



22º Juzgado Civil de Santiago

Rol Nº C-237-2021

*Valenzuela con Peribonio*

Cuaderno de medida precautoria

-----  
**En lo principal:** Interpone recurso de reposición, apelando en subsidio

**En el otrosí:** Interpone recurso de apelación

S.J.L.

RUTH ISRAEL LÓPEZ, Abogada Procurador Fiscal de Santiago, del Consejo de Defensa del Estado, en los autos individualizados en la presuma de esta presentación, a V.S. con respeto digo:

Que vengo en interponer recurso de reposición en contra de las resoluciones de V.S. de fecha 6 de abril de 2021, folio 14 y 13 del cuaderno de medida precautoria. Con la primera de ellas, el tribunal accedió a la medida cautelar de suspensión del sumario administrativo iniciado por la Contraloría General de la República. Con la segunda, se ordena a esta parte aclarar una petición por la que se acompañaba a estos autos tanto la resolución impugnada en la pretensión principal como el oficio mediante el cual se remitía el sumario administrativo al General Director de Carabineros de Chile.

La presente reposición se basa en los antecedentes y argumentos que a continuación expongo:

**§1. La decisión del tribunal ha sido adoptada con información incompleta, negándose V.S. a tener los antecedentes íntegros para su acertada resolución**

La acción principal de autos es una de nulidad de derecho público en virtud de la cual la parte demandante solicita se declare nula “la formulación de cargos de fecha 9 de septiembre del año en curso dictada por el Fiscal Instructor de la Contraloría General de la República don Carlos Soto Muñoz, notificada a mis representado con fecha 9, 10, 11 y 14 de septiembre de 2020 respectivamente, en el marco del sumario administrativo iniciado por la CGR respecto de mis representados, mediante Resolución Exenta Nº 04227-2019 (...)”.

Tal como expusieron ambas partes en estos autos, a la formulación de cargos le siguió la Resolución Exenta Nº 1047 que aprobó el sumario administrativo instruido en Carabineros de Chile proponiéndose las medidas disciplinarias que en dicho acto se indican. Esta resolución pone fin a la intervención de la Contraloría en esta investigación.

Mediante decisión de fecha 11 de marzo de 2021, de folio 7, V.S. resuelve la petición cautelar de la siguiente forma: “para resolver acompañese resolución exenta Nº 1047 de 3 de marzo de 2021”. Esta decisión es completamente justificada toda vez que la petición precautoria está relacionada con la etapa en la que se encuentra el sumario administrativo y es en dicha resolución donde se encuentran los principales fundamentos de la investigación sumarial. De

esta forma, el tribunal, acertadamente, requería analizar, aunque sea provisionalmente, la plausibilidad de la petición principal para analizar, con ella, la petición cautelar.

Mediante presentación de la demandante de fecha 15 de marzo de 2021, dice ella cumplir lo ordenado acompañando solamente la “parte resolutive de resolución exenta N°1047”. Lo anterior, según refiere, debido a que “la resolución excede el tamaño permitido de la OJV, debido a que se trata de un documento de 160 páginas”.

En virtud de esto, y con el objeto de que V.S. adoptase la decisión cautelar teniendo conocimiento de los fundamentos del sumario administrativo, nuestra parte, con fecha 26 de marzo, presentó un escrito con el objeto de acompañar copia íntegra de la referida Resolución 1047-2021 y también del Oficio N° 44-2021 por el cual se remite la investigación al General Director de Carabineros de Chile. En esa presentación, y por tratarse de piezas de un sumario administrativo que, de conformidad con el art. 5 de la Resolución N° 510 de 2013 que Aprueba el Reglamento de sumarios instruidos por la Contraloría General de la República, tienen el carácter de secretas, solicitamos que V.S. nos indicase el día y horario para entregarlas directamente en las dependencias del tribunal.

Sin embargo, el tribunal, aun cuando había requerido previamente su revisión, consideró luego que tener el texto completo del acto administrativo, donde constan los fundamentos de la investigación administrativa llevada a cabo por la Contraloría General de la República, no era relevante para resolver en derecho la petición precautoria de autos y decidió el mismo día en que se pronunció favorablemente a dicha petición que “previamente para resolver, aclárese finalidad de lo solicitado, atendiendo el estado procesal de la presente incidencia”.

Tal consignó el tribunal en el considerando 5º de la resolución que accede a la precautoria, y resolvió la cuestión sometida a su decisión solo con la parte final y resolutive de la Resolución 1047-2021, sin sus fundamentos fácticos ni jurídicos.

Esta decisión, da cuenta del escenario en el que se ha producido la resolución que accedió a la medida precautoria innominada de autos. Ella se ha adoptado sin analizar los fundamentos básicos del sumario administrativo, sin revisar la etapa en que se encontraba la investigación administrativa y sin revisar la posición jurídica de los demandantes con respecto a aquel procedimiento. El tribunal, por el contrario, ha estimado, incorrectamente, que basta la interposición de una acción de nulidad, incluso respecto de un acto trámite o intermedio, para que deba suspenderse indefinidamente una investigación administrativa a punto de terminar.

## **§2. Un análisis somero de los argumentos en que se basa la nulidad solicitada, de los fundamentos de la resolución impugnada y de la petición precautoria descartan la existencia de *fumus boni iuris***

La doctrina y la jurisprudencia son contestes en exigir, para dar lugar a una medida cautelar, el llamado *fumus boni iuris*. Tal como indica Marín, “el demandante, al solicitar una medida precautoria, está afirmando la existencia de un derecho cautelable, pero evidentemente, no es suficiente con esta sola afirmación. Se requiere, por tanto, algún grado mayor de avance; es

necesario que al menos la existencia de ese derecho que se afirma aparezca como posible”<sup>1</sup>. La misma idea es sostenida por Anabalón cuando indica que “no basta la sola voluntad del acreedor o demandante para acceder a las medidas precautorias por él solicitadas; es preciso, asimismo, que su petición envuelva un justo temor de verse burlado en sus particulares derechos por parte del contendor y que así lo compruebe al tribunal de una manera evidente”<sup>2</sup>.

En el presente caso, en efecto, la petición de la parte demandante es la de anular una investigación administrativa y la cautelar solicitada pretende que los efectos de esa petición sean, de cierta forma, adelantados a esta etapa procesal. Esa petición, por ello, exige al tribunal analizar, aunque sea someramente, los fundamentos de la controversia jurídica principal sometida a su decisión.

El tribunal, sin embargo, no ha decidido acoger la medida precautoria tomando en consideración las circunstancias especiales de la parte demandante con relación al proceso sumarial. Tampoco ha analizado el *fumus boni iuris* de la pretensión anulatoria ejercida como pretensión principal. Tal como hemos referido, ni siquiera ha tenido a la vista los fundamentos jurídicos y fácticos de la investigación sumarial.

Su razonamiento, en cambio, es de tal manera general, que este sería aplicable a todo procedimiento sumarial en actual sustanciación. Para el tribunal, el solo hecho de que exista una nulidad solicitada obligaría a suspender un acto intermedio dentro de un sumario administrativo en curso. Ello, tal como pronto examinaremos, es improcedente.

En efecto, la doctrina expone que una medida de suspensión provisional de un acto administrativo no puede ordenarse sin realizar un examen, aunque sea superficial, de la legalidad del acto administrativo. Tal como indica la doctrina “el juez contencioso-administrativo debe enjuiciar la procedencia de la pretensión cautelar, aplicando el criterio de apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”), realizando un examen “a primera vista” de la infracción o vicio de legalidad aducido contra el acto o disposición administrativa impugnados, sin prejuzgar la cuestión de fondo”<sup>3</sup>.

Por su parte, tal como indica Sammartino, el requisito de la apariencia de buen derecho sobre el que se funda la medida cautelar de suspensión de un acto administrativo despliega su alcance a través de un doble requisito de ponderación. Por un lado, la verosimilitud del derecho, o *fumus boni iuris*, requisito que se integra “con el título o razón jurídica suficiente alegado por el peticionario como fundamento de su pretensión cautelar”. “Concretamente – prosigue el autor – aquél debe invocar y demostrar, en grado de probabilidad o apariencia, que es portador o beneficiario de una relación de disponibilidad o utilidad sobre los bienes jurídicos en litigio”<sup>4</sup>. Por otro lado, debe comprobar la verosimilitud de la ilegitimidad del acto o *fumus mali actis* en virtud de la cual “el tribunal deberá meritarse si concurren o no indicios razonables y convincentes

---

<sup>1</sup> Marin J.C. (2016) Tratado de las medidas cautelares, 2ª ed., Santiago: Ed. Jurídica, p. 329.

<sup>2</sup> Anabalón, C. (1954) *El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago: Ed. Jurídica, pp. 66 y 67.

<sup>3</sup> Bandrés, J.M. (2013) *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 102.

<sup>4</sup> Sammartino, P. (2004) “Medidas cautelares frente a autoridades públicas”, en *Documentación Administrativa*, Nº 269-270, p. 70.

de ilegitimidad susceptibles de autorizar, en el estadio procesal pertinente, la procedencia de la pretensión principal incoada”<sup>5</sup>. A la misma conclusión llega, en Chile, el profesor Andrés Bordalí en uno de los principales textos especializados sobre este tema<sup>6</sup>.

Ninguna de estas circunstancias ha sido analizada en la decisión que accedió a la suspensión solicitada.

### **§2.1. Un análisis somero de los argumentos en que se basa la nulidad solicitada y aquellos que constan en la resolución impugnada permiten descartar el *fumus boni iuris* tratándose de impugnaciones de actos intermedios o “actos trámite”.**

En efecto, es doctrina pacífica el que las acciones de nulidad deben ejercerse respecto de actos administrativos terminales toda vez que solo en ellos puede observarse la real voluntad del órgano de la Administración pudiéndose afectar con ella las posiciones jurídicas de los sujetos intervinientes. Es, así, impertinente e ineficiente que aquellos que solo tienen sospechas de que serán afectados por actos reclamen contras decisiones intermedias teniendo la oportunidad luego de impugnar el acto que contenga el razonamiento terminal del asunto. Tal como indica el art. 8 de la Ley Nº 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen a la Administración del Estado (en adelante LBPA) “todo procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”. La misma idea es repetida en el art. 18 de la misma ley cuando define el procedimiento administrativo como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”. Esta norma da cuenta del carácter accesorio de los actos de tramitación y de la reunión de todos ellos para construir el acto decisorio final.

Aun cuando referido a la impugnación administrativa, el art. 15 de la LBPA expresa con claridad que “los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”. Esta norma da cuenta de que la legislación no mira con buenos ojos una impugnación hipotética, apresurada o que solo refleje una parte de un razonamiento todavía incompleto.

Este criterio ha sido sostenido por la Excmá. Corte Suprema, de forma invariable, incluso para casos similares al de autos. En relación con la resolución de la Contraloría General de la República que aprueba un sumario administrativo, ha dicho el máximo tribunal, conociendo de una acción de protección, que “actos como aquel que motiva el presente recurso no satisfacen esa exigencia, porque se trata de actos de carácter intermedio”. “Este tipo de actos se caracteriza por insertarse en un procedimiento más amplio y complejo y que se desarrolla conforme a un orden consecutivo legal, en el cual tanto el administrado como la autoridad administrativa ejercen y asumen derechos y cargas, agotando las diversas etapas

---

<sup>5</sup> Ibídem, p. 71.

<sup>6</sup> Bordalí, A. (2019) “El *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en la tutela cautelar del contencioso-administrativo chileno”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Nº 30, p. 77-78.

procedimentales hasta su conclusión. El acto intermedio se identifica, de esta forma, por atribuir a los intervinientes posiciones de orden fundamentalmente procedimental o adjetivo. De ahí que carezca de la eficacia jurídica necesaria para perturbar el legítimo ejercicio de derechos de orden constitucional. Esto determina, a su vez, que no sea susceptible, en principio, de revisión a través de la cautela conservativa que provee el recurso de protección, sino sólo por los medios de impugnación que contemple el mismo procedimiento en que se emite”<sup>7</sup>.

Del mismo modo, se ha sostenido, refiriéndose a los cargos formulados en un sumario administrativo, “que conforme dan cuenta los antecedentes resulta incuestionable que el comportamiento objetado en autos, fue dispuesto por la autoridad respectiva en el desarrollo de un procedimiento administrativo aún no concluido, configurando un acto intermedio o de trámite inmerso en él que, en cuanto a su finalidad, apunta a que se pueda realizar a la postre, el acto final de cumplimiento o de término de dicho proceso y carece, por ende, de la aptitud necesaria para conculcar cualquier garantía constitucional, puesto que, como acto intermedio, no puede generar efecto en tal sentido (...)”<sup>8</sup>.

Lo mismo ha sostenido la jurisprudencia respecto de la impugnación de la resolución del fiscal instructor que niega lugar a dejar sin efecto los cargos formulados. “La decisión del Fiscal Instructor en cuanto formula cargos, es una decisión propia y facultativa que le corresponde adoptar, atendido su rol de Fiscal Instructor. No puede ella ser afectada por medio de un recurso que pretenda calificar la juridicidad y mérito de esa decisión, la que debe ser objeto de resolución del órgano encargado de resolver la absolución o condena y en su caso, la naturaleza de la pena administrativa, que no es otro que el Jefe de Servicio”. “Es útil resaltar que la acción considerada ilegal y arbitraria por los recurrentes se encuentra inserta dentro de un procedimiento administrativo en actual tramitación y, por consiguiente, se trata de un acto “tramite” y no de un acto “final”, circunstancia que hace inoperante la acción constitucional hecha valer”<sup>9</sup>.

La improcedencia de la acción cautelar respecto de actos intermedios o trámites es pacífica y de alta aplicación por la jurisprudencia. Se utiliza en el ámbito del nombramiento de autoridades<sup>10</sup>, de resoluciones de pensiones de retiro<sup>11</sup>, de resoluciones de diligencias dentro de sumarios administrativos<sup>12</sup>, de remuneraciones<sup>13</sup>, de procedimientos invalidatorios<sup>14</sup>, de monumentos nacionales<sup>15</sup>, de anteproyectos de edificación<sup>16</sup>, de procedimientos medioambientales<sup>17</sup>, de

---

<sup>7</sup> CS, 2018, Rol N° 11951-2018.

<sup>8</sup> CS, 2019, Rol N° 29.663-2019.

<sup>9</sup> CA Talca. Confirmada por CS, 2018, Rol 8541-2018.

<sup>10</sup> CA Santiago, 2018, Rol N° 31.499-2018.

<sup>11</sup> CS, 2017, Rol 35.257-2017.

<sup>12</sup> CA Concepción. Confirmada por CS, 2018, Rol 26.618-2018.

<sup>13</sup> CS, 2017, Rol 40.306-2017.

<sup>14</sup> CS, 2017, Rol N° 27.847-2017; CS, 2017, Rol 33685-2017; CA Arica, Confirmada por CS, 2014, Rol N° 8313-2014.

<sup>15</sup> CS, 2017, Rol N° 38.655-2017.

<sup>16</sup> CA Stgo, 2016, Rol N° 51707.

<sup>17</sup> CA Temuco, confirmada por CS, 2018, Rol N° 4498-2018; CA Puerto Montt, 2014, Rol N° 125-2014; CA Copiapó, 2014, Rol N° 488-2013..

procedimientos en materia de educación<sup>18</sup>, de seguridad social<sup>19</sup>, entre otros. Lo mismo se sostiene invariablemente por la doctrina. Tal como indica Cordero, una de las consecuencias relevantes de la distinción entre actos trámite y actos terminales “es la procedencia de la impugnación del acto en vía administrativa o jurisdiccional, en la medida que son impugnables los definitivos; y los de trámite, sólo lo serán en circunstancias calificadas, que en términos generales se traducen en que causan efectos equivalentes a los propios de una resolución definitiva (...)”<sup>20</sup>.

En lo que respecta a actos relativos a sumarios administrativos sustanciados por la Contraloría General de la República se han considerado "actos intermedios" o "actos trámites", las resoluciones de la Contraloría por las cuales se aprueba la realización de un sumario administrativo<sup>21</sup>, los actos procedimentales que se desarrollen dentro de él que no impliquen la dictación de un acto terminal<sup>22</sup> y las resoluciones del Fiscal Instructor que niegan dejar sin efecto los cargos genéricos formulados a los recurrentes<sup>23</sup>.

Como puede observarse, un análisis incluso superficial, como aquel que exige el *fumus boni iuris*, permite descartar una plausibilidad tal de la pretensión principal que amerite la paralización de un procedimiento sumarial cercano a terminar.

## **§2.2. Un análisis somero de los argumentos en que se basa la nulidad solicitada y aquellos que constan en la resolución impugnada permiten descartar el *fumus boni iuris* tratándose de una impugnación general a la competencia de la Contraloría General de la República para sustanciar sumarios administrativos**

La acción principal impetrada en estos autos pretende cuestionar la legalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sustanciar sumarios administrativos.

En este sentido, cabe indicar, también como argumentos inmediatos, que dicha facultad se encuentra contenida de forma expresa en la Ley Nº 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República (en adelante LOCGR). El art. 133 de esa ley dispone que “el Contralor o cualquier otro funcionario de la Contraloría, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de Servicios y a los demás funcionarios, y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria”. Por su parte, el art. 131 de la misma ley permite al Contralor General constituir delegados en los servicios públicos “con el fin de practicar las inspecciones e investigaciones que estime necesarias”.

Por su parte, y en cumplimiento de dicha competencia, la Contraloría General de la República aprobó la Resolución Nº 510 de 2013 que Aprueba el Reglamento de sumarios instruidos por

---

<sup>18</sup> CS, 2017, Rol Nº 34.096-2017.

<sup>19</sup> CS, 2018, Rol Nº 18.160-2017.

<sup>20</sup> Cordero, L. (2015) *Lecciones de Derecho Administrativo*, Santiago, Thomson Reuters, p. 254.

<sup>21</sup> CS, 2018, Rol Nº 11951-2018.

<sup>22</sup> CA Concepción, 2018, Rol N 10.037-2018.

<sup>23</sup> CA Talca, confirmada por sentencia de CS, 2018, Rol Nº 8541-2018.

dicho servicio. Esta resolución, no impugnada en autos, fue publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de diciembre de 2017.

Ambas normas se aplican a cualquier funcionario de la Administración del Estado. Al efecto, y de acuerdo con art. 1º, inciso 2º de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado “la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (...)”.

Como puede observarse, esta cadena normativa impide, incluso *prima facie*, considerar incompetente a la Contraloría General de la República para sustanciar un sumario administrativo como el referido en estos autos. Dicha facultad es ejercida por la Contraloría especialmente cuando las denuncias son realizadas ante el propio órgano contralor, cuando los afectados son altos directivos del servicio o cuando el servicio afectado posee conflictos de interés para sustanciar por si mismo la investigación sumarial.

Esta facultad, por lo demás ha sido también reconocida de manera invariable por la jurisprudencia. Así, se ha indicado que “a aquella le corresponde ejercer un control de auditoría -entre otras funciones- para vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo a que se encuentren sometidos los respectivos funcionarios, emitir dictámenes jurídicos sobre las materias propias de ese personal e instruir sumarios administrativos en las instituciones sometidas a su fiscalización (...)”<sup>24</sup>.

En un caso similar a este, pero referido a funcionarios del Ejército, ha indicado también la Excm. Corte Suprema, analizando el art. 131 de la LOGR “que del análisis de la norma antes citada, resulta prístino concluir que las facultades de fiscalización del Órgano Contralor se extienden a todos los funcionarios de los Servicios públicos y demás entidades sujetas a su supervigilancia dentro de los que por cierto se encuentra el Hospital Militar del Norte , no contemplando dicho precepto excepción alguna al respecto, por lo que necesariamente la alegación formulada por la recurrente, en orden a carecer la recurrida de competencia para investigarla y formularle cargos debe ser desestimada”<sup>25</sup>.

La doctrina, por su parte, reafirma también esta competencia cuando indica que “en nuestro país, la persecución, decisión acerca de la responsabilidad administrativa y aplicación de sanciones compete a la Administración Activa (servicio público u órgano estatal que corresponda y a su jefatura superior), sin perjuicio de las facultades de Contraloría General de la República, la que se limita a la proposición de sanciones a la Administración, salvo el caso del DL. Nº 799”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> CS, 2020, Rol Nº 23.043.

<sup>25</sup> CS, 2016, Rol Nº 20379-2015.

<sup>26</sup> Aldunate, F. (2011) *La responsabilidad administrativa y procedimientos disciplinarios*, Santiago, Thomson Reuters, p. 9.

Este tipo de razonamientos, que debieron ser considerados por el tribunal al resolver la petición cautelar de los demandantes, dan cuenta de manera inequívoca que dicha petición precautoria debió ser ineludiblemente rechazada.

**§3. Un análisis somero de los argumentos en que se basa la nulidad solicitada y aquellos que constan en la resolución impugnada permiten descartar la existencia de *periculum in mora*. Hasta el momento no existe una decisión administrativa que le genere perjuicio a los demandantes. Su perjuicio es completamente eventual. Solo la resolución de término del sumario administrativo podrá ser suspendida precautoriamente si se cumplen las exigencias legales para ello.**

La jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada ha entendido que, dentro de los juicios contencioso-administrativos, el llamado *periculum in mora*, en tanto exigencia para otorgar protección cautelar, exige “una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia”<sup>27</sup>. Esta idea consolida el sentido que la institución posee, esto es, el de evitar daños o perjuicios que la decisión administrativa se encuentra ocasionando actualmente, con tal intensidad que aquellos efectos podrían no ser enervados aún de acogerse la pretensión principal. “El temor de que se produzca un evento con aptitud bastante para producir un daño antijurídico que, durante la tramitación del litigio, pudiera tornar inoperante, privar de eficacia o volver abstracta a la sentencia, es el presupuesto decisivo, la clave de bóveda, que define la procedencia de cualquier clase de tutela cautelar”<sup>28</sup>. “La suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en el principal se presenta como un factor de evitación de un perjuicio previsiblemente irreparable o de difícil reparación ulterior mientras se prolonga el proceso judicial, daño que, de producirse, es capaz de volver inoperante e ineficaz a la sentencia”<sup>29</sup>. Como puede observarse, el análisis cautelar parte necesariamente de la base que existe un perjuicio en el estado actual de la impugnación.

No obstante ello, la propia sentencia reconoce que “es posible advertir que la aplicación de las sanciones propuestas, como resultado a la actividad administrativa, son inciertas, desconociendo si efectivamente serán aplicadas y su magnitud o alcance (...)”. Esta declaración da cuenta, sin lugar a duda, del principal defecto de la decisión recurrida que dio lugar a la petición cautelar. Ella, sencillamente, no reflexionó sobre el *periculum in mora* que le afecta a los demandantes. Y no lo pudo hacer precisamente porque su afectación, en este momento, es incierta y eventual.

Lo que motiva al tribunal a adoptar su decisión, en cambio, es que “lo cierto es que de aplicarse [las sanciones] con anterioridad a que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto

---

<sup>27</sup> Sammartino, P. (2004) “Medidas cautelares frente a autoridades públicas”, en *Documentación Administrativa*, Nº 269-270, p. 71.

<sup>28</sup> *Ibidem.*, p. 72.

<sup>29</sup> *Ibidem.*, p. 72.



es, sobre la validez o nulidad de impetrado, podría redundar –eventualmente– en hacer imposible de cumplir lo que se resuelva en definitiva, por cuanto en el supuesto de acogerse la demanda, las sanciones propuestas a consecuencia de la formulación de cargos realizadas en el procedimiento en cuestión, podrían ser dejadas sin efecto, ocasionando además un perjuicio irreparable a los demandantes”.

Estos dos razonamientos reflejan la incorrección de la resolución recurrida que acogió la suspensión del sumario administrativo. Por un lado, es precisamente aquella incertidumbre en la forma en que terminará el sumario administrativo lo que impide entender que la posición jurídica actual de la parte demandante se encuentra en peligro. Por otro lado, que el solo cuestionamiento de un acto intermedio en un sumario administrativo obligue a su suspensión, es sistémicamente insostenible.

Ambos razonamientos se examinan a continuación.

### **§3.1. No hay *periculum in mora* si no hay decisión terminal y, por ende, ella no ha podido afectar todavía a la parte demandante**

Tal como hemos indicado, el análisis del *periculum in mora* exige detenerse en las condiciones actuales a que se encuentra sometida la parte demandante con el objeto de verificar a qué tipo de perjuicio estaría sometida de no suspenderse el acto cuya nulidad se solicita.

La sola expresión de la pregunta permite resolver la cuestión sin margen de duda. La actual posición jurídica en que se encuentra la parte demandada no permite ver perjuicio alguno que la resolución cuya suspensión solicita le esté causando. Y ello es así porque la resolución intermedia impugnada no tiene la aptitud de afectar la posición jurídica que actualmente posee dicha parte.

Tal como indica el art. 36 de la Resolución 510, Reglamento de sumarios de la CGR, la participación de la CGR terminará con una resolución que apruebe la vista del fiscal “proponiendo la aplicación de medidas disciplinarias, la absolución, el sobreseimiento del involucrado o del sumario”.

Como puede observarse, el sumario administrativo no se encuentra actualmente concluido. No tiene una resolución final, en los términos del artículo 41 de la LBPA que indica que “la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados”. De esta forma, no hay decisión del sumario administrativo y, por ende, no puede haber afectación en las posiciones jurídicas de la parte demandante.

### **§3.2. No hay *periculum in mora* por el solo hecho de haberse deducido una acción de nulidad contra un acto intermedio en un sumario administrativo en actual tramitación. Los precedentes jurisdiccionales descartan esta posibilidad**

El tribunal estima que la medida precautoria solicitada “cumple con los requisitos establecidos por el legislador, ya que se acompañan antecedentes que constituyen una presunción grave del

derecho que se reclama, como lo constituyen las resoluciones referidas donde efectivamente consta la formulación de cargos, entre otras y además la propuesta de sanciones disciplinarias – todas piezas del sumario administrativo – cuya validez será jurídicamente analizada y resuelta en la oportunidad procesal, por éste órgano jurisdiccional”.

Como puede observarse, para el tribunal, el solo hecho de haberse dictado una formulación de cargos y una propuesta de sanciones disciplinarias constituiría una “presunción grave del derecho que se reclama”.

Por otra parte, luego de reconocer el tribunal que la imposición sancionatoria es solo eventual, se coloca en una posición hipotética, pues, infiere que al ser aquellas impuestas “lo cierto es que de aplicarse con anterioridad a que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, sobre la validez o nulidad de derecho público impetrado, podría redundar –eventualmente– en hacer imposible de cumplir lo que se resuelva en definitiva, por cuanto en el supuesto de acogerse la demanda, las sanciones propuestas a consecuencia de la formulación de cargos realizadas en el procedimiento en cuestión, podrían ser dejadas sin efecto, ocasionando además un perjuicio irreparable a los demandantes”. En resumen, vuelve a sostener que la sola amenaza de nulidad del acto recurrido obliga a su suspensión inmediata.

La decisión del tribunal subvierte la presunción de legalidad de los actos administrativos dispuesta en el art. 3 de la LBPA en virtud de la cual es dentro del proceso judicial declarativo donde debe discutirse y decidirse la impugnación de un acto administrativo. Mientras no exista una declaración institucional de un poder del Estado, como el Poder Judicial, el acto administrativo, como acto potestativo que es, debe ser considerado como legal. Mientras su ilegalidad no sea acreditada judicialmente, su legalidad debe presumirse de forma tal que solo circunstancias excepcionales (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), debidamente fundadas, justifiquen su suspensión provisional.

A este respecto, cabe consignar, nuevamente, que el tribunal no ha tomado conocimiento siquiera de los fundamentos del acto administrativo impugnado, toda vez que ha decidido acoger la precautoria solicitada prescindiendo de conocer el texto íntegro de la resolución que propuso las sanciones administrativas.

Todo lo que venimos sosteniendo, por lo demás, ya había sido expresado en la sentencia de la Excma. Corte Suprema en la causa rol N° 2.789-2019, de 20 de mayo de 2019, que rechazó el recurso de protección interpuesto en contra de la CGR por la emisión del oficio N° 9.539, de 2018, que desestimó la paralización del sumario administrativo ordenado instruir en la Municipalidad de Lo Barnechea aun cuando el recurrente fundó su acción en que con posterioridad a la instrucción del sumario, habría interpuesto una demanda de nulidad de derecho público. Según el demandante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCGR y la aplicación supletoria de la LBPA, procedía que la Contraloría suspendiera el sumario administrativo en tanto no se resolviera por sentencia firme la referida demanda de nulidad de derecho público.

En el referido fallo el Excmo. Tribunal declaró en sus considerandos octavo y noveno lo siguiente:

“Octavo: Que, también se debe considerar, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, que una interpretación contraria a la consignada en el motivo que antecede pondría en contradicción la norma señalada del artículo sexto de la Ley Orgánica de la Contraloría General con gran parte de las facultades que la misma ley le entrega, lo que carecería de toda lógica y de la necesaria interpretación armónica de sus preceptos (CS Rol Nº 5984-12, Considerando Undécimo. En el mismo sentido, roles Nos. 2791-2012, 17.133-2014, 23.082-2014, 1621-2015 y 41.444-2017).

En efecto, de acogerse la tesis del recurrente, bastaría con que cualquier funcionario público investigado en un sumario administrativo ordenado instruir por la Contraloría General de la República conforme al artículo 131 y siguientes de la Ley Nº 10.336, ejerciera la acción de nulidad de derecho público, otra equivalente o incluso distinta, para obtener la paralización de la indagación sumarial, lo cual es contrario a una interpretación sistemática, armónica y finalista de los preceptos del señalado cuerpo legal en relación con lo dispuesto en el artículo 98 de la Carta Magna, con el agregado que, en los hechos, ello importaría una paralización de las funciones que el ordenamiento jurídico confiere a la entidad de control.

Noveno: Que, así las cosas, es posible concluir que la actuación que se reprocha a la recurrida no es ilegal, desde que ésta se ha limitado a ejercer las atribuciones y cumplir las funciones que le asignan las leyes, y sobre la base de ese marco normativo ha rechazado la suspensión del procedimiento sumarial ordenado instruir conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Nº 10.336(..)”.

El razonamiento de la Excm. Corte Suprema es acertado porque da cuenta de un análisis sistémico de las competencias de la Contraloría para instruir sumarios administrativos y del ejercicio de la función jurisdiccional contencioso-administrativa, cuyo objetivo primordial es revisar la legalidad del acto que coloca fin al procedimiento administrativo. El art. 54 de la LBPA reafirma esta idea. Una vez que hay decisión final, el afectado puede optar por reclamar administrativa o judicialmente, pero debe necesariamente esperar que haya una decisión administrativa final antes de recurrir a la impugnación judicial. El sentido de la norma es bastante claro. La impugnación jurisdiccional exige una decisión administrativa de término.

La tesis del tribunal recurrido ocasionaría efectos devastadores en todos los sumarios administrativos toda vez que, tal como lo avizora la Corte, los plazos de duración de las acciones de impugnación se traspasarían a la duración de los sumarios administrativos, cuestión que necesariamente debe ser evitada. La suspensión otorgada por la resolución recurrida, al contrario de lo querido por el tribunal, genera mayor incerteza en el proceso sumarial, prolongando innecesariamente una conclusión que era inminente. La etapa en la que se encuentra el sumario administrativo hace incomprensible la preocupación del tribunal por una extensa tramitación del sumario administrativo. Este, por el contrario, se encuentra en su fase final y es precisamente la suspensión ocasionada por la resolución que accede a la precautoria la que generará una dilación completamente injustificada de aquel.

**Por tanto**, y de conformidad a las consideraciones realizadas,

**Ruego a V.S.**, se sirva tener por interpuesto recurso de reposición en contra de las resoluciones individualizadas, acogerlo en todas sus partes, dejando sin efectos ambas resoluciones y denegando en todas sus partes la medida precautoria solicitada por la parte demandante de autos.

En subsidio, y para el evento en que V.S. rechace total o parcialmente la reposición referida a la resolución de fecha 6 de abril de 2021, correspondiente al folio 14 y que dio lugar a la medida precautoria indicada, ya sea por razones sustantivas o por estimarlo procesalmente improcedente, deduzco recurso de apelación para ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, con los mismos fundamentos y peticiones contenidas en el recurso de reposición precedente.

**Otrosí:** Que vengo en interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de V.S. de fecha 6 de abril de 2021, folio 14 del cuaderno de medida precautoria, por la que el tribunal accedió a la medida cautelar de suspensión del sumario administrativo iniciado por la Contraloría General de la República.

La presente apelación se basa en los antecedentes y argumentos que a continuación expongo:

**§1. La decisión del tribunal ha sido adoptada con información incompleta, negándose V.S. a tener los antecedentes íntegros para su acertada resolución**

La acción principal de autos es una de nulidad de derecho público en virtud de la cual la parte demandante solicita se declare nula “la formulación de cargos de fecha 9 de septiembre del año en curso dictada por el Fiscal Instructor de la Contraloría General de la República don Carlos Soto Muñoz, notificada a mis representado con fecha 9, 10, 11 y 14 de septiembre de 2020 respectivamente, en el marco del sumario administrativo iniciado por la CGR respecto de mis representados, mediante Resolución Exenta N° 04227-2019 (...)”.

Tal como expusieron ambas partes en estos autos, a la formulación de cargos le siguió la Resolución Exenta N° 1047 que aprobó el sumario administrativo instruido en Carabineros de Chile proponiéndose las medidas disciplinarias que en dicho acto se indican. Esta resolución pone fin a la intervención de la Contraloría en esta investigación.

Mediante decisión de fecha 11 de marzo de 2021, de folio 7, V.S. resuelve la petición cautelar de la siguiente forma: “para resolver acompañese resolución exenta N° 1047 de 3 de marzo de 2021”. Esta decisión es completamente justificada toda vez que la petición precautoria está relacionada con la etapa en la que se encuentra el sumario administrativo y es en dicha resolución donde se encuentran los principales fundamentos de la investigación sumarial. De esta forma, el tribunal, acertadamente, requería analizar, aunque sea provisionalmente, la plausibilidad de la petición principal para analizar, con ella, la petición cautelar.

Mediante presentación de la demandante de fecha 15 de marzo de 2021, dice ella cumplir lo ordenado acompañando solamente la “parte resolutive de resolución exenta N°1047”. Lo

anterior, según refiere, debido a que “la resolución excede el tamaño permitido de la OJV, debido a que se trata de un documento de 160 páginas”.

En virtud de esto, y con el objeto de que V.S. adoptase la decisión cautelar teniendo conocimiento de los fundamentos del sumario administrativo, nuestra parte, con fecha 26 de marzo, presentó un escrito con el objeto de acompañar copia íntegra de la referida Resolución 1047-2021 y también del Oficio N° 44-2021 por el cual se remite la investigación al General Director de Carabineros de Chile. En esa presentación, y por tratarse de piezas de un sumario administrativo que, de conformidad con el art. 5 de la Resolución N° 510 de 2013 que Aprueba el Reglamento de sumarios instruidos por la Contraloría General de la República, tienen el carácter de secretas, solicitamos que V.S. nos indicase el día y horario para entregarlas directamente en las dependencias del tribunal.

Sin embargo, el tribunal, aun cuando había requerido previamente su revisión, consideró luego que tener el texto completo del acto administrativo, donde constan los fundamentos de la investigación administrativa llevada a cabo por la Contraloría General de la República, no era relevante para resolver en derecho la petición precautoria de autos y decidió el mismo día en que se pronunció favorablemente a dicha petición que “previamente para resolver, aclárese finalidad de lo solicitado, atendiendo el estado procesal de la presente incidencia”.

Tal consignó el tribunal en el considerando 5º de la resolución que accede a la precautoria, y resolvió la cuestión sometida a su decisión solo con la parte final y resolutive de la Resolución 1047-2021, sin sus fundamentos fácticos ni jurídicos.

Esta decisión, da cuenta del escenario en el que se ha producido la sentencia que accedió a la medida precautoria innominada de autos. Ella se ha adoptado sin analizar los fundamentos básicos del sumario administrativo, sin revisar la etapa en que se encontraba la investigación administrativa y sin revisar la posición jurídica de los demandantes con respecto a aquel procedimiento. El tribunal, por el contrario, ha estimado, incorrectamente, que basta la interposición de una acción de nulidad, incluso respecto de un acto trámite o intermedio, para que deba suspenderse indefinidamente una investigación administrativa a punto de terminar.

**§2. Un análisis somero de los argumentos en que se basa la nulidad solicitada, de los fundamentos de la sentencia impugnada y de la petición precautoria descartan la existencia de *fumus boni iuris*.**

La doctrina y la jurisprudencia son contestes en exigir, para dar lugar a una medida cautelar, el llamado *fumus boni iuris*. Tal como indica Marín, “el demandante, al solicitar una medida precautoria, está afirmando la existencia de un derecho cautelable, pero evidentemente, no es suficiente con esta sola afirmación. Se requiere, por tanto, algún grado mayor de avance; es necesario que al menos la existencia de ese derecho que se afirma aparezca como posible”<sup>30</sup>. La misma idea es sostenida por Anabalón cuando indica que “no basta la sola voluntad del acreedor o demandante para acceder a las medidas precautorias por él solicitadas; es preciso, asimismo,

---

<sup>30</sup> Marín J.C. (2016) Tratado de las medidas cautelares, 2ª ed., Santiago: Ed. Jurídica, p. 329.

que su petición envuelva un justo temor de verse burlado en sus particulares derechos por parte del contendor y que así lo compruebe al tribunal de una manera evidente”<sup>31</sup>.

En el presente caso, en efecto, la petición de la parte demandante es la de anular una investigación administrativa y la cautelar solicitada pretende que los efectos de esa petición sean, de cierta forma, adelantados a esta etapa procesal. Esa petición, por ello, exige al tribunal analizar, aunque sea someramente, los fundamentos de la controversia jurídica principal sometida a su decisión.

El tribunal, sin embargo, no ha decidido acoger la medida precautoria tomando en consideración circunstancias especiales de la parte demandante con relación al proceso sumarial. Tampoco ha analizado el *fumus boni iuris* de la pretensión anulatoria ejercida como pretensión principal. Tal como hemos referido, ni siquiera ha tenido a la vista los fundamentos jurídicos y fácticos de la investigación sumarial.

Su razonamiento, en cambio, es de tal manera general que este sería aplicable a todo procedimiento sumarial en actual sustanciación. Para el tribunal, el solo hecho de que exista una nulidad solicitada obligaría a suspender un acto intermedio dentro de un sumario administrativo en curso. Ello, tal como pronto examinaremos, es improcedente.

En efecto, la doctrina expone que una medida de suspensión provisional de un acto administrativo no puede ordenarse sin realizar un examen, aunque sea superficial, de la legalidad del acto administrativo. Tal como indica la doctrina “el juez contencioso-administrativo debe enjuiciar la procedencia de la pretensión cautelar, aplicando el criterio de apariencia de buen derecho (“*fumus boni iuris*”), realizando un examen “a primera vista” de la infracción o vicio de legalidad aducido contra el acto o disposición administrativa impugnados, sin prejuzgar la cuestión de fondo”<sup>32</sup>.

Por su parte, tal como indica Sammartino, el requisito de la apariencia de buen derecho sobre el que se funda la medida cautelar de suspensión de un acto administrativo despliega su alcance a través de un doble requisito de ponderación. Por un lado, la verosimilitud del derecho, o *fumus boni iuris*, requisito que se integra “con el título o razón jurídica suficiente alegado por el peticionario como fundamento de su pretensión cautelar”. “Concretamente – prosigue el autor – aquél debe invocar y demostrar, en grado de probabilidad o apariencia, que es portador o beneficiario de una relación de disponibilidad o utilidad sobre los bienes jurídicos en litigio”<sup>33</sup>. Por otro lado, debe comprobar la verosimilitud de la ilegitimidad del acto o *fumus mali actis* en virtud de la cual “el tribunal deberá meritar si concurren o no indicios razonables y convincentes de ilegitimidad susceptibles de autorizar, en el estadio procesal pertinente, la procedencia de la

---

<sup>31</sup> Anabalón, C. (1954) *El juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago: Ed. Jurídica, pp. 66 y 67.

<sup>32</sup> Bandrés, J.M. (2013) *Los desafíos de la justicia contencioso-administrativa del siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 102.

<sup>33</sup> Sammartino, P. (2004) “Medidas cautelares frente a autoridades públicas”, en *Documentación Administrativa*, N° 269-270, p. 70.

pretensión principal incoada”<sup>34</sup>. A la misma conclusión llega, en Chile, el profesor Andrés Bordalí en uno de los principales textos especializados sobre este tema<sup>35</sup>.

Ninguna de estas circunstancias ha sido analizada en la decisión que accedió a la suspensión solicitada.

### **§2.1. Un análisis somero de los argumentos en que se basa la nulidad solicitada y aquellos que constan en la sentencia impugnada permiten descartar el *fumus boni iuris* tratándose de impugnaciones de actos intermedios o “actos trámite”.**

En efecto, es doctrina pacífica el que las acciones de nulidad deben ejercerse respecto de actos administrativos terminales toda vez que solo en ellos puede observarse la real voluntad del órgano de la Administración pudiéndose afectar con ella las posiciones jurídicas de los sujetos intervinientes. Es, así, impertinente e ineficiente que aquellos que solo tienen sospechas de que serán afectados por actos reclamen contras decisiones intermedias teniendo la oportunidad luego de impugnar el acto que contenga el razonamiento terminal del asunto. Tal como indica el art. 8 de la Ley N° 19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen a la Administración del Estado (en adelante LBPA) “todo procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”. La misma idea es repetida en el art. 18 de la misma ley cuando define el procedimiento administrativo como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”. Esta norma da cuenta del carácter accesorio de los actos de tramitación y de la reunión de todos ellos para construir el acto decisorio final.

Aun cuando referido a la impugnación administrativa, el art. 15 de la LBPA expresa con claridad que “los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”. Esta norma da cuenta de que la legislación no mira con buenos ojos una impugnación hipotética, apresurada o que solo refleje una parte de un razonamiento todavía incompleto.

Este criterio ha sido sostenido por la Excm. Corte Suprema, de forma invariable, incluso para casos similares al de autos. En relación con la resolución de la Contraloría General de la República que aprueba un sumario administrativo, ha dicho el máximo tribunal, conociendo de una acción de protección, que “actos como aquel que motiva el presente recurso no satisfacen esa exigencia, porque se trata de actos de carácter intermedio”. “Este tipo de actos se caracteriza por insertarse en un procedimiento más amplio y complejo y que se desarrolla conforme a un orden consecutivo legal, en el cual tanto el administrado como la autoridad administrativa ejercen y asumen derechos y cargas, agotando las diversas etapas procedimentales hasta su conclusión. El acto intermedio se identifica, de esta forma, por atribuir

---

<sup>34</sup> Ibídem, p. 71.

<sup>35</sup> Bordalí, A. (2019) “El *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* en la tutela cautelar del contencioso-administrativo chileno”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 30, p. 77-78.

a los intervinientes posiciones de orden fundamentalmente procedimental o adjetivo. De ahí que carezca de la eficacia jurídica necesaria para perturbar el legítimo ejercicio de derechos de orden constitucional. Esto determina, a su vez, que no sea susceptible, en principio, de revisión a través de la cautela conservativa que provee el recurso de protección, sino sólo por los medios de impugnación que contemple el mismo procedimiento en que se emite”<sup>36</sup>.

Del mismo modo, se ha sostenido, refiriéndose a los cargos formulados en un sumario administrativo, “que conforme dan cuenta los antecedentes resulta incuestionable que el comportamiento objetado en autos, fue dispuesto por la autoridad respectiva en el desarrollo de un procedimiento administrativo aún no concluido, configurando un acto intermedio o de trámite inmerso en él que, en cuanto a su finalidad, apunta a que se pueda realizar a la postre, el acto final de cumplimiento o de término de dicho proceso y carece, por ende, de la aptitud necesaria para conculcar cualquier garantía constitucional, puesto que, como acto intermedio, no puede generar efecto en tal sentido (...)”<sup>37</sup>.

Lo mismo ha sostenido la jurisprudencia respecto de la impugnación de la resolución del fiscal instructor que niega lugar a dejar sin efecto los cargos formulados. “La decisión del Fiscal Instructor en cuanto formula cargos, es una decisión propia y facultativa que le corresponde adoptar, atendido su rol de Fiscal Instructor. No puede ella ser afectada por medio de un recurso que pretenda calificar la juridicidad y mérito de esa decisión, la que debe ser objeto de resolución de órgano encargado de resolver la absolución o condena y en su caso, la naturaleza de la pena administrativa, que no es otro que el Jefe de Servicio”. “Es útil resaltar que la acción considerada ilegal y arbitraria por los recurrentes se encuentra inserta dentro de un procedimiento administrativo en actual tramitación y, por consiguiente, se trata de un acto “tramite” y no de un acto “final”, circunstancia que hace inoperante la acción constitucional hecha valer”<sup>38</sup>.

La improcedencia de la acción cautelar respecto de actos intermedios o trámites es pacífica y de alta aplicación por la jurisprudencia. Se utiliza en el ámbito del nombramiento de autoridades<sup>39</sup>, de resoluciones de pensiones de retiro<sup>40</sup>, de resoluciones de diligencias dentro de sumarios administrativos<sup>41</sup>, de remuneraciones<sup>42</sup>, de procedimientos invalidatorios<sup>43</sup>, de monumentos nacionales<sup>44</sup>, de anteproyectos de edificación<sup>45</sup>, de procedimientos medioambientales<sup>46</sup>, de

---

<sup>36</sup> CS, 2018, Rol N° 11951-2018.

<sup>37</sup> CS, 2019, Rol N° 29.663-2019.

<sup>38</sup> CA Talca. Confirmada por CS, 2018, Rol 8541-2018.

<sup>39</sup> CA Santiago, 2018, Rol N° 31.499-2018.

<sup>40</sup> CS, 2017, Rol 35.257-2017.

<sup>41</sup> CA Concepción. Confirmada por CS, 2018, Rol 26.618-2018.

<sup>42</sup> CS, 2017, Rol 40.306-2017.

<sup>43</sup> CS, 2017, Rol N° 27.847-2017; CS, 2017, Rol 33685-2017; CA Arica, Confirmada por CS, 2014, Rol N° 8313-2014.

<sup>44</sup> CS, 2017, Rol N° 38.655-2017.

<sup>45</sup> CA Stgo, 2016, Rol N° 51707.

<sup>46</sup> CA Temuco, confirmada por CS, 2018, Rol N° 4498-2018; CA Puerto Montt, 2014, Rol N° 125-2014; CA Copiapó, 2014, Rol N° 488-2013..



procedimientos en materia de educación<sup>47</sup>, de seguridad social<sup>48</sup>, entre otros. Lo mismo se sostiene invariablemente por la doctrina. Tal como indica Cordero, una de las consecuencias relevantes de la distinción entre actos trámite y actos terminales “es la procedencia de la impugnación del acto en vía administrativa o jurisdiccional, en la medida que son impugnables los definitivos; y los de trámite, sólo lo serán en circunstancias calificadas, que en términos generales se traducen en que causan efectos equivalentes a los propios de una resolución definitiva (...)”<sup>49</sup>.

En lo que respecta a actos relativos a sumarios administrativos sustanciados por la Contraloría General de la República se han considerado "actos intermedios" o "actos trámites", las resoluciones de la Contraloría por las cuales se aprueba la realización de un sumario administrativo<sup>50</sup>, los actos procedimentales que se desarrollen dentro de él que no impliquen la dictación de un acto terminal<sup>51</sup> y las resoluciones del Fiscal Instructor que niegan dejar sin efecto los cargos genéricos formulados a los recurrentes<sup>52</sup>.

Como puede observarse, un análisis incluso superficial, como aquel que exige el *fumus boni iuris*, permite descartar una plausibilidad tal de la pretensión principal que amerite la paralización de un procedimiento sumarial cercano a terminar.

## **§2.2. Un análisis somero de los argumentos en que se basa la nulidad solicitada y aquellos que constan en la sentencia impugnada permiten descartar el *fumus boni iuris* tratándose de una impugnación general a la competencia de la Contraloría General de la República para sustanciar sumarios administrativos**

La acción principal impetrada en estos autos pretende cuestionar la legalidad de la facultad de la Contraloría General de la República para sustanciar sumarios administrativos.

En este sentido, cabe indicar, también como argumentos inmediatos, que dicha facultad se encuentra contenida de forma expresa en la Ley N° 10.336, Orgánica de la Contraloría General de la República (en adelante LOCGR). El art. 133 de esa ley dispone que “el Contralor o cualquier otro funcionario de la Contraloría, especialmente facultado por aquél, podrá ordenar, cuando lo estime necesario, la instrucción de sumarios administrativos, suspender a los Jefes de Oficina o de Servicios y a los demás funcionarios, y poner a los responsables en casos de desfalcos o irregularidades graves, a disposición de la justicia ordinaria”. Por su parte, el art. 131 de la misma ley permite al Contralor General constituir delegados en los servicios públicos “con el fin de practicar las inspecciones e investigaciones que estime necesarias”.

Por su parte, y en cumplimiento de dicha competencia, la Contraloría General de la República aprobó la Resolución N° 510 de 2013 que Aprueba el Reglamento de sumarios instruidos por

---

<sup>47</sup> CS, 2017, Rol N° 34.096-2017.

<sup>48</sup> CS, 2018, Rol N° 18.160-2017.

<sup>49</sup> Cordero, L. (2015) *Lecciones de Derecho Administrativo*, Santiago, Thomson Reuters, p. 254.

<sup>50</sup> CS, 2018, Rol N° 11951-2018.

<sup>51</sup> CA Concepción, 2018, Rol N 10.037-2018.

<sup>52</sup> CA Talca, confirmada por sentencia de CS, 2018, Rol N° 8541-2018.

dicho servicio. Esta resolución, no impugnada en autos, fue publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de diciembre de 2017.

Ambas normas se aplican a cualquier funcionario de la Administración del Estado. Al efecto, y de acuerdo con art. 1º, inciso 2º de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado “la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la república, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (...)”.

Como puede observarse, esta cadena normativa impide, incluso *prima facie*, considerar incompetente a la Contraloría General de la República para sustanciar un sumario administrativo como el referido en estos autos. Dicha facultad es ejercida por la Contraloría especialmente cuando las denuncias son realizadas ante el propio órgano contralor, cuando los afectados son altos directivos del servicio o cuando el servicio afectado posee conflictos de interés para sustanciar por sí mismo la investigación sumarial.

Esta facultad, por lo demás ha sido también reconocida de manera invariable por la jurisprudencia. Así, se ha indicado que “a aquella le corresponde ejercer un control de auditoría -entre otras funciones- para vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo a que se encuentren sometidos los respectivos funcionarios, emitir dictámenes jurídicos sobre las materias propias de ese personal e instruir sumarios administrativos en las instituciones sometidas a su fiscalización (...)”<sup>53</sup>.

En un caso similar a este, pero referido a funcionarios del Ejército, ha indicado también la Excm. Corte Suprema, analizando el art. 131 de la LOCGR “que del análisis de la norma antes citada, resulta prístino concluir que las facultades de fiscalización del Órgano Contralor se extienden a todos los funcionarios de los Servicios públicos y demás entidades sujetas a su supervigilancia dentro de los que por cierto se encuentra el Hospital Militar del Norte , no contemplando dicho precepto excepción alguna al respecto, por lo que necesariamente la alegación formulada por la recurrente, en orden a carecer la recurrida de competencia para investigarla y formularle cargos debe ser desestimada”<sup>54</sup>.

La doctrina, por su parte, reafirma también esta competencia cuando indica que “en nuestro país, la persecución, decisión acerca de la responsabilidad administrativa y aplicación de sanciones compete a la Administración Activa (servicio público u órgano estatal que corresponda y a su jefatura superior), sin perjuicio de las facultades de Contraloría General de la República, la que se limita a la proposición de sanciones a la Administración, salvo el caso del DL. Nº 799”<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> CS, 2020, Rol Nº 23.043.

<sup>54</sup> CS, 2016, Rol Nº 20379-2015.

<sup>55</sup> Aldunate, F. (2011) *La responsabilidad administrativa y procedimientos disciplinarios*, Santiago, Thomson Reuters, p. 9.

Este tipo de razonamientos, que debieron ser considerados por el tribunal al resolver la petición cautelar de los demandantes, dan cuenta de manera inequívoca que dicha petición precautoria debió ser irremediablemente rechazada.

**§3. Un análisis somero de los argumentos en que se basa la nulidad solicitada y aquellos que constan en la sentencia impugnada permiten descartar la existencia de *periculum in mora*. Hasta el momento no existe una decisión administrativa que les genere perjuicio a los demandantes. Su perjuicio es completamente eventual. Solo la resolución de término del sumario administrativo podrá ser suspendida precautoriamente si se cumplen las exigencias legales para ello.**

La jurisprudencia y la doctrina nacional y comparada ha entendido que, dentro de los juicios contencioso-administrativos, el llamado *periculum in mora*, en tanto exigencia para otorgar protección cautelar, exige “una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia”<sup>56</sup>. Esta idea consolida el sentido que la institución posee, esto es, el de evitar daños o perjuicios que la decisión administrativa se encuentra ocasionando actualmente, con tal intensidad que aquellos efectos podrían no ser enervados aún de acogerse la pretensión principal. “El temor de que se produzca un evento con aptitud bastante para producir un daño antijurídico que, durante la tramitación del litigio, pudiera tornar inoperante, privar de eficacia o volver abstracta a la sentencia, es el presupuesto decisivo, la clave de bóveda, que define la procedencia de cualquier clase de tutela cautelar”<sup>57</sup>. “La suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en el principal se presenta como un factor de evitación de un perjuicio previsiblemente irreparable o de difícil reparación ulterior mientras se prolonga el proceso judicial, daño que, de producirse, es capaz de volver inoperante e ineficaz a la sentencia”<sup>58</sup>. Como puede observarse, el análisis cautelar parte necesariamente de la base que existe un perjuicio en el estado actual de la impugnación.

No obstante ello, la propia sentencia reconoce que “es posible advertir que la aplicación de las sanciones propuestas, como resultado a la actividad administrativa, son inciertas, desconociendo si efectivamente serán aplicadas y su magnitud o alcance (...)”. Esta declaración da cuenta, sin lugar a duda, del principal defecto de la decisión recurrida que dio lugar a la petición cautelar. Ella, sencillamente, no reflexionó sobre el *periculum in mora* que le afecta a los demandantes. Y no lo pudo hacer precisamente porque su afectación, en este momento, es incierta y eventual.

Lo que motiva al tribunal a adoptar su decisión, en cambio, es que “lo cierto es que de aplicarse [las sanciones] con anterioridad a que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto

---

<sup>56</sup> Sammartino, P. (2004) “Medidas cautelares frente a autoridades públicas”, en *Documentación Administrativa*, Nº 269-270, p. 71.

<sup>57</sup> *Ibidem.*, p. 72.

<sup>58</sup> *Ibidem.*, p. 72.

es, sobre la validez o nulidad de impetrado, podría redundar –eventualmente– en hacer imposible de cumplir lo que se resuelva en definitiva, por cuanto en el supuesto de acogerse la demanda, las sanciones propuestas a consecuencia de la formulación de cargos realizadas en el procedimiento en cuestión, podrían ser dejadas sin efecto, ocasionando además un perjuicio irreparable a los demandantes”.

Estos dos razonamientos reflejan la incorrección de la sentencia recurrida que acogió la suspensión del sumario administrativo. Por un lado, es precisamente aquella incertidumbre en la forma en que terminará el sumario administrativo, lo que impide entender que la posición jurídica actual de la parte demandante se encuentra en peligro. Por otro lado, que el solo cuestionamiento de un acto intermedio en un sumario administrativo obligue a su suspensión es sistémicamente insostenible.

Ambos razonamientos se examinan a continuación.

### **§3.1. No hay *periculum in mora* si no hay decisión terminal y, por ende, ella no ha podido afectar todavía a la parte demandante**

Tal como hemos indicado, el análisis del *periculum in mora* exige detenerse en las condiciones actuales a que se encuentra sometida la parte demandante con el objeto de verificar a qué tipo de perjuicio estaría sometida de no suspenderse el acto cuya nulidad se solicita.

La sola expresión de la pregunta permite resolver la cuestión sin margen de duda. La actual posición jurídica en que se encuentra la parte demandada no permite ver perjuicio alguno que la resolución cuya suspensión solicita le esté causando. Y ello es así porque la resolución intermedia impugnada no tiene la aptitud de afectar la posición jurídica que actualmente posee dicha parte.

Tal como indica el art. 36 de la Resolución 510, Reglamento de sumarios de la CGR, la participación de la CGR terminará con una resolución que apruebe la vista del fiscal “proponiendo la aplicación de medidas disciplinarias, la absolución, el sobreseimiento del involucrado o del sumario”.

Como puede observarse, el sumario administrativo no se encuentra actualmente concluido. No tiene una resolución final, en los términos del artículo 41 de la LBPA que indica que “la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá las cuestiones planteadas por los interesados”. De esta forma, no hay decisión del sumario administrativo y, por ende, no puede haber afectación en las posiciones jurídicas de la parte demandante.

### **§3.2. No hay *periculum in mora* por el solo hecho de haberse deducido una acción de nulidad contra un acto intermedio en un sumario administrativo en actual tramitación. Los precedentes jurisdiccionales descartan esta posibilidad.**

El tribunal estima que la medida precautoria solicitada “cumple con los requisitos establecidos por el legislador, ya que se acompañan antecedentes que constituyen una presunción grave del

derecho que se reclama, como lo constituyen las resoluciones referidas donde efectivamente consta la formulación de cargos, entre otras y además la propuesta de sanciones disciplinarias – todas piezas del sumario administrativo – cuya validez será jurídicamente analizada y resuelta en la oportunidad procesal, por éste órgano jurisdiccional”.

Como puede observarse, para el tribunal, el solo hecho de haberse dictado una formulación de cargos y una propuesta de sanciones disciplinarias constituiría una “presunción grave del derecho que se reclama”.

Por otra parte, luego de reconocer el tribunal que la imposición sancionatoria es solo eventual se coloca en una posición hipotética, pues, infiere que al ser aquellas impuestas “lo cierto es que de aplicarse con anterioridad a que este Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto, esto es, sobre la validez o nulidad de derecho público impetrado, podría redundar –eventualmente– en hacer imposible de cumplir lo que se resuelva en definitiva, por cuanto en el supuesto de acogerse la demanda, las sanciones propuestas a consecuencia de la formulación de cargos realizadas en el procedimiento en cuestión, podrían ser dejadas sin efecto, ocasionando además un perjuicio irreparable a los demandantes”. En resumen, vuelve a sostener que la sola amenaza de nulidad del acto recurrido obliga a su suspensión inmediata.

La decisión del tribunal subvierte la presunción de legalidad de los actos administrativos dispuesta en el art. 3 de la LBPA en virtud de la cual es dentro del proceso judicial declarativo donde debe discutirse y decidirse la impugnación de un acto administrativo. Mientras no exista una declaración institucional de un poder del Estado, como el Poder Judicial, el acto administrativo, como acto potestativo que es, debe ser considerado como legal. Mientras su ilegalidad no sea acreditada judicialmente, su legalidad debe presumirse de forma tal que solo circunstancias excepcionales (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), debidamente fundadas, justifiquen su suspensión provisional.

A este respecto, cabe consignar, nuevamente, que el tribunal no ha tomado conocimiento siquiera de los fundamentos del acto administrativo impugnado, toda vez que ha decidido acoger la precautoria solicitada prescindiendo de conocer el texto íntegro de la resolución que propuso las sanciones administrativas.

Todo lo que venimos sosteniendo, por lo demás, ya había sido expresado en la sentencia de la Excma. Corte Suprema en la causa rol N° 2.789-2019, de 20 de mayo de 2019, que rechazó el recurso de protección interpuesto en contra de la CGR por la emisión del oficio N° 9.539, de 2018, que desestimó la paralización del sumario administrativo ordenado instruir en la Municipalidad de Lo Barnechea aun cuando el recurrente fundó su acción en que con posterioridad a la instrucción del sumario, habría interpuesto una demanda de nulidad de derecho público. Según el demandante, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCGR y la aplicación supletoria de la LBPA, procedía que la Contraloría suspendiera el sumario administrativo en tanto no se resolviera por sentencia firme la referida demanda de nulidad de derecho público.

En el referido fallo el Excmo. Tribunal declaró en sus considerandos octavo y noveno lo siguiente:

“Octavo: Que, también se debe considerar, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, que una interpretación contraria a la consignada en el motivo que antecede pondría en contradicción la norma señalada del artículo sexto de la Ley Orgánica de la Contraloría General con gran parte de las facultades que la misma ley le entrega, lo que carecería de toda lógica y de la necesaria interpretación armónica de sus preceptos (CS Rol Nº 5984-12, Considerando Undécimo. En el mismo sentido, roles Nos. 2791-2012, 17.133-2014, 23.082-2014, 1621-2015 y 41.444-2017).

En efecto, de acogerse la tesis del recurrente, bastaría con que cualquier funcionario público investigado en un sumario administrativo ordenado instruir por la Contraloría General de la República conforme al artículo 131 y siguientes de la Ley Nº 10.336, ejerciera la acción de nulidad de derecho público, otra equivalente o incluso distinta, para obtener la paralización de la indagación sumarial, lo cual es contrario a una interpretación sistemática, armónica y finalista de los preceptos del señalado cuerpo legal en relación con lo dispuesto en el artículo 98 de la Carta Magna, con el agregado que, en los hechos, ello importaría una paralización de las funciones que el ordenamiento jurídico confiere a la entidad de control.

Noveno: Que, así las cosas, es posible concluir que la actuación que se reprocha a la recurrida no es ilegal, desde que ésta se ha limitado a ejercer las atribuciones y cumplir las funciones que le asignan las leyes, y sobre la base de ese marco normativo ha rechazado la suspensión del procedimiento sumarial ordenado instruir conforme a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Nº 10.336(...).”.

El razonamiento de la Excma. Corte Suprema es acertado porque da cuenta de un análisis sistémico de las competencias de la Contraloría para instruir sumarios administrativos y del ejercicio de la función jurisdiccional contencioso-administrativa, cuyo objetivo primordial es revisar la legalidad del acto que coloca fin al procedimiento administrativo. El art. 54 de la LBPA reafirma esta idea. Una vez que hay decisión final, el afectado puede optar por reclamar administrativa o judicialmente, pero debe necesariamente esperar que haya una decisión administrativa final antes de recurrir a la impugnación judicial. El sentido de la norma es bastante claro. La impugnación jurisdiccional exige una decisión administrativa de término.

La tesis del tribunal recurrido ocasionaría efectos devastadores en todos los sumarios administrativos toda vez que, tal como lo avizora la Corte, los plazos de duración de las acciones de impugnación se traspasarían a la duración de los sumarios administrativos, cuestión que necesariamente debe ser evitada. La suspensión otorgada por la sentencia recurrida, al contrario de lo querido por el tribunal, genera mayor incerteza en el proceso sumarial prolongando innecesariamente una conclusión que era inminente. La etapa en la que se encuentra el sumario administrativo hace incomprensible la preocupación del tribunal por una extensa tramitación del sumario administrativo. Este, por el contrario, se encuentra en su fase final y es precisamente la suspensión ocasionada por la sentencia que accede a la precautoria la que generará una dilación completamente injustificada de aquel.

**Por tanto**, y de conformidad a las consideraciones realizadas,

**Ruego a V.S.**, se sirva tener por interpuesto recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha 6 de abril de 2021, folio 14 del cuaderno de medida precautoria, que accedió a la medida cautelar de suspensión del sumario administrativo iniciado por la Contraloría General de la República, concederlo y ordenar que se eleven los autos para ante la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, para que dicho tribunal conociendo de esta apelación, deje sin efecto la sentencia impugnada, revocándola, dictándose otra en su lugar que deniegue en todas sus partes la medida precautoria solicitada por la parte demandante de autos.

RLW/RI 6813-2020/CVR