: p. 757-758)

Las dos posturas mencionadas, sin embargo, son solo el punto de partida para la identificación de acciones contencioso-administrativas en nuestro sistema jurídico.

La cuestión, por supuesto, no está zanjada. Una breve exposición del actual panorama doctrina bastará para confirmar dicha situación, además, del impacto que la discusión ha tenido sobre la actual jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto.

3.2 La postura subjetiva chilena

Cordero (Eduardo), ha extraído una particular consecuencia de lo señalado en el artículo 38 inciso segundo de la CPR, al advertir que para efectos de la legitimación activa tanto de la acción de nulidad de derecho público como la de responsabilidad, ya identificadas por la doctrina aludida en párrafos precedentes, tendrían como condición la lesión de un derecho subjetivo del recurrente (Cordero, 2005: p. 414)

Junto con él, Bordalí ha recalcado la importancia del avance que han tenido en la materia, la doctrina italiana y española, la cual habría superado la distinción entre el interés legítimo y el derecho subjetivo, como pretensiones fundantes en el régimen de acciones que puede ser impetradas respecto a la actuación de la Administración, especialmente al momento de diseñar un modelo de justicia administrativa (Bordalí, 2005: p. 370), lo que sin más, en mi interpretación lo hace partícipe de un sistema subjetivo en el contencioso-administrativo chileno.

En similar sentido, Cordero Vega, ha enfatizado la conversión del sistema chileno, en relación con el objeto del proceso, desde uno objetivo, propio del sistema francés del contencioso-administrativo, hacia uno subjetivo, fundado en el diseño alemán, y que sería consecuencia de la redacción adoptada con base al artículo 38 inciso segundo de la CPR (Cordero, 2005: p. 310)

Ferrada dando un paso más en el análisis, extrajo como conclusión del artículo 38 inciso segundo de la CPR, la consagración por parte del constituyente (más o menos consciente) de un sistema subjetivo respecto al régimen de acciones consagrado en el ordenamiento jurídico chileno (Ferrada, 2012: p. 116)

Como queda en evidencia de las opiniones revisadas, solo existe una elaboración doctrinal, que intenta dar cuenta del fundamento que podrían tener las acciones contencioso-administrativas en relación con el sistema adoptado por el legislador en materia de responsabilidad del Estado.

Sin embargo, como se ha advertido recientemente, no existe claridad sobre el régimen de acciones contencioso-administrativo en Chile, por lo que, sin perjuicio de valorar el esfuerzo doctrinal por determinar cuál es la tendencia de nuestro sistema de justicia administrativa, no está claro que es lo que ciudadano puede pedir al juez, ni tampoco cuál es la extensión de este

último con miras a hacerse cargo de las pretensiones deducidas por el administrado. (Valdivia, 2017: p. 350)

CAPÍTULO II: La acción declarativa de mera certeza

1. ¿En qué consiste la acción declarativa de mera certeza?

Tradicionalmente la doctrina procesal, ha formulado una clasificación, que, con el devenir de la evolución de la ciencia jurídica, se ha constituido como la más trascendente, siendo aquella que distingue, dependiendo del tipo de tutela jurídica que se persigue, entre acciones de condena, declarativas y constitutivas. (Romero, 2006: p. 29)

En un primer momento, se distinguió, siguiendo a Calamandrei, entre lo que él llamaba providencias de cognición (o declarativas en sentido lato) de las providencias de ejecución forzada (o ejecutivas) (Calamandrei, 1943: p. 113)

Así, y para fines de lo que interesa, dentro de las providencias de cognición, se pueden encontrar tres tipos, y que el autor las identifica con las siguientes categorías: a) de declaración de mera certeza; b) constitutivas; c) de condena.

En vista de que este capítulo se refiere a la acción declarativa de mera certeza, me detendré en el particular análisis de aquella.

La doctrina procesal más clásica, la entiende como aquella que “tiene únicamente el efecto de declarar y proclamar como irrevocable la existencia (o inexistencia) de un precepto primario hasta ese momento incierto” (Calamandrei, 1943: p. 134).

Con el mismo criterio, el procesalista italiano Chiovenda, distinguía entre acciones de condena, constitutivas y de mera declaración (Chiovenda, 1936: p. 37), entendiendo por esta última, aquella que “se limita a declarar pura y simplemente la voluntad de la ley” (Chiovenda, 1936: p. 37).

Enseguida, Carnelutti siguiendo a Chiovenda, se refiere al proceso jurisdiccional de mera declaración, como aquel que existe cuando la existencia de la situación declarada por el juez es independiente de su declaración (Carnelutti, 1942: p. 55)

Ahondando en el concepto dado por Carnelutti, este señala que el proceso actúa, no sobre la existencia de la situación, sino sobre su certeza en cuanto la declaración del juez convierte la norma jurídica en un precepto relativo al caso deducido en el proceso (Carnelutti, 1942: p. 55).

Así, y de manera ilustrativa, podríamos señalar que una Empresa del Estado, según su regulación debe estar sometida a un determinado régimen de fiscalización de conformidad a las leyes sectoriales que regulan el ejercicio de su actividad económica, esta situación jurídica ha nacido ex ante, acorde a la voluntad expresada en el proceso legislativo, sin embargo, podría existir respecto a la aplicación o no de este determinado régimen legal, una situación de incertidumbre jurídica, lo cual no altera la existencia del régimen de fiscalización para dicha actividad económica, sin perjuicio, de que la sentencia que fallara la acción declarativa de mera certeza, dará termino a la situación de incertidumbre jurídica.

Lo anterior, llevo a sustentar por parte de la doctrina, que todo conflicto jurídico, que no tenga otro medio de resolución más que una sentencia judicial, admite una acción de mera declaración y el fallo de dicha pretensión por parte del Tribunal competente (Couture, 1993: p. 317).

En Chile, la doctrina procesal ha seguido a la doctrina italiana en la materia, y se ha señalado que la acción declarativa puede ser entendida como aquella que “logra que se ponga fin a un estado de incertidumbre jurídica” (Romero, 2006: p. 33).

Asimismo, Correa ha puesto el objetivo de dicha acción procesal en la declaración de un derecho o de una determinada situación jurídica que se discute (Correa, 2005: p. 32).

Si nos situamos desde el punto de vista del origen de dicha acción, habrá que advertir, obligatoriamente, que su fuente de nacimiento es netamente jurisprudencial, y que se ha cimentado sobre determinados preceptos constitucionales y legales, y que, a partir de aquellos, han sido los propios Tribunales de Justicia quiénes han ido estableciendo los criterios para su procedencia (Soto, 2012: p. 753).

Ahora, no es una cuestión privativa de la configuración que ha tenido este medio procesal en el ordenamiento jurídico chileno, sino que ya de antaño se ha encontrado presente, por ejemplo, en el sistema procesal español.

Así, en el sistema comparado hispano, la doctrina afirma que nos encontrábamos frente a una construcción jurisprudencial realizada a partir de los principios generales del Derecho (Ortells, 2005: p. 49).

Se ha situado el punto de partida del reconocimiento de dicha acción procesal, en la sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 22 de septiembre de 1944, la cual, para lo que nos interesa en este punto, afirmó que: “aparte de contar con singulares aplicaciones, ya que no con una construcción sistemática, en nuestro vigente ordenamiento procesal, está plenamente admitida por la doctrina científica y jurisprudencial, a condición, claro es, de que los particulares casos esté su utilización justificada por una necesidad de protección jurídica” (Ortells, 2005: p. 49).

Como similar punto de apoyo, es posible referirnos someramente, a lo dicho por el Tribunal Constitucional español, el cuál desprendiendo como consecuencia de la disposición constitucional contenida en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que establece la cláusula de la tutela judicial efectiva, no puede impedirse el ejercicio de acciones meramente declarativas, en atención a que dicha disposición constitucional otorga una tutela amplia a todo tipo de derecho subjetivo o interés legítimo presentado ante un Tribunal de Justicia.⁵

Sin embargo, el mismo Tribunal, matizó la procedencia de dicha acción procesal, al cumplimiento de determinados supuestos, como son la concurrencia de un interés real, actual y concreto en que los órganos judiciales pongan fin a la falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que trate.⁶

En Alemania, Leible se refiere a este tipo de acciones como demanda declarativa, y en su idea expresa que el objetivo pretendido por el demandante se fundara en la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica entre las partes (Leible, 1999: p. 169).

El mismo autor distinguirá entre una demanda declarativa positiva (positive Feststellungsklage) y una negativa (negative Feststellungsklage), según se busque exclusivamente la declaración de existencia o inexistencia de la relación jurídica.

⁵ En ese sentido, ver sentencia rol n°210/1992, de 30 de noviembre, Tribunal Constitucional Español.

⁶ En ese sentido, ver sentencia rol n°20/1993, de 18 de enero, Tribunal Constitucional Español.

Por consiguiente, ¿qué entiende el autor por el alcance de la expresión relación jurídica para efectos de la comprobación de su existencia o inexistencia jurídica?, referido a este punto, el mismo extiende ampliamente el objeto de dicha pretensión, al estimar que abarca derechos y relaciones jurídicas de todo tipo (Leible, 1999: p. 170)

2. Características comunes de las acciones meramente declarativas

Las acciones declarativas, revisten ciertas características comunes, respecto de las cuáles realizaré una sucinta exposición, con miras a poder caracterizarlas en un punto distinto al presente, como mecanismos contenciosos-administrativos frente a la actuación de la Administración del Estado.

Quien impetra este mecanismo procesal ante los Tribunales de Justicia, no tiene por objeto que se condene al demandado al pago de una determinada prestación, sino que busca obtener certeza respecto de la existencia de una determina cuestión de hecho o derecho, y respecto a la cual hay desacuerdo (Brewer, 1965: p. 4)

No es procedente la acción respecto de situaciones hipotéticas o futuras, en vista de que no puede haber incertidumbre respecto a una situación que no se ha constituido.

Este presupuesto, se constituye como fundamental para evitar que los operadores jurídicos pudieran requerir al aparato judicial, con miras solo a obtener una opinión jurídica por parte del juez, motivada en la simple curiosidad doctrinal o intelectual, lo cual supondría un despliegue de recursos humanos y financieros absolutamente cuestionable (Romero, 2006: p. 36).

Se ha señalado por la doctrina procesal que además del interés patrimonial, material o moral del actor, este debe encontrarse en una posición tal que, sin la declaración de la sentencia de mera certeza, pudiera sufrir un daño, respecto del cuál no tiene el deber de soportar, de conformidad al ordenamiento jurídico (Bordalí, 2014: p. 86).

La sentencia declarativa queda cubierta ampliamente respecto al efecto de la cosa juzgada, impidiendo de esta forma que la cuestión debatida en juicio pueda volver a ser discutida.

Lo anterior, por supuesto, queda limitado por el efecto relativo de las sentencias consagrado en el artículo 2 del Código Civil Chileno⁷, el cuál consagra que las sentencias solo surtirán efectos respecto de las partes que litigaron desde el inicio y hasta el término del procedimiento jurisdiccional.

Así, la sentencia que falla la acción declarativa no requiere, por regla general, pasar a una siguiente etapa de ejecución.

La excepción a dicha regla la podemos encontrar respecto a determinadas sentencias de declaración, las cuáles para efectos de surtir efectos respecto de terceros, requieren de un trámite de inscripción⁸.

3. ¿Cuáles son los elementos que distinguen a la acción de mera certeza como acción contencioso-administrativa?

3.1 Fundamento normativo y objetivo procesal

Los autores más clásicos de derecho administrativo chileno afirman que el origen de la acción declarativa de mera certeza, como un mecanismo contencioso-administrativo, se sitúa alrededor del año 1990, con plena vigencia de la Constitución Política de la República de 1980, con un claro origen jurisprudencial (cuestión ya afirmada por la doctrina procesal como hemos señalado anteriormente) y que no tiene gran popularidad entre los abogados (Soto, 2012: p. 19)

Se ha afirmado que el fundamento jurídico de esta acción procesal se encuentra en diferentes normas del ordenamiento jurídico chileno, referidas al artículo 24 del Código Civil, el artículo 170 n°5 del Código Orgánico de Tribunales, y el n°9 del Autoacordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias.

Ahora, en relación con el objetivo que se persigue a través de esta acción, como acción contencioso-administrativa, se ha precisado que puede cumplir alguna de las siguientes funciones (Soto, 2012: p. 99):

⁷Artículo 3 inciso segundo: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

⁸ Artículo 2513: “La sentencia judicial que declara una prescripción hará las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos; pero no valdrá contra terceros sin la competente inscripción”.

- a) Que el órgano jurisdiccional, establezca en la sentencia que falla la acción de mera certeza, cuáles son las normas jurídicas que resultan, efectivamente, aplicables al operador jurídico.
- b) Que el órgano jurisdiccional, determine el sentido y alcance, a través de la operación intelectual de interpretación, de una determinada norma jurídica, que resulte aplicable a la situación jurídica del demandante.
- c) Que el órgano jurisdiccional, consiga descifrar a través de una interpretación teleológica de la ley, el sentido o finalidad perseguido por el legislador al momento de dictar la norma jurídica.

3.2 Una modelación jurisprudencial

La acción de mera certeza, como bien advertimos, encuentra su fuente directa de creación, en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, y ha sido la práctica jurídica la que ha determinado ciertas características de esta, plasmadas en diferencias sentencias.

En el año 1963, el 4º Juzgado de Letras en lo Civil de Mayor Cuantía, en el caso Otero con Falabella, definió el objetivo procesal que se perseguía a través de dicha acción, en su considerando 9º, señalando que se buscaba “dilucidar en un fallo judicial cual es el verdadero alcance de un pacto total de separación de bienes convenido entre las partes, y determinar no solo su existencia sino también su validez. Esto es, obtener certeza jurídica respecto a una situación dada en que se encuentran dos sujetos”.

Así, la finalidad procesal de la cual da cuenta el Tribunal de primera instancia es claro, y pone su acento en determinar la situación jurídica de los contratantes, con miras al ejercicio de sus derechos respecto de terceros.

Ahora bien, la Excelentísima Corte Suprema en el año 1985, y con ocasión de pronunciarse respecto de la pretensión de la demandante Sociedad Cooperativa de Servicios de Agua Pichidanguí Ltda., la cual buscaba esclarecer su situación tributaria, buscando certidumbre a la aplicación del impuesto al valor agregado (IVA), a las ventas que se efectuaban por parte de la Cooperativa a sus socios.

En relación con dicha causa, y la facultad exclusiva y excluyente que tienen los Tribunales de Justicia, de conformidad al artículo 76 de la CPR, para conocer de las causas civiles y criminales, a lo cual el máximo Tribunal del país señaló, en el considerando tercero de dicha sentencia que “entre las causas civiles se deben contar las situaciones de incertidumbre jurídica

que acontezcan y que supongan un estado de peligro para los que se hallaren involucrados, situaciones que solo cabe resolverlas por una sentencia meramente declarativa que las dilucide dando certeza a los interesados”.

Enseguida, otro caso ilustrativo, fue el la Confederación de Cooperativas del Agro Ltda. la que solicitó al Tribunal de Letras en lo Civil, darle certeza en relación con su condición de exenta de enterar al Fisco el 50% del impuesto de timbre y estampillas, consagrado en el artículo 3° del DL n°3.475 de 1980.

La potestad del Tribunal de Letras en lo Civil, para aclarar la situación jurídica del contribuyente, en relación con dicho impuesto, tiene una consagración explícita en el artículo 158 del Código Tributario⁹, y se constituye como una consagración de una acción de mera certeza en el ordenamiento jurídico chileno.

Continuando con la revisión jurisprudencial en la materia, en los autos rol n°4221-2000 ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la parte demandante de la acción declarativa de mera certeza solicitaba al Tribunal de la instancia, que se pronunciara sobre su situación jurídica respecto a si correspondía o no que la Contraloría General de la República ejerciera sus facultades fiscalizadoras en relación con la actividad económica ejercida por la demandante.

El Tribunal desechó la demanda, arguyendo que la actora buscaba a través de dicho mecanismo procesal, como fue expresado en el considerando primera de dicha sentencia, y que “no es posible hacer lugar a lo pedido porque el conflicto de que se trata no dice relación con la declaración de un derecho de la Empresa de Ferrocarriles del Estado que pueda más tarde ser opuesto a un tercero, sino, únicamente, con su intención de remover un mecanismo de control que estima improcedente por carecer de sustento legal.”

Continuando con el examen del referido fallo, es que el Tribunal se refirió de manera precisa al objetivo de dicha acción procesal al afirmar que “Se acepta que por esta clase de acciones se pretenda que sea declarada la existencia de un derecho del que el actor se estima titular, o la inexistencia de un derecho que un tercero se atribuye, y para que la pretensión pueda prosperar es preciso que quien la sostiene tenga interés jurídico, esto es no el derecho de que se

⁹Artículo 158: “El contribuyente y cualquiera otra persona que tenga interés comprometido, que tuviere dudas acerca del impuesto que deba pagarse con arreglo a las normas de la Ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado, podrá recurrir al juez competente, con arreglo al artículo 118, pidiendo su determinación.”

trate porque precisamente se acciona para obtener su declaración cuando la acción es positiva-, sino únicamente la necesidad de obtener la declaración jurisdiccional para evitar un daño injusto, declaración que ha de hacerse porque importa la expresión de la voluntad de la ley.”

La Excelentísima Corte Suprema, en los autos rol n°6585-2007, conociendo del recurso de casación en el fondo presentado por el Banco del Estado de Chile, en su calidad de demandante en autos, en los cuáles pedía pronunciarse a dicha magistratura, de conformidad al considerando 9° de dicha sentencia¹⁰, si procedía o no la aplicación de un determinado régimen jurídico referido a las facultades fiscalizadoras de la Cámara de Diputados, de conformidad a los artículos nueve y diez de la ley orgánica constitucional del Congreso Nacional n°18.918.

Es interesante advertir que en esta sentencia la Corte señala explícitamente la finalidad que cumple la acción declarativa de mera certeza, al advertir en su considerando sexto que: “la acción de mera certeza sólo puede tener por objeto la declaración de un derecho que una parte estima asistirle, para evitar o componer un litigio que le afecta o puede afectarle en el futuro, agotándose la jurisdicción del Tribunal en la mera declaración de certeza sin que pueda imponer una prestación a la contraria”.

Enseguida, prosigue la Corte, en el mismo considerando sexto, diciendo respecto de la acción de mera certeza que: “En consecuencia, se trata de una situación de incertidumbre, que afecta a la agraviada, que la autoriza a exigir del órgano jurisdiccional -llamado precisamente a declarar con fuerza legal el derecho aplicable-, se le clarifique su esfera subjetiva, precisando su campo de acción y los límites que la afectan, pronunciamiento que únicamente podrá obtener mediante una acción declarativa de derechos, como ha sucedido en la especie;”.

¹⁰Sentencia rol n°6585-2007, Considerando 9°: “Que, para entrar al análisis del libelo impugnatorio, debe tenerse -previamente en consideración- cuáles son los hechos que han motivado la presente demanda de declaración de certeza.

En efecto, los jueces del fondo según se lee en la consideración novena del fallo de primera instancia- han dejado establecido que la Comisión de Informaciones de la Cámara de Diputados solicitó un informe sobre los vehículos asignados para uso de los gerentes de la institución crediticia, durante el año 1997 y un listado de todas las empresas externas que operan con el banco en materia de cobranzas judiciales y extrajudiciales. Posteriormente, la Oficina de Informaciones del Senado, solicitó el detalle de todas las asesorías externas contratadas por el banco durante los años 1994 a 1999, todo ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 18.918. Ante ello, el Banco del Estado de Chile, demandante de autos, estimó pertinente no remitir la información requerida, argumentando que no le eran aplicables los artículos 9° y 10° de la ley 18.918, por expresa disposición del artículo 2° del Decreto Ley N°2.079. Como consecuencia de este actuar, la Contraloría General de la República dictaminó exigiendo -mediante el procedimiento administrativo de rigor la entrega de la información solicitada bajo apercibimiento de aplicar una medida disciplinaria a la institución bancaria;”.

Es de mi opinión, que el último razonamiento invocado por los jueces de casación, y que ha sido reproducido, es más conveniente con miras a ilustrar el verdadero sentido de la interposición e interés que le ha dado la jurisprudencia a la acción de mera certeza, y coincidentemente con lo que afirma la doctrina citada respecto al particular, y lo razonado posteriormente respecto del régimen jurídico que corresponde aplicar en materia de Fiscalización al Banco del Estado. Esto se encuentra fundado en que, si el único interés que le asistiere a la parte que impetra dicha acción, fuere la declaración de un “*derecho*”, y no, el esclarecimiento de una determinada situación jurídica, o más estrictamente, la interpretación de las normas atinentes a la materia en discusión, y su posterior aplicación, no hubiera sido procedente, lógicamente, la revisión de si le era aplicable o no el estatuto jurídico de Fiscalización de la Cámara de Diputados al Banco, a través de dicha acción.

Sin más, si se afirmara aquello se produciría una incoherencia al decir que a la institución bancaria, le asiste un derecho a conocer su régimen jurídico de fiscalización, pues, como fijo la misma Corte la pretensión del Banco es la de generar certidumbre jurídica respecto del régimen de fiscalización al cuál se debe someter como empresa pública, y no al cumplimiento de un derecho que esta pudiera pensar que se le ha atribuido, y que no encontraría fundamento jurídico en las normas que la regulan.

Lo anterior queda de manifiesto en el considerando séptimo del fallo en comento, el que no hace más que reforzar lo que enunció y que en su tenor establece: “Que en el caso sub-lite, el Banco del Estado de Chile ha solicitado se declare que se encuentra sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que las normas generales y especiales aplicables al sector público, se le aplican sólo excepcionalmente.”.

4. La acción declarativa de mera certeza en ámbitos especiales

4.1 En materia Tributaria y Aduanera

En el ámbito Tributario encontramos la consagración expresa de una acción de mera certeza, establecida en el artículo 118 del Código Tributario (en adelante CT), el cual establece que “El contribuyente y cualquiera otra persona que tenga interés comprometido, que tuviere dudas acerca del impuesto que deba pagarse con arreglo a las normas de la Ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado, podrá recurrir al juez competente, con arreglo al artículo 118, pidiendo su determinación.”

Dicha disposición tributaria, parte del supuesto en que el contribuyente se encuentra en una situación de incertidumbre jurídica, respecto a la determinación del impuesto que establece la Ley de Timbres, Estampillas y Papel sellado, y con miras a remediar dicho estado de cosas, que, en caso de no dilucidarse, producirá inevitablemente una disminución de su patrimonio, en caso de que la determinación del impuesto haya sido efectuada de manera errónea y no ajustada al ordenamiento jurídico.

Así, dicho contribuyente podrá accionar ante el Tribunal competente conforme al artículo 118 del CT, el cuál dota de competencia para conocer de dicha acción al “Juez de Letras en lo Civil de Mayor Cuantía del lugar donde se otorgue el instrumento público o se solicite la autorización o protocolización del instrumento privado”, y de manera residual y para el resto de los casos “al juez del domicilio del recurrente”.¹¹

Se ha planteado por la doctrina en la materia, que el artículo 126 del Código Tributario¹², al establecer la improcedencia de reclamos administrativos respecto de instrucciones, circulares e interpretaciones dadas por los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, fijando de esta manera una interpretación administrativa que no es posible de reclamar a través de una vía de impugnación, generando un efecto de indefensión respecto del contribuyente, además, de una situación de incertidumbre jurídica, en vista de que en caso de no estar conforme con la interpretación de la norma jurídico-tributaria, el operador jurídico no podrá reclamar respecto de aquella.

En aras del problema que suscita la situación jurídica representada, es que la doctrina ha planteado que es posible sostener la existencia de una acción declarativa de mera certeza, que debe ser resuelta por el Tribunal Tributario y Aduanero competente (en adelante TTYA),

¹¹Artículo 118: “Para resolver en primera instancia sobre la fijación de los impuestos de la Ley de Timbres y Estampillas y Papel Sellado, en el caso del artículo 158°, será Juez competente el de Letras en lo Civil de Mayor Cuantía del lugar donde se otorgue el instrumento público o se solicite la autorización o protocolización del instrumento privado. En los demás casos, lo será el del domicilio del recurrente”.

¹² Artículo 126 inciso quinto CT: “En ningún caso serán reclamables las circulares o instrucciones impartidas por el Director o por las Direcciones Regionales al personal, ni las respuestas dadas por los mismos o por otros funcionarios del Servicio a las consultas generales o particulares que se les formulen sobre aplicación o interpretación de las leyes tributarias”

sosteniendo que no existe incompatibilidad entre los procedimientos de reclamación en materia tributaria y aduanera, e incluso planteando la subsidiariedad y el carácter preventivo de dicha acción procesal, en consonancia con el procedimiento establecido en el artículo 155 del Código Tributario y el inciso 1° del artículo 129 K de la Ordenanza de Aduanas, los cuáles, establecen un procedimiento de carácter supletorio, al cual puede recurrir el contribuyente, en caso de que considere vulnerado sus derechos contemplados en el artículo 19 n°21, 22° y 24° de la Constitución Política de la República (Ugarte y Ducci, 2011: p. 347)

Así, el procedimiento contemplado en el artículo 155 del CT y 129 K de la ODA, revisten según dichos cuerpos legales, un carácter subsidiario respecto del resto de los procedimientos de reclamación, pero atendido su carácter reactivo, similar a un recurso de protección o de amparo, no se tornan incompatibles con la presentación de acciones de mera certeza ante los TTYA, sosteniendo así una tercera vía de reclamación con miras a brindar certeza jurídica-tributaria al contribuyente (Ugarte y Ducci, 2011: p. 347).

4.2 En materia laboral

En diversos pronunciamientos, los Tribunales de Justicia Superiores, a propósito del conocimiento de recursos de unificación de jurisprudencia y de nulidad, en materia laboral, han fallado litigios donde el demandante acciona mediante acción declarativa de mera certeza. Así, este mecanismo procesal ha sido reconocido en dicha sede, y su utilización es un encuentra plena vigencia de conformidad a las normas procesales establecidas en el Código del Trabajo (en adelante CDT).

La Corte Suprema, conociendo por la vía del recurso de unificación de jurisprudencia, establece en el considerando cuarto de la sentencia de reemplazo de los autos rol n°45.560-2016 que *“En efecto, la doctrina manifiesta que las acciones declarativas o de mera declaración son las que tienen por objeto resolver situaciones de “incertidumbre jurídica”, en las que se solicita al órgano judicial que, a fin de otorgarle certeza a las partes, dilucide la determinada naturaleza de una situación existente, o, simplemente la descarte. Pues, en otras palabras, el objeto de lo pedido en este caso consiste en “la constatación judicial de la existencia o inexistencia de una relación o situación jurídica” (así lo expresa el profesor Alejandro Romero Seguel, en su obra*

“Curso de Derecho Procesal Civil. La acción y la protección de los derechos”, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 49)”.

Que la Corte, asumiera tal definición, se constituye como un hito fundamental, en vista de que la materia que se discutía en dichos autos, versaba respecto a la existencia o no de una relación laboral constituida entre la Municipalidad demandada y el funcionario municipal (considerando quinto de la sentencia de reemplazo), lo que a todas luces otorga certidumbre al funcionario municipal, interpretación que la misma Corte realiza con prescindencia de las normas referentes al estatuto administrativo de los funcionarios municipales, según ella misma afirma en el considerando en comento, lo cual no obsta a entender, que realiza una actividad intelectual de interpretación, dando preferencia a la aplicación del CDT, y no a las normas relativas al régimen público de los funcionarios municipales (esto último, por supuesto, para algunos supondrá la vulneración de la competencia exclusiva de la Contraloría General de la República, establecida en el artículo 6° inciso primero de la Ley n°10.336, cuestión que abordaremos en el capítulo tercero del presente trabajo).

En similar sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos rol n°1537-2017, conociendo por la vía del recurso de nulidad, afirmo que no sería procedente el razonamiento del juez de la instancia, de declararse incompetente para conocer de una acción declarativa mera certeza, fundado en que a través de ella solo se puede pedir el reconocimiento de un derecho, y no de una situación jurídica, como era el caso de autos, el cual versaba sobre la inoponibilidad de un fueron sindical a la empresa demandante de mera certeza.

La Corte, estableció que la pretensión declarativa impetrada por el demandante, estaba en la órbita de competencia establecida por el artículo 420 letra a) del CDT, a partir de la cual, los Juzgados de Letras del Trabajo conocerían de *“Las cuestiones suscitadas entre empleadores y trabajadores por aplicación de las normas laborales o derivadas de la interpretación y aplicación de los contratos individuales o colectivos del trabajo o de las convenciones y fallos arbitrales en materia laboral”*.

Mucho más allá, fue la Corte Suprema, al fallar un recurso de unificación de jurisprudencia, en la causa rol n°27.155-2015, en la cual lo debatido fue la compatibilidad entre la causal de “necesidades de la empresa” para poner término a la relación laboral establecida en

el artículo 3° de la Ley n°19.010 y la bonificación por retiro voluntario del artículo 2° transitorio de la Ley n°19.070, para profesionales de la educación del sector municipal, y en la que, interpretando dichas disposiciones, y con fin de dar certidumbre jurídica a los actores, en relación así podían percibir efectivamente dicha bonificación, el máximo Tribunal afirmó: *“Que, por consiguiente, y aun cuando la iniciativa de cese de los servicios está radicada en los profesionales de la educación, no es menos cierto que la edad adquirida los hace objeto del proceso de racionalización ideado por la ley y los conmina a renunciar, puesto que, de no hacerlo, igualmente sus cargos pueden ser declarados vacantes alcanzando en este caso una bonificación inferior a la que obtienen en el evento de la renuncia”*.

Es claro del considerando citado, que la Corte, en uso de sus facultades de interpretación respecto de la ley de fondo para fallar la litis, no dudo sin más, en hacer homologables dichos preceptos, dando por sentado que interpreta las leyes administrativas de fondo que rigen a los funcionarios municipales, y que dicha cuestión, es inherente a la jurisdicción, no siendo en ningún caso, un obstáculo, que sea la Contraloría General de la República (en adelante CGR), la que tenga la facultad exclusiva para informar respecto de cuestiones vinculadas a remuneraciones y otros ítems, de los funcionarios de la Administración del Estado, pues dicha interpretación tiene naturaleza (carácter) administrativo (distinto es que estemos de acuerdo o no, si la interpretación dada a dichos preceptos legales, es la correcta, original o incluso la “verdadera” voluntad del legislador, lo que nada tiene que ver con el diseño institucional dado por el Constituyente y las potestades conferidas a la CGR, en el cuál, sin embargo, es un Tribunal de Justicia, el primerísimo llamado a dar tutela a las pretensiones del administrado).

5. La acción declarativa de mera certeza y el recurso de interpretación francés

5.1 La distinción entre la vía prejudicial y la vía directa del recurso de interpretación francés

En líneas anteriores del presente trabajo explique, de modo conceptual e ilustrativo, la configuración de la acción declarativa de mera certeza en nuestro ordenamiento jurídico nacional, desde su nacimiento por vía jurisprudencial, y las características que moldean dicho instituto procesal.

Así, mi pretensión en el presente apartado es dar cuenta de la identificación que existe entre dicha acción procesal y el recurso contencioso-administrativo de interpretación francés.

He advertido que la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, ha recogido la clasificación francesa de los recursos contencioso-administrativo, especialmente la que distingue entre el contencioso de anulación y de plena jurisdicción, dando aplicación de dichas categorías a la acción de nulidad de derecho público y el reclamo de ilegalidad municipal (Ferrada, 2016: p. 10).

De esta manera, la competencia del juez se extenderá en el caso de la acción de nulidad de derecho público solo a constatar la ilegalidad de la cuál adolezca el acto administrativo, y proceder a declarar la ilegalidad total o parcial del mismo. En seguida, en el caso del reclamo de ilegalidad municipal, la órbita de competencia del juez será más extensa, quedando de esta forma investido de autoridad para declarar la ilegalidad del acto administrativo, y reconocer una determinada situación jurídica individualizada y proceder al resarcimiento vía indemnización de perjuicios del demandante.

Ahora, dicha utilización de las categorías francesas en el contencioso-administrativo nacional, puede incorporar el recurso contencioso-administrativo de interpretación francés y su caracterización, a través de la acción declarativa de mera certeza.

En ese sentido, la doctrina administrativista francesa distingue, según hemos ya explicado, entre un recurso de interpretación prejudicial y uno directo (Vedel, 1980: pp. 383-384).

En relación, al primero, que se plantea respecto de cuestiones prejudiciales, y partir de las cuáles el juez está obligado a suspender el proceso, porque se presenta una cuestión de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y que resulta fundamental para la resolución del asunto.

No es posible, como consecuencia de lo expuesto, la construcción de este tipo de recurso de interpretación vinculado a cuestiones prejudiciales en el ordenamiento jurídico nacional, a falta como es conocido, de una jurisdicción contencioso-administrativa especializada.

De esta manera, la especie de este tipo de recurso que es posible advertir su existencia y configuración en el ordenamiento jurídico nacional, es el recurso directo de interpretación.

5.2 La consagración expresa del recurso directo de interpretación francés en materia de contratos de concesión de obra pública

Una cuestión no advertida por la doctrina administravista chilena, y tampoco por la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, es la consagración expresa del recurso directo de interpretación como contencioso-administrativo, en la Ley de Concesiones de obras públicas establecida a partir del Decreto con Fuerza de Ley n°164 del Ministerio de Obras Públicas, respecto del cual se fija su texto refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto n°900 de 18 de diciembre de 1996.

En efecto, el artículo 36 bis de dicho cuerpo legal, establece que *“Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago”*.

Así, es posible advertir, que el legislador ha tomado la opción de radicar el conocimiento de los conflictos situados en materia de interpretación o aplicación o ejecución del contrato de concesión en una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago, lo cual, configura la consagración expresa del recurso directo de interpretación francés, según las categorías presentadas en párrafos anteriores, lo cual se hará valer como una pretensión meramente declarativa, pues el mismo legislador ha situado la competencia de ambos órganos jurisdiccionales, con miras al esclarecimiento del aparataje contractual vinculado a la concesión de obra pública.

Incluso el legislador, ha establecido un especial caso de agotamiento de la vía administrativa, como condición de procesabilidad para accionar por vía de este recurso directo de interpretación, tal como lo establece el mismo artículo 36 bis del cuerpo legal en cuestión, señalando que: *“Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico”*.

Desde ya, el establecer que el acceso a la jurisdicción requiere el agotamiento de la vía administrativa, es un requisito que ex ante el legislador a consagrado para otros procedimientos judiciales, y en este caso, lo hace a través de la concurrencia de las partes del contrato de concesión ante el órgano administrativo consagrado en el artículo 36 del cuerpo legal en comento, esto es el *“Panel Técnico”*, que como bien explica la disposición no ejerce jurisdicción, la decisión que emana de dicho órgano no es vinculante para las partes, y solo podrá ser considerada como una recomendación técnica, lo cual, por cierto, tendrá consecuencias procesales en la vía contenciosa administrativa, desde que el legislador ha consagrado la posibilidad de que tanto la Comisión Arbitral como la Corte de Apelaciones de Santiago, tengan en consideración lo señalado por dicho ente, a partir de la recomendación técnica que emane del mismo¹³.

Finalmente, que el legislador ponga especial énfasis en la materia, refiriéndose a cuestiones técnicas o económicas para diseñar el especial agotamiento de la vía administrativa para recurrir al contencioso-administrativo, no restringe la aplicación de este requisito, a cuestiones particulares del contrato de concesión, en vista de la extensa apertura de la expresión *“aspectos técnicos o económicos”*, los cuáles el legislador no abarca detalladamente, y que podrían encontrarse como una cuestión indeterminable en vista de las cláusulas contractuales propias de un contrato de concesión de obra pública.

5.3 Requisitos del recurso directo de interpretación francés

¹³ Artículo 36 inciso segundo: *“El Panel Técnico, que no ejercerá jurisdicción deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público establecido en el reglamento, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos, prorrogable por una vez, contado desde la presentación de la discrepancia. La recomendación será notificada a las partes y no tendrá carácter vinculante para ellas”*.

La jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, a propósito de las características de determinadas acciones contencioso-administrativas (acción de nulidad de derecho público y reclamo de ilegalidad), ha aplicado determinados requisitos referidos al contencioso de nulidad y de plena jurisdicción a las acciones contencioso-administrativas identificadas en el ordenamiento jurídico nacional.

En este apartado daré revisión sucinta a los requisitos del recurso directo de interpretación francés.

Así, en primer lugar, para poder impetrar el recurso directo de interpretación francés, la doctrina advierte que se estar en presencia de un litigio nacido y actual.

Sin embargo, la misma doctrina administrativista descarta de que este requisito, suponga, para su cumplimiento que se encuentre en marcha un procedimiento jurisdiccional (Vedel, 1980: 384).

En palabras de Laubadere "no ya como anteriormente la existencia de un litigio contencioso sobre la ejecución del contrato, sino al menos la existencia de un litigio contencioso sobre la ejecución del contrato, sino al menos a la existencia de un desacuerdo entre las partes; es necesario que la interpretación sostenida por el recurrente choque con una respuesta contraria del otro contratante, y que haya, así, reales dificultades de interpretación del contrato" (Brewer, 1965: 118).

Enseguida, debe referirse a un acto oscuro, lo que llevo a la jurisprudencia francesa, a considerar que este recurso puede ser solicitado ante el Juez Administrativo, con miras a establecer el alcance de ciertos textos, o sobre la jurisdicción que debería conocer respecto de un determinado litigio en materia administrativa (Chapus, 1999: p. 40).

Es de toda notoriedad que, la base del conflicto supone el desacuerdo de las partes respecto a un determinado objeto de la litis, lo que en este caso debe referirse a la interpretación dudosa u oscura de un determinado acto o contrato, y que sea el Tribunal del contencioso-

administrativo, el que dilucide dicha controversia, por lo que, a la falta de aquella, no tendría sentido, el planteamiento presentado ante el Tribunal (Chapus, 1999: p. 40).

Finalmente, la interposición de este recurso directo de interpretación supone, que tal como señala la doctrina francesa, la procedencia del mismo será respecto de actos que la jurisdicción contencioso-administrativa sea competente para conocer e interpretar (Auby y Drago, p. 404).

Así, las hipótesis son reducidas, por lo que su procedencia, será menor a la que se produce respecto al reenvío por parte del juez judicial al juez administrativo.

5.4 La procedencia de la aplicación de los requisitos de las acciones contencioso-administrativas

La configuración de la acción declarativa de mera certeza, como un verdadero recurso directo de interpretación en el derecho chileno, dependerá de que se reúnan las características propias de este recurso en relación con la pretensión que se interpone ante el Tribunal, especialmente, el esclarecimiento de la situación jurídica del administrado respecto de un acto u contrato administrativo, cuya interpretación dada por las partes, suponga un desacuerdo en torno al alcance de dicha actividad formal de la Administración.

Sumado a lo expuesto, será necesario la concurrencia de los presupuestos del recurso contencioso-administrativo, lo que permitirá la identificación entre dicha acción procesal y la pretensión esgrimida u finalidad perseguida por dicho recurso, estableciendo la diferencia con las acciones declarativas de mera certeza que se interponen ante los Tribunales de Justicia, respecto de pretensiones que emanan de relaciones jurídicas de derecho privado, insertando de esta manera la acción deducida en el ámbito de la litigación pública.

Por consiguiente, independiente de la denominación del vehículo procesal que utilice el actor, debemos atenernos a la pretensión que se deduce a través de él, y que en conjunto con una serie de requisitos propios de la acción contencioso-administrativa, tendremos configurado un verdadero recurso contencioso-administrativo directo de interpretación, lo cual permitirá, determinar la extensión de los poderes del juez, con miras a dar tutela a lo solicitado por el administrado ante el Tribunal de Justicia.

No es óbice de lo expuesto, lo sostenido por Valdivia, al afirmar que existiría una supuesta incompatibilidad entre el uso de este medio procesal para canalizar pretensiones y la “autotutela administrativa” (Valdivia, 2017: p. 428).

Fundar el problema anterior, como lo hace el autor, en que la Administración también declara el derecho, e impone cargas al administrado o los terceros (Valdivia, 2017: p. 428), lo que revisado ex-ante, tornaría en ineficaces las potestades concedidas a la Administración, fundado en una cuestión de “menoscabo de la autoridad” de las decisiones de la Administración.

Pero, qué cuestión más contradictoria, con el principio que el mismo autor admite, en su texto, al afirmar que no está en duda el principio de impugnación de los actos administrativos (principio revisor), la cuestión, entonces pareciera ser no vinculada al “menoscabo de la autoridad” de la Administración, si no al primitivo estado en el que se encuentra la acción declarativa de mera certeza, a juicio del autor, pero que en realidad se debe al deficitario estudio de dicha acción procesal por el medio jurídico chileno.

CAPÍTULO TERCERO:

La acción de mera certeza como mecanismo acción contencioso-administrativo y los conflictos interpretativos y las contiendas de competencia

1. Conflictos interpretativos

1.1 La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

En diversas sentencias los Tribunales Superiores de Justicia han esbozado una forma de comprensión de la acción declarativa de mera certeza, caracterizándola de tal forma que su procedencia queda condicionada al requisito de asistirle a quien la impetra un determinado derecho subjetivo, que requiere ser declarado, generando de esa manera el efecto propio de dicho tipo de acciones, a saber, terminar con la situación de incertidumbre jurídica que afecta a quien interpone dicha acción, con la consecuente posibilidad de que produzca un daño injusto respecto a la parte que se encuentra en la referida situación de incertidumbre jurídica.

Lo anterior ha sido una constante en la jurisprudencia chilena en materia contencioso-administrativa, sin embargo, es una cuestión problemática como se ha situado la posibilidad de su procedencia en conflictos interpretativos de determinadas normas jurídicas referidas a relaciones del ejercicio de potestades entre órganos administrativos.

Así fue como en la causa rol n°4221-2000, de 31 de enero de 2006, la Corte de Apelaciones de Santiago a propósito de determinar la forma en como la Empresa Ferrocarriles del Estado (en adelante EFE), debía relacionarse con la Contraloría General de la República, a efectos de establecer el régimen de control que cabe ejercer por parte de esta última respecto de dicha empresa del Estado, dictó un fallo en el sentido que no era posible acoger la acción, en vista de que no existía un derecho subjetivo preexistente que asistiera a EFE

En consecuencia, y a su juicio, no se daba por sentada la posibilidad de que se produjera un daño injusto, sino que dicho mecanismo de control era consecuencia del diseño institucional establecido por la ley, y que confería la potestad de ejercer el control de la actividad de dicha empresa por parte de la CGR, encontrándose esta última habilitada con arreglo al ordenamiento jurídico para efectuar dicho control.

Sin embargo, y como se ha afirmado por la doctrina procesal, en relación con la acción declarativa de mera certeza, es claro que uno de los objetivos perseguidos por quién formula una petición de este tipo al Tribunal que conoce del asunto, puede tener su origen en un conflicto interpretativo respecto a la determinación y alcance de una disposición jurídica.

En aras de lo anterior, es que el razonamiento judicial esgrimido por la Corte de Apelaciones de Santiago desconoce una cuestión que se constituye como prima facie del tráfico jurídico y de las relaciones entre órganos de la Administración del Estado (lo mismo es predicable respecto de los particulares), como es la posibilidad de que dada la complejidad y densidad de las operaciones interpretativas que se producen en el funcionamiento de la Administración del Estado, se produzcan conflictos en torno a la delimitación y aplicación de la interpretación correcta del sentido y alcance una norma jurídica.

El considerando tercero de la sentencia en comento incluso va más allá del análisis de las peticiones esgrimidas por la demandante Empresa Ferrocarriles del Estado, intentando configurar el verdadero motivo que yace detrás de su petición declarativa de mera certeza,

aseverando que la actora solo buscaba burlar una determinada forma de control que cabía aplicar respecto de la actividad que desempeñaba.

La sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, dejó por sentado la clave en la que se debían leer los conflictos jurídicos entre órganos de la Administración del Estado, en caso de que exista incertidumbre jurídico respecto de la aplicación de un determinado estatuto jurídico a un órgano de la Administración, y dicho núcleo se estableció en el mismo considerando 3° al cual hago referencia, sosteniendo una suerte de derecho subjetivo a no ser fiscalizado por parte de la CGR, lo que desconoce y sitúa de forma equivocada el objeto procesal y la petición que subyace detrás de una acción declarativa de mera certeza.

Asimismo, la Corte Suprema, a propósito del conflicto interpretativo que se había suscitado entre el Banco del Estado de Chile y la CGR, en los autos rol n°6585-2007, respecto de cuál era el régimen de fiscalización al que se encontraba sujeto dicho organismo bancario, de conformidad a los artículos 1° y 2° del Decreto Ley n°2079, y a qué juicio de éste, solo le correspondía a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, realizar el control de su actividad, y a no a la CGR en aplicación de las normas generales del sector público.

Además, existía un conflicto adicional con la Cámara de Diputados, la que en virtud del artículo 9° de la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, sostenía que podía recabar informes y antecedentes de la actividad bancaria realizada por dicho Banco, posición que era resistida por el actor, en virtud de que no existía norma que hiciera aplicable dicho régimen de fiscalización a su actividad.

El criterio utilizado por la Corte para dirimir dicho conflicto se encuentra en el considerando sexto de la referida sentencia, y que señala en relación con el objeto de esta señalada que: “sólo puede tener por objeto la declaración de un derecho que una parte estima asistirle, para evitar o componer un litigio que le afecta o puede afectarle en el futuro, agotándose la jurisdicción del Tribunal en la mera declaración de certeza sin que pueda imponer una prestación a la contraria”.

El máximo Tribunal, reiteró este criterio en la sentencia rol n°2433-2015, en la cual la discusión versaba respecto a si la CGR podía realizar el ejercicio de sus facultades de auditoría respecto a las cuentas de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

La Corte, en aplicación de las normas contenidas en los artículos 11 del Decreto con Fuerza de Ley N°3, 1 inciso segundo de la Ley N°18.575 y 21-A de la Ley n°10.336, dirimiendo el asunto, y estableciendo la pertenencia de dicho servicio público a la Administración del Estado, y, por ende, sometiéndolo a la fiscalización de la CGR.

Sin embargo, y esto es lo más relevante de la aludida sentencia, y a propósito del objeto de la declaración de mera certeza, estableció en su considerando quinto que: “sólo puede tener por objeto la declaración de un derecho que una parte estima asistirle, para evitar o componer un litigio que le afecta o puede afectarle en el futuro, agotándose la jurisdicción del Tribunal en la mera declaración de certeza sin que pueda imponer una prestación a la contraria... se trata de una situación de incertidumbre, que afecta a la agraviada, que la autoriza a exigir del órgano jurisdiccional -llamado precisamente a declarar con fuerza legal el derecho aplicable-, se le clarifique su esfera subjetiva, precisando su campo de acción y los límites que la afectan, pronunciamiento que únicamente podrá obtener mediante una acción declarativa de derechos”.

Precisado lo anterior, es que la Corte, a continuación, se aparta del objeto del recurso, y estima que el motivo subyacente por parte del actor, y cito, a su juicio, “es revertir los efectos del Informe Final de Auditoría de Transacciones a las Operaciones Relacionadas con los Bienes y Servicios de Consumo de Activos no Financieros emitido por la Contraloría General de la República en ejercicio de sus facultades de fiscalización, objetivo que por cierto no es el propio de esta clase de acciones”.

El razonamiento sostenido por el máximo Tribunal, supone una reiteración de la jurisprudencia anterior sentada en el rol n°6585-2007, además de sostener un concepto reducido de la acción declarativa de mera certeza, se extiende a un análisis de los motivos que fundan la voluntad del actor con miras a accionar a través de esta vía procesal, lo que sin lugar a dudas, excede de manera grosera los ámbitos que es posible abordar a partir del recurso de casación en el fondo, obviando con creces que también existe la posibilidad de que con una interpretación distinta de las normas jurídicas que rigen su actividad de servicio público, el actor proceda a accionar por vía declarativa, con miras a resguardar el mejor ejercicio de su actividad.

Sin embargo, cabe advertir que la misma Corte Suprema, a propósito de un conflicto interpretativo con miras declarar el verdadero y correcto alcance e interpretación del artículo 8°

de la Ley N°19.713 en relación con el artículo 43 de la Ley de Pesca y Acuicultura (N°18.892), y donde el actor había accionado de mera certeza, para que se esclareciera su esfera subjetiva, respecto a si debía pagar la patente de pesca en relación con las naves con las cuáles ejerce su actividad económica de pesca. Así, la Corte afirmó en la sentencia rol n°5388-2005, en el considerando décimo noveno del fallo que: “como se desprende de la lectura del artículo 8° de la Ley N°19.713, en él se establece una exoneración del pago de la patente pesquera y de la obligación de realizar actividad pesquera extractiva para aquellas naves que no se inscriben en el registro que lleva el Servicio Nacional de Pesca; es decir, para aquellas naves que no serán utilizadas para pescar y obtener la cuota anual de captura denominada Límite de Captura por Armador;”.

Esto constituye un hito fundamental en el iter de interpretación que realiza la Corte, y que se concluye en el considerando vigésimo de la sentencia, aseverando que de conformidad al artículo 43 de la Ley de Pesca y Acuicultura, que se había generado efectivamente el hecho que da origen al pago del tributo señalado en dicho artículo, fundado en la realización de operaciones de pesca durante los primeros días del año 2001.

De esta manera, la Corte reconoció realizando la respectiva operación hermenéutica, que se había configurado una situación de falta de certeza jurídica respecto a si correspondía o no aplicar el tributo contenido en el artículo 43 de la Ley de Pesca y Acuicultura al actor, situación que la Corte aclara a través del fallo, de conformidad a las normas jurídicas aludidas, y haciéndose cargo de la pretensión de mera certeza que se interpuso por parte del demandante.

2. Las contiendas de competencia generadas a partir del ejercicio de la acción de mera certeza

Un problema reciente que se ha suscitado en nuestro medio jurídico a propósito de la acción declarativa de mera certeza como mecanismo contencioso-administrativo, han sido las contiendas de competencias promovidas por el ente contralor, a raíz de la pretensión de funcionarios de la DGAC para determinar el régimen previsional que les resulta aplicable, estimando aquellos que existía una situación de incertidumbre jurídica en la regulación legal establecida por la ley n°18.458, y que en consecuencia no les gustaba aplicable el régimen de previsión contenido en el DL n°3500.

En ese sentido, cabe tener presente que las contiendas de competencia se definen como “aquel conflicto suscitado entre dos o más tribunales u organismos del Estado, para conocer

privativamente un determinado asunto judicial, para lo que se recurre a un tercero imparcial que pueda resolver dicha disputa” (Zúñiga, 2017: p. 194).

Dichas contiendas de competencia versaron sobre a quién correspondía, el pronunciamiento efectivo respecto a la determinación del régimen previsional que era aplicable a un determinado número de funcionarios de la Dirección General de Aeronáutica Civil (en adelante DGAC).

La cuestión que cabe tener presente antes de entrar a la revisión detallada de dichos conflictos, es que en la resolución de los mismos, se han revisado cuestiones atinentes a los requisitos para la procedencia de la acción declarativa de mera certeza, apartándose del objeto mismo que supone una contienda de competencia, y que se deriva de cuestiones vinculadas a las relaciones que se producen entre la CGR como órgano administrativo, y los Tribunales de Justicia, como principales llamados a realizar el control de la legalidad de los actos administrativos.

2.1 Contraloría General de la República con 29° Juzgado Civil de Santiago

La contienda de competencia en cuestión se plantea a raíz de una acción declarativa de mera certeza interpuesta por funcionarios de la DGAC, ante el 29° Juzgado Civil de Santiago, con miras a declarar el régimen previsional que les resultaba aplicable conforme a la ley n°18.458.

El Contralor General de la República, trabo la contienda de competencia ante el Tribunal Constitucional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 n°12 de la CPR¹⁴, aduciendo que era el único competente, en virtud de la potestad dictaminadora que le confiere la ley n°10.336, en sus artículos 1°, 5° y 6°, además, de encontrarse limitadas la competencia del Tribunal en cuestión, a las normas constitucionales y legales aplicables al efecto.

Por su parte, el 29° Juzgado Civil de Santiago, contestando dicha contienda estimo que no podía declarar su incompetencia, para fallar la acción interpuesta, en virtud del principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 76 de la CPR, además de que no había sido opuesta

¹⁴“Artículo 93 n°12: Son atribuciones del Tribunal Constitucional: Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado”.

durante el proceso la excepción de incompetencia del Tribunal, por parte del demandado Fisco de Chile, ni del tercero Contraloría General de la República.

Planteado lo anterior, es que es necesario entrar al análisis de la sentencia rol n°3283-16 del Tribunal Constitucional, para efectos de abordar las consecuencias que genera la forma en que se dirimió la contienda de competencia respecto a la acción declarativa de mera certeza como recurso contencioso-administrativo.

El TC, estimo la procedencia de la contienda de competencia formulada por el Contralor General de la República, sintéticamente en dos cuestiones: a. la competencia exclusiva del CGR en virtud de su potestad dictaminadora para determinar de manera general y abstracta el régimen previsional aplicable a los funcionarios de la DGAC. b. El régimen previsional establecido en la ley n°18.458, se encuentra estipulado solo a favor de los funcionarios del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y su modificación solo procederá en concurrencia de los poderes colegisladores, o a través de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Lo curioso, y aún ilógico, es que el TC le otorga, y asume que la acción declarativa de mera certeza interpuesta por los funcionarios de la DGAC generara una interpretación abstracta y general respecto a la normativa establecida en la ley n°18.458, lo que, conectado con su segundo argumento, para fallar a favor de la CGR, supondría una modificación legal a la ley señalada.

Lo cierto es que en ningún caso se le puede atribuir dicho efecto a una sentencia judicial, por lo demás, el artículo 3° del Código Civil, que consagra el efecto relativo de las sentencias judiciales, es la norma fundamental, no pudiendo extender sus efectos más allá de las partes que han litigado durante el proceso.

Cuestión muy distinta, es que, de forma voluntaria y deliberada, y en ningún caso obligatoria, otro Tribunal de la República adoptara el razonamiento jurídico esgrimido por el Tribunal al momento de fallar una determinada cuestión, y esto generara una nueva interpretación jurídica de las normas de un determinado régimen jurídico, ya se previsional o de otra índole, efecto por lo demás imprevisible y sujeto a las inclinaciones jurídicas de cada juez de la República.

Lo anterior, impide sostener la modificación legal que el TC atribuye a una eventual sentencia dictada por el 29° Juzgado Civil de Santiago, cuestión distinta es que esta no sea la interpretación legal que favorezca los intereses públicos que la CGR tiene encomendados por

ley resguardar. Sin embargo, la interpretación jurídica de las normas aplicables es una actividad privativa del juez, cuestión fundamental para el Estado de Derecho.

Sin perjuicio, de que las dos cuestiones ya planteadas son las principales líneas argumentativas que sostuvo el TC para fallar a favor de la CGR la contienda de competencia suscitada, el mismo Tribunal realiza un análisis adicional, referido al régimen previsional de las Fuerzas Armadas y la relación entre la CGR y los Tribunales, pero para efectos de este trabajo, daré revisión a este último punto, por ser ilustrativo de la forma en que el TC comprende la acción declarativa de mera certeza.

Plantear la relación entre la CGR y los Tribunales de Justicia, es una cuestión compleja, en vista de las funciones que cumple el ente contralor en el sistema de derecho administrativo chileno, y más específicamente a partir de su función jurídica, manifestada principalmente a través del procedimiento de toma de razón y el ejercicio de su potestad dictaminadora, de conformidad al artículo 6° de la ley n°10.336.

El TC ha ratificado en la sentencia en comento, el estricto control que reciben las potestades que ejercita la CGR por parte de los Tribunales de Justicia, cuestión fundada en el artículo 19 n°3 inciso primero de la CPR, y que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva, además del artículo 38 inciso segundo de la carta fundamental, en tanto, existe una garantía de reparación hacia el particular que sea vea lesionado en sus derechos por parte de la Administración.

Lo anterior, ha recibido un complemento legal, de conformidad al artículo 9° de la LOCBGAE, donde la doctrina ha visto el principio de la impugnabilidad de los actos administrativos, y a partir del cual lleva al TC en concordancia con el artículo 2° del mismo cuerpo, que es insostenible cualquier tipo de inmunidad de jurisdicción referida a la Administración del Estado.

La redacción literal que asume el mencionado artículo 9° de la LOCBGAE, y en especial su expresión “sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”, complementaria del primer mecanismo de impugnación de los actos administrativos, a través de los recursos administrativos, supone preguntarnos ¿es posible incluir dentro de dicha expresión a la acción declarativa de mera certeza?, cuestión que el TC zanjo de manera indudable en la sentencia comentada.

Dicho Tribunal, afirma la procedencia de cualquier acción procesal, independiente de su origen, ya sea constitucional, legal o jurisprudencial, y dentro de las cuáles a propósito de la contienda de competencia que debió dirimir, afirmó la existencia y procedencia de una acción declarativa de mera certeza, incluso entregando un concepto de esta, al afirmar que: “como en el caso de la acción declarativa de mera certeza que, concebida por los Tribunales para dilucidar una situación de incertidumbre jurídica, en que se encuentra una persona frente a un acto u omisión administrativa dados, ha pasado en algunos casos a aceptarse derechamente como un medio para impugnar determinados actos de la Administración”.

En consecuencia, el TC acepta la existencia de dichas acciones, y a su vez, les otorga el carácter de acciones contencioso-administrativas, sin embargo, en líneas siguientes, advertirá el posible efecto adverso que tendrían sobre la potestad legislativa y los ámbitos reservados para la misma, en caso de que se permitiera su procedencia para determinar el régimen previsional de los funcionarios de la DGAC.

Ahora bien, independiente del pretendido efecto de modificación legal, que expresa el Tribunal, resulta aún más relevante que el mismo coloca en duda la procedencia de la acción declarativa de mera certeza, al sostener el carácter irreprochable de los dictámenes emanados de la misma debido a que la situación de los administrados se encontraría en un estado de certidumbre jurídica que no es posible cuestionar por vía de un recurso contencioso-administrativo como el analizado en cuestión.

Sostener el eventual carácter de certidumbre jurídica respecto a dictámenes emanados de un órgano administrativo, no trae necesariamente aparejado su irreprochabilidad en términos de una eventual impugnación por los mecanismos jurisdiccionales disponibles para el administrado, ni el carácter infalible de los razonamientos jurídicos vertidos en dichos actos administrativos, compuestos por la interpretación y aplicación de las normas jurídicas expresadas a través de una determinada opinión.

En opinión del TC, no concurriría entonces, el requisito de incertidumbre jurídica para hacer procedente el conocimiento de la pretensión esgrimida por los funcionarios de la DGAC, lo cual, por cierto, no es una cuestión que se refiera a un ámbito de competencias determinado de un Tribunal de Justicia, sino que a cuestión de fondo referida a los requisitos de la acción impetrada.

Por consiguiente, la imposibilidad de sostener la irreprochabilidad del conjunto de dictámenes de la CGR deja abierta siempre la posibilidad de impugnar aquellos por los mecanismos procesales del contencioso-administrativo, y que, en las propias palabras del TC, engloban a la acción declarativa de mera certeza.

Ahora bien, el análisis jurídico realizado por el TC deja la vista la confusión que se ha producido entorno a la eventual situación de incertidumbre jurídica que padecían los funcionarios de la DGAC, y el carácter de jurisprudencia administrativa que revisten las opiniones y dictámenes del órgano contralor, de conformidad al inciso final del artículo 6° de la ley n°10.336.

Dicha confusión, sin embargo, no puede ser óbice para privar de un medio procesal confirmado por el mismo TC en su procedencia y por diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, y por la doctrina procesal nacional y comparada.

2.2 Contraloría General de la República con Corte Suprema

Con ocasión de la interposición de una acción declarativa de mera certeza por parte de 1317 funcionarios de la DGAC ante el 29° Juzgado Civil de Santiago, en contra del Fisco de Chile, para la correcta determinación y aplicación del régimen previsionales de la Caja de Defensa Nacional, que, a su juicio, era el que les correspondía de conformidad a la ley n°18.458.

La demanda fue rechazada en primera instancia, pero la Corte de Apelaciones de Santiago revoco dicha sentencia, y acogió la pretensión de los demandantes, por lo que el Fisco de Chile dedujo recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema.

A juicio del Contralor, la sentencia que fallara la acción declarativa de mera certeza produciría un efecto abstracto y general, y que vendría a determinar con dicho carácter el régimen previsional aplicable a los funcionarios de la DGAC (Zúñiga, 2017: p. 200).

Por otro lado, el órgano contralor estimo que se produce una vulneración de las reglas de atribución de competencias, a raíz de la falta de habilitación legal del Tribunal civil para

dictaminar respecto a materias estrictamente administrativas, privativas de la potestad legal conferida a la CGR (Zúñiga, 2017: p. 200).

Finalmente, la CGR considera que el medio de impugnación correcto de los dictámenes en cuestión era a través de la vía del recurso de protección o la acción nulidad de derecho público, lo que permitiría que se encontrara dentro del ejercicio de las atribuciones del 29° Juzgado Civil de Santiago, para el conocimiento de dichas vías de impugnación de los dictámenes cuestionados.

La Corte Suprema, contestando lo señalado por la CGR, y promoviendo el rechazo de la contienda de competencia, así como su correspondiente potestad y habilitación constitucional y legal para conocer del recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco de Chile, advirtió que el artículo 76 inciso segundo de la CPR, que contiene el llamado principio de inexcusabilidad, obliga a todo Tribunal de la República a emitir un pronunciamiento sobre un asunto sometido a su jurisdicción.

Cabe precisar desde ya, que el *quid* de la cuestión radica en la extensión que tienen las potestades conferidas a la CGR, en virtud del artículo 6° de su ley orgánica n°10.336, y que le otorga su potestad dictaminadora, y el carácter de potestad administrativa que revisten dichos poderes conferidos al órgano contralor.

Dicha cuestión, no fue promovida en la discusión que se suscitó ante el Tribunal Constitucional, en la contienda de competencia anteriormente revisada, y tampoco lo fue en este caso, donde la contienda fue conocida y fallada por el Senado.

Hubiera sido deseable que así fuera, en vista de que la CGR es un órgano administrativo, y los dictámenes que aquella emite en ejercicio de la potestad legal establecida al efecto, en ningún caso no podrán quedar sujetos a la potestad jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, los que son por excelencia los llamados a determinar el ajuste o no de la actuación de un determinado operador jurídico al bloque de legalidad que requiere para desplegar dicha actuación.

Basta advertir el tenor del artículo 6° de la ley n°10.336, al señalar que “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”, de esta manera la norma revela una cuestión ya advertida por la doctrina administrativista chilena, al comentar respecto del punto, que efectivamente la serie de dictámenes emanados de la CGR, constituyen la jurisprudencia administrativa, pero que como tales deben someterse a lo que la jurisprudencia judicial, como una fuente que juega un rol relevante en el derecho administrativo, y que aquella resulta obligatoria para el ente contralor, respecto de una determinada interpretación legal que realicen los Tribunales de Justicia (Letelier, 2015: p. 307)

Por lo demás, la LBPA es plenamente aplicable a la CGR, de conformidad al artículo 2° de dicha ley¹⁵, al establecer que su ámbito de aplicación se extiende al órgano contralor, reiterando en su inciso tercero¹⁶, que, para efectos de la interpretación lógica de dicha ley, las referencias que se haga a la Administración o a la Administración del Estado, se encuentran en concordancia con los órganos señalados en el mencionado artículo 2°, verbigracia, la CGR.

Lo anterior, tiene plena confirmación, por ejemplo, en la reciente jurisprudencia de la Corte, en materia de invalidación, a partir de la cuál sostendrá la aplicación del artículo 53 de la LBPA, en conjunto con el principio de imparcialidad establecido en el artículo 11 de dicho cuerpo legal, y que estimará como ilegal la instrucción específica emanada del ente Contralor con miras a que la Municipalidad recurrida de protección en los autos rol n°3027-2018, invalide la designación del demandante en dichos autos en un determinado cargo y nivel dentro del ente edilicio, y en consecuencia, establecerá que la CGR solo podrá ordenar el inicio de un procedimiento invalidatorio, que solo podrá materializar el órgano administrativo a través de la dictación del acto administrativo invalidatorio, con estricta sujeción al referido artículo 53 de la LBPA¹⁷.

Incluso la misma CGR, ha ordenado dar aplicación a la LBPA, para efectos de la representación que se debe seguir ante la misma para que emita un pronunciamiento respecto a

¹⁵“Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades”.

¹⁶ “Art. 3° inciso sexto: Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”

¹⁷ Ver considerandos 12° y 13° de la sentencia rol n°3027-2018 de fecha 28 de junio de 2018

un determinado asunto, de conformidad al artículo 22 de la ley n°19.880, según ha expresado en los dictámenes n°23.491 y n°5728, por lo que, en consecuencia, el mismo órgano contralor reconoce que le son aplicables los preceptos de dicha ley de bases.

Ahora bien, de similar manera la LBPA, ha otorgado el carácter de acto administrativo a los dictámenes emanados del ente contralor, en ejercicio de su potestad dictaminadora, al establecer en el artículo 3° inciso sexto de la referida ley que “Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”.

La Corte Suprema, en diferencias sentencias ha confirmado el carácter de actos administrativos a los dictámenes emanados de la CGR, ratificando la procedencia de la impugnación en sede de protección de estos, de conformidad al artículo 3° de la ley n°19.880, y el artículo 9° Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado n°18.575 (en adelante LOCBGAE).

El máximo Tribunal ha sostenido en la sentencia rol n°10.499-2011, que “la cuestión jurídica ventilada en estos autos se refiere en primer lugar a si es procedente por la vía de un recurso de protección revisar las actuaciones de la Contraloría General de la República. Al respecto necesario es señalar que en principio no puede quedar excluida del recurso de amparo de garantías constitucionales la actuación del órgano fiscalizador”.

Continuando con su razonamiento, el mismo Tribunal ratifico la procedencia del control jurisdiccional de los mismos dictámenes de la CGR, sin perjuicio de elaborar una distinción entre: dictámenes constitutivos de decisiones (que la Corte considera actos terminales), dictámenes que pueden dar lugar a actos administrativos posteriores (que la Corte considera actos de trámite) y dictámenes que no son creadores de derechos y que tienen por objeto instruir a la Administración respecto al alcance o interpretación que debe darse a algún precepto legal (que a juicio de la Corte no es posible encuadrar dentro del concepto de acto administrativo del artículo 3° de la ley n°19.880).

En similar sentido la Corte en la sentencia rol n°16.660-2017, ratifico la plena procedencia del recurso de protección respecto a los dictámenes emanados de la CGR, realizando una reproducción literal de lo dicho en los autos ya mencionados en el párrafo anterior, sosteniendo incluso la misma distinción elaborada¹⁸.

Sin perjuicio de que se ha sostenido la inconveniencia de que el recurso de protección se haya configurado como un mecanismo contencioso-administrativo general de impugnación de los actos administrativos, llevando a desnaturalizar los derechos fundamentales que se protegen en el catálogo establecido el artículo 20 de la CPR, y permitiendo un control por parte de los Tribunales de Justicia, referido a la motivación de los actos administrativos y a la misma discrecionalidad inherente a la actividad desempeñada por la Administración del Estado (Ferrada, 2008: p. 144), dicha práctica ha confirmado el carácter de actos administrativos de los dictámenes de la CGR, y, por consiguiente, la aplicación por lo menos en dicho ámbito de la ley n°19.880.

Ahora bien, el carácter de acto administrativo de los dictámenes emanados de la CGR, y la práctica judicial sostenida a través de la procedencia del recurso de protección, deja absolutamente abierta la posibilidad de impugnación de estos por otras vías jurisdiccionales, ante el Tribunal competente que determine la ley, de conformidad a lo que señala el artículo 9° de la LOCBGAE, al establecer que “Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley”, y para efectos de que lo interesa, el artículo en comento contiene una cláusula de procedencia de acciones jurisdiccionales respecto de cualquier acto administrativo, al señalar que la procedencia de recursos administrativos será “sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales a que haya lugar”, dejando de esta forma intacta la procedencia de otro tipo de acciones contencioso-administrativas respecto de los dictámenes emitidos por el órgano contralor.

Dentro de dichas acciones contenciosa-administrativas, se encuentra, por supuesto, la acción declarativa de mera certeza, conforme a la amplia jurisprudencia revisada en este trabajo,

¹⁸ En ese sentido ver considerandos quinto y sexto de la sentencia rol n°16.660-2017 de fecha 20 de septiembre de 2017.

y que la doctrina comparada reconoce plenamente, constituyéndose como un contencioso-administrativo de interpretación plenamente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Conclusiones

1) La teoría del recurso contencioso-administrativo, cuyo origen clásico se encuentra en Francia, no habría sido acogida en Chile de manera unánime, existiendo hasta el día de hoy, diferentes opiniones por parte de la doctrina administrativa chilena, respecto al régimen de acciones contencioso-administrativo chileno.

2) Sin embargo, la división entorno a la pertenencia a una determinada tradición jurídica respecto al sistema contencioso-administrativo chileno, no ha impedido que la práctica jurídica haya creado y admitido la procedencia de diferentes tipos de acciones o recursos, con miras a la impugnación de las actuaciones o actos administrativos emanados de la Administración del Estado.

3) Así, la acción declarativa de mera certeza se ha configurado como un verdadero contencioso directo de interpretación, lo cuál ha sido confirmado por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en diversas sentencias, en materia administrativa, laboral y tributaria.

4) Ahora bien, las contiendas de competencia promovidas ante el Tribunal Constitucional y el Senado, por parte del órgano contralor, no obstan a la configuración del contencioso directo de interpretación en nuestro ordenamiento jurídico, en vista de que no existe un pronunciamiento respecto a la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República, consagrada en el artículo 6° de la ley n°10.336, y como aquella se relaciona con el control judicial que deben realizar los Tribunales Superiores de Justicia, respecto a la actividad administrativa emanada de dicho órgano.

5) Lo anterior, ha sido confirmado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, estableciendo la misma, la total procedencia del recurso de protección respecto a los dictámenes que emanan de la Contraloría General de la República, los cuáles a juicio del máximo Tribunal, revisten el carácter de acto administrativo de conformidad a la Ley de Bases de Procedimiento

Administrativo. Con dicha tesis, y lo señalado en el artículo 9° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en tanto, el sistema de derecho administrativo chileno siempre establece la impugnación judicial de los actos administrativos, y es aquí donde la práctica jurídica ha dejado a todas luces, la posibilidad de impugnar actos administrativos a través de la acción declarativa de mera certeza.

6) Finalmente, la acción declarativa de mera certeza se transforma en un verdadero símil, del recurso directo de interpretación francés, sumándose en conjunto al recurso de protección, la acción de nulidad de derecho público y al reclamo de ilegalidad municipal, a los mecanismos contencioso-administrativos, que como se enunció al inicio de este trabajo, el Ministro Pedro Pierry, incorporo a la jurisprudencia de la Corte Suprema, a través de la aplicación de las categorías del contencioso-administrativo francés al ordenamiento jurídico chileno.

BIBLIOGRAFÍA

1. Auby, M. y Drago, R. (1963): *Traite du Contentieux Administratif*, tomo XI, París, 1963
2. Altamira, Pedro Guillermo (1962): *Principios de lo Contencioso-Administrativo*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
3. Barnes Vásquez, Javier (coordinador) (1993): *la Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Ed. Civitas, Madrid
4. Bermúdez Soto, Jorge (2014): *Derecho Administrativo general*, Tercera edición actualizada, Thomson Reuters, La Ley, Santiago de Chile.
5. Brewer-Carias, Alan, Pérez Olivares, Enrique (1965): “El recurso contencioso-administrativo de interpretación en el sistema jurídico venezolano”, en *Revista de la Facultad de Derecho* n°32, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1965, pp. 103-126.
6. Brewer-Carias, Allan (1987): *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

7. Bordalí, Andres, Cortez, Gonzalo, Palomo, Diego (2014): *Proceso Civil*, Thomson Reuters, Santiago de Chile.
8. Calamandrei, Piero (1943): *Instituciones de Derecho Procesal Civil: Según el nuevo Código*, Editorial DePalma, Buenos Aires.
9. Carnelutti, Francisco (1942): *Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España.
10. Cassagne, Juan Carlos, Gottschau, Evelyn, Aberastury, Pedro (2009): “Reflexiones sobre la ley de justicia administrativa alemana”, en *la Ley de Justicia Administrativa alemana*, Pedro Aberastury, (Editor), Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
11. Chiovenda, Giuseppe (1936): *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
12. Chapus, René (1999): *Droit du contentieux administratif*, 8ª ed., Montchrestien, Paris,
- Cordero, Luis (2007): *El Control de la Administración del Estado*, Lexis Nexis, Santiago de Chile.
13. Cordero, Eduardo (2005): “la legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo”, en *La Justicia Administrativa*, Juan Carlos Ferrada (coord.), Lexis Nexis, Santiago de Chile, pp. 383-416.
14. Ferrada, Juan Carlos (2012): “El Sistema de Justicia Administrativa Chileno: revisión de la legalidad de actos administrativos o protección de derechos y/o intereses”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXV, N°1, pp. 103-126.
15. Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2016) “La clasificación de los recursos o acciones contencioso-administrativas en el Derecho Administrativo chileno: la influencia de la doctrina francesa en nuestro derecho y su aplicación jurisprudencial” en *Doctrina y enseñanza del Derecho Administrativo chileno: Estudio en Homenaje a Pedro Pierry Arrau*, Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez, Osvaldo Urrutia (coords.), Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 321-342
16. Fiamma, Gustavo (1986): “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al derecho procesal administrativo”, en *Revista de Derecho PUCV*, n°10, pp. 346-353

17. Gordillo, Agustín (1984), *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid,
18. González, Jesús (1957): *Derecho Procesal Administrativo*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
19. González-varas, Santiago (1993): *La Jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid.
20. Leible, Stefan (1999): *Proceso Civil Alemán*, Biblioteca jurídica Dike, Konrad Adenauer-Stiftung, Medellín-Colombia.
21. Letelier, Raúl (2015): “Contraloría General de la República”, en *La Constitución chilena*, Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada, Christian Viera (editores), LOM ediciones, Santiago de Chile.
22. Núñez, Juan Cristóbal, (1994): *Tratado de los Recursos Jurisdiccionales y Administrativos*, Editorial La Ley, Santiago de Chile.
23. Oelckers, Osvaldo, Pierry, Pedro, Pitto, Hernan, Manuel, Daniel (1976): *Lo Contencioso Administrativo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile.
24. Ortells, Manuel (2005): *Derecho procesal civil*, Aranzadi, Navarra,
25. Parejo, Luciano (2011): *Lecciones de Derecho Administrativo*, 4º edición, Tirant Lo Blanch, Valencia.
26. Pierry, Pedro (1980): “Control del acto administrativo. Recursos administrativos. Recurso contencioso administrativo”, en *Revista de Derecho de Valparaíso*, N°4, pp. 239-266
27. Romero, Alejandro (2006): *Curso de Derecho Procesal Civil: la acción y la protección de los derechos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile
28. Sarria, Félix (1943): *Teoría General del Recurso Contencioso-Administrativo*, Editorial Assandri, Córdoba.
29. Sayagués, Enrique (1959): *Tratado de Derecho Administrativo*, Editor Martin Bianchi Altuna, Montevideo

30. Silva, Enrique (1994): *Derecho Administrativo chileno y comparado. El Control Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
31. Soto, Eduardo (2012): “Litigación frente a la Administración del Estado: un recuento histórico”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n°1, pp. 13-23
32. Soto, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo*, Temas Fundamentales, Tercera edición actualizada, Thomson Reuters, Santiago de Chile.
33. Soto, Eduardo (2017): “La acción declarativa de mera certeza frente a la Administración del Estado”, en *Ius Publicum*, n°38, pp. 95-115
34. Tristán Bosch, Jorge (1951): *¿Tribunales Judiciales o Tribunales Administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, Victor P. de Zavalía (Editor), Buenos Aires
35. Ugarte, Alfredo, Ducci, Julio (2011): Las acciones declarativas o de mera certeza ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros, en *Estudios de Derecho Privado*, Libro homenaje al jurista René Abeliuk Manasevich, Universidad Andres Bello, 2011, pp. 337-350
36. Valdivia, José Miguel (2017): “Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo”, en *Lo público y lo privado en el derecho*, Estudios en Homenaje al profesor Enrique Barros Bourie, Schoff, Adrian, Marin, Juan Carlos (Edits.), Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 349-431
37. Vedel, George (1980): *Derecho Administrativo*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1980.
38. Zúñiga, Francisco (2017): “Contiendas de Competencia de la Contraloría General de la República y los Tribunales del Poder Judicial. Análisis de un caso de activismo judicial y de activismo contralor”, en *Derecho Público Iberoamericano*, n°11, pp. 193-209,

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de la República de Chile
2. Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, n°18.575, Diario Oficial, de 05 de diciembre de 1986
3. Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, n°19.880, Diario Oficial, 29 de mayo de 2003

4. Ley de Concesiones de obras públicas, Decreto con Fuerza de Ley n°164 del Ministerio de Obras Públicas, fija su texto refundido, coordinado y sistematizado en el Decreto n°900 de 18 de diciembre de 1996.

JURISPRUDENCIA

Nacional

Corte Suprema

1. Sentencia Corte Suprema (1985) Sociedad Cooperativa de Servicios de Agua Pichidanguí Ltda. con Fisco de Chile
2. Sentencia Corte Suprema (1987) Copagro
3. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago rol n°4221-2000 (2006)
4. Sentencia de la Corte Suprema rol n°6585-2007 (2009) Banco del Estado con Contraloría General de la República
5. Sentencia Corte Suprema rol n°45560-2016 (2016)
6. Sentencia Corte Suprema rol n°27.155-2015 (2016)
7. Sentencia Corte Suprema rol n°2433-2015 (2015)
8. Sentencia Corte Suprema rol n°5388-2005 (2006)
9. Sentencia Corte Suprema rol n°3027-2018 (2018)
10. Sentencia Corte Suprema rol n°10.499-2011 (2012)
11. Sentencia Corte Suprema rol n°16.660-2017 (2017)

Corte de Apelaciones

1. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago 1537-2017 (2017)
2. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago rol n°4221-2000 (2016)

Tribunal Constitucional

Sentencia Tribunal Constitucional rol n°3283-2016 (2017)

Extranjera

1. Sentencia Tribunal Constitucional Español, rol n°210 (1992)
2. Sentencia Tribunal Constitucional Español rol n°20 (1993)