Santiago, once de enero de dos mil diecinueve.

Al folio 421246 y 450079, a todo, estese al mérito de autos.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que, en estos autos Rol Ingreso Corte N° 79.142-2018 comparece don Marcial Araya Fernández, abogado, quien deduce recurso de protección en contra del Sr. Jorge Bermúdez Soto, por sí y en representación de la Contraloría General de la República, por el acto que estima arbitrario e ilegal consistente en el Dictamen N° 41579, que lo acusó de faltar al principio de probidad administrativo conculcando con ello varios derechos constitucionalmente protegidos que expone en su recurso.

Narra el recurrente que en su calidad de abogado, el 7 de diciembre de 1993 inició una relación de carácter civil como asesor legal de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa (en adelante la "corporación"), suscribiendo un contrato de honorarios el cual rigió por 22 años, hasta el 20 de octubre de 2015, fecha en que se le puso término de común acuerdo, ya que suscribió un contrato de trabajo con quien era el representante legal de dicha Corporación.

Paralelamente, a contar del 01 de marzo de 2016, asumió el cargo de Director de Asesoría Jurídica de la Municipalidad de Ñuñoa, para lo cual consultó previamente a la CGR por la compatibilidad de ambas funciones, lo que fue respondido afirmativamente, señalando el ente contralor que no existiría tal incompatibilidad. Conforme a ello, aceptó el cargo recién referido.

Refiere que durante los años que se desarrolló como asesor externo de la Corporación Municipal de Desarrollo social de Ñuñoa, la sociedad Confluye Ltda., representada por su cónyuge, Rosana Troncoso Repetto, suscribió, entre los años 2012 y 2015, un contrato de prestación de servicios con dicha Corporación, contratos que el recurrente señala no haber redactado, ni visado, menos haber intervenido en ellos ya sea de forma directa o indirecta.

En este punto destaca que con fecha 29 de febrero de 2016 la CGR emitió un informe final N°1257/2015 sobre auditoría a los recursos de la ley 20.248, subvención escolar preferencial en la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa, en el cual conoce y emite un pronunciamiento sobre los servicios de la sociedad Confluye y Cía. Ltda. y la relación de parentesco entre la dueña y el suscrito, sin que hiciera reparos al respecto, sino que solo lo señala, a manera de constatación de un hecho, según página 13 del informe que el recurrente acompaña a estos autos.

WFOOHKEXLL

Luego, con fecha 3 de diciembre de 2015 el nuevo Secretario General de la Corporación puso término al contrato de trabajo que tenía el recurrente desde el 21 de octubre de ese mismo año, señalando que tal Secretario General, de apellido Tagle, lo denunció ante la CGR, como una forma de revancha ante un reclamo y demanda laboral que el recurrente interpuso en su contra.

Más adelante, precisa que efectivamente su doble función no era incompatible, ya que estando en funciones como asesor jurídico externo de la Corporación, en el año 2006, el Presidente de su directorio y Alcalde de Ñuñoa le solicitó ser Director de Asesoría jurídica de su Municipio, lo cual según dictámenes vigentes a la época, era posible y compatible. De esta forma, asumió la doble función del 01.03.06 hasta el 20.10.15, día en que presentó su renuncia al cargo de Director de Asesoría Jurídica de la I.M. de Ñuñoa. Durante todo ese tiempo fue fiscalizado por la CGR sin que se le hiciera ninguna observación.

Manifiesta que el Dictamen N° 41579 de fecha 27 de noviembre de 2017, constituye un acto arbitrario e ilegal por dos razones:

En primer lugar, porque la CGR estaba vedada de pronunciarse sobre las materias en que lo hizo, ello de acuerdo al artículo 6°, inciso 3°, de la Ley 10.336, ya que uno de sus puntos es materia de una querella criminal interpuesta por el CDE ante el 8° Juzgado de garantía de Santiago en autos RIT 10.923-2016, en la que se encuentra formalizado y con plazo de investigación pendiente.

En un segundo orden de cosas, porque a la fecha, la CGR había emitido dos dictámenes sobre la materia, el Informe Final N° 231 de 2009, sobre control financiero de la Corporación, debidamente aprobado, en el cual se examinó la situación del recurrente y su doble función, a lo cual no se le hizo ningún reparo. Y el Informe final N1º 1257/2015 sobre auditoría a los recursos de la Ley 20.248, subvención escolar preferencial en la Corporación, en el cual conoce y emite un pronunciamiento con respecto a los servicios de la empresa “Confluye” y la relación de parentesco de su dueña con el recurrente, sin que hiciera reparos al respecto.

Dice que esos informes vinculan a la CGR.

A continuación, se refiere a la forma en que dicho acto ilegal y arbitrario habría afectado sus derechos constitucionales.

En cuanto al derecho al debido proceso: Señala que el acto recurrido ha infringido el principio de irretroactividad ya que los dictámenes e informes pasan a formar con las normas legales como un todo obligatorio, pero

WFOOHKEXLL

teniendo efectos solo sobre el futuro y no puede afectar las situaciones y actuaciones constituidas con anterioridad a su emisión. Dice que la CGR lo reconoce así en un dictamen. Ello tiene como objetivo cuidar situaciones amparadas a la luz de una autoridad determinada, cuando hay un cambio de esa autoridad y por ende, hay un cambio de criterio.

En el caso concreto, existió una investigación previa sobre la situación del recurrente y es el Informe Final Nº 231 de 2009, sobre control Financiero de la Corporación, siendo improcedente que luego de más de 7 años de haber emitido dicho informe y más de dos años después de haber terminado toda relación jurídica tanto con la Municipalidad de Ñuñoa como con la Corporación, se le venga a enjuiciar por supuestos delitos cometidos en ejercicio de los cargos antes referidos.

Señala, que la Resolución que ordena instruir un sumario administrativo indica que las funciones del recurrente no eran conciliables, por cuanto en su calidad de Director Jurídico de la Municipalidad de Ñuñoa debía fiscalizar lo hecho por la Corporación, las que son financiadas por las Municipalidades. Destaca que la que en esa oportunidad no se refirió al informe final Nº 231, que analizó, concretamente, la situación del recurrente como Director Jurídico de la Municipalidad de Ñuñoa y Asesor Externo de la Corporación, ya que dicha información le fue requerida específicamente por la persona de CGR que realizó dicho informe, la Sra. Elizabeth Donoso y el emitió la carta de 22 de mayo de 2009, obrando de buena fe, hasta que fue despedido por el nuevo Alcalde Andrés Zarhi (se había incorporado por Pedro Sabat).

Por otro lado, refiere que el Dictamen antes señalado es ilegal, ya que infringe texto legal expreso, cual es el artículo 153 de la Ley Nº 18.883, del Estatuto Administrativo, que dice que la responsabilidad administrativa del funcionario se extingue por haber cesado en sus funciones, ya que pese a que la CGR tenía pleno conocimiento que el recurrente había terminado en sus funciones con la Municipalidad y con la Corporación, de todas formas instruyó a realizar un sumario administrativo.

Se refiere también, ampliamente, a la obligatoriedad de los Dictámenes e Informes emitidos por la CGR, en cuanto a que el Informe 231 la habría obligado, al no cuestionar de forma alguna el actuar del recurrente. Lo mismo señala con respecto al Informe 1257/2015 donde se dice que “se constata un hecho”.

Dice que en el Sumario Administrativo no se le dio la oportunidad de formular sus descargos, lo que infringió garantía del debido proceso.

WFOOHKEXLL

Además, denuncia que el Dictamen N° 41.579 infringe la prohibición de pronunciamiento por el art. 6º de la Ley 10.336 antes referido. Dice que la querella criminal interpuesta en su contra se refiere a que durante el período que va desde inicio del 2012 al 20 de octubre de 2015, la Corporación celebró contratos de prestación de servicios con una sociedad en la cual su cónyuge y su hijo tenían participación.

Agrega, que él nunca tuvo ninguna facultad de representación de la Corporación ni cargo directivo alguno, por lo que la decisión de contratar a la sociedad Confluye, emanó de cada Director de Colegio con su equipo de gestión, en virtud de sus facultades delegadas, el cual tuvo, además, el visto bueno del Director de Educación y del Secretario General, en virtud de sus facultades de administrativas delegadas por el Alcalde.

2º.- Que, más adelante, la misma recurrente arguye que la sociedad Confluye tuvo las más altas calificaciones mientras prestó servicios a la Corporación y que cuando el recurrente asumió una relación laboral con ella, la misma sociedad pidió terminar con el contrato para evitar cualquier problema.

En cuanto al segundo derecho conculcado, fue el de igualdad ante la ley, insistiendo que en anteriores Dictámenes, la CGR ha dicho que no es posible instruir un sumario administrativo contra una persona que ya ha cesado en sus funciones. Reitera la vinculación de la CGR con los dictámenes que emita.

El tercer derecho conculcado, fue el derecho a la honra de la persona y su familia, en este punto cita al Dictamen N° 41759 que dice que en el contrato entre la Corporación y sociedad Confluye se establecía como árbitro arbitrador al abogado Araya y que si bien podría realizar otra función más allá de su función en el Municipio, ello no era conciliable con la que desempeñó en la Corporación, por cuanto ya que se debían a materias que debían ser analizadas informadas o resueltas por el mismo, o por el respectivo Municipio, ya que fiscalizan lo que hacen sus Corporaciones, pero esta no podía suscribir contratos con una sociedad representada y en que tuviera participación la cónyuge del recurrente, ni su hijo, en virtud del art. 4° inciso 6°de la Ley 19.886.

El cuarto derecho conculcado, sería el de su integridad síquica, por los delitos de falta de probidad que se le imputan, por la amenaza de denunciar el hecho a la Fiscalía, lo cual ha perturbado su tranquilidad y lo tiene con una alteración mental.

WFOOHKEXLL

3º.- Que en mérito de lo precedente, solicita que se ordene al Contralor dejar sin efecto el Dictamen N° 41.759, y todo acto administrativo posterior que suponga la validez del acto recurrido y todas las demás medidas que la Corte estime procedentes, para restablecer el imperio del derecho y garantizar los derechos invocados, con expresa condena en costas.

4º.- Que, al evacuar su informe el recurrido, señaló, en síntesis, lo siguiente:

En primer lugar, señaló que el Dictamen cuestionado N° 41.759 fue emitido a raíz de una consulta hecha por la propia Corporación, y que efectivamente, habría constatado faltas al principio de probidad administrativa, las que expone y que son las antes referidas por el recurrente.

En otro aspecto, asegura que el recurso es extemporáneo, ya que el actor tomó conocimiento del Dictamen 11 meses antes de interponer la presente acción constitucional, ya que con fecha 07 de diciembre de 2017, esto es, 10 días después de emitido el señalado Dictamen, solicitó a la CGR copia de diversos antecedentes que tienen que ver con la emisión de dicho dictamen y que cita repetidamente en este recurso.

En cuanto al fondo, dice que el asunto es ajeno a la naturaleza cautelar del recurso de protección, ya que el recurrente plantea una controversia jurídica acerca de la supuesta carencia de facultades de la CGR para pronunciarse sobre la aplicabilidad del principio de probidad administrativa las corporaciones municipales.

En consecuencia, no hay ilegalidad o arbitrariedad en el acto impugnado, toda vez que el dictamen se emitió en estricto apego a las normas que otorgan facultades a la CGR y se basó en una jurisprudencia vigente y reiterada, lo que excluye la arbitrariedad.

Por otro lado, el Sumario Administrativo ordenado instruir a la Municipalidad de Ñuñoa no puede afectar de modo alguno derechos constitucionales del actor, siendo que la propia Municipalidad de Ñuñoa señaló a la CGR que no estaba en condiciones de instruir un proceso sumarial al recurrente, por cuanto había aceptado su renuncia voluntaria a contar del 21 de octubre de 2015, por lo que la CGR acogió dicha solicitud y no instruyó el proceso disciplinario, sin que exista obligación de notificar al funcionario de tal hecho, dado que el destinatario de un eventual sumario es el servicio de que se trate, reiterando lo que dice el propio recurrente, esto

WFOOHKEXLL

es, que no tiene responsabilidad administrativa al haber cesado en sus funciones.

5º.- Que, en el resto del Informe de la recurrida, destaca que no existió el deber de abstenerse de emitir el Dictamen N° 41.759 de 2017, en virtud del artículo 6°, inciso 3°, de la Ley 10.336, mencionando de paso la existencia de dos procesos penales pendientes en relación al mismo asunto, el RIT 10.923-2016 del 8° Juzgado de Garantía y el RIT N° 9.458-2013 seguido ante el 9° Juzgado de Garantía, ambos de Santiago, resaltando que el Dictamen cuestionado de la CGR, no se pronunció de modo alguno y bajo ningún respecto del fondo de la materia objeto de los procesos penales que afectan al peticionario, añadiendo que la limitación del art 6° Ley 10.336 no afecta la función entregada a la CGR de indagar sobre posibles irregularidades en algún órgano de la Administración del Estado, lo que ha sido declarado uniformemente en la propia jurisprudencia administrativa.

En otro orden de fundamentos, se menciona que los Informes Finales N°s. 231 de 2009 y 1.257 de 2015, no constituyen jurisprudencia, ya que se trata de Informes finales de fiscalización, que son muy diferentes de los dictámenes, que emanan de facultades distintas. En efecto, el 41.759 fue emitido en ejercicio de la atribución de control de la legalidad de los actos de la administración que compete a la CGR, en cuanto ésta tiene una labor interpretativa de las leyes y reglamentos, los que son obligatorios para la Administración del Estado. En cambio, la función fiscalizadora, tiene como objeto constatar hechos y verificar si estos se adecuan al ordenamiento jurídico y sin que ello tenga un efecto obligatorio general, sino solo para el organismo público materia de investigación administrativa como su personal, consecuencia de lo anterior es que los señalados informes no tienen fuerza obligatoria, no constituyen jurisprudencia administrativa y, por ende, no obligan a la administración.

Por ello afirma que los referidos Informe Finales no impedían aplicar a los funcionarios de la Municipalidad de Ñuñoa, una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos, por el principio de independencia de las responsabilidades.

Incluso subraya que con el Dictamen N° 41.759 no se dejaron sin efecto los referidos informes, ni se efectuó cambio alguno de jurisprudencia, simplemente se aplicaron criterios vigentes en la materia, siendo que el Informe en Derecho que acompaña el recurrente no aplica al caso debatido en autos, sino a un proceso penal que afecta al actor.

WFOOHKEXLL

6º.- Que, por último, en cuanto a los derechos supuestamente vulnerados, en lo que toca a la integridad síquica, la CGR no ha hecho otra cosa que cumplir con un mandato legal emanado de los artículos 139 de la Ley 10.336 y 175, letra b), del Código Procesal Penal.

De la igualdad ante la ley, lo cierto es que el Dictamen ha hecho aplicación estricta de él, ya que cautela el principio de probidad administrativa al cual están sujetos todos los funcionarios públicos.

Del derecho al debido proceso, la CGR tiene la función dada por la ley de interpretar normas de carácter legal y reglamentario, en ese contexto el dictamen 41.759 tiene la determinación en orden a que la Municipalidad de Ñuñoa instruya un procedimiento disciplinario a fin de hacer efectivas eventuales responsabilidad administrativa del recurrente, mediante la constatación de la existencia de ciertas irregularidades de dicho carácter, las que deben ser investigadas, lo que por cierto, no implica una resolución de los tribunales de justicia.

Por último, del derecho al honor de la persona y su familia, lo cierto es que los procesos penales se iniciaron mucho antes del dictamen objeto de este recurso, por lo que no puede imputar a la CGR un daño a su honra.

Consecuencia de todo lo anterior, es que pide el rechazo del recurso.

7º.- Que, para que pueda brindarse protección constitucional, es necesario que se haya incurrido en un acto u omisión arbitraria o ilegal que amenace, prive o perturbe alguna de las garantías constitucionales que el Constituyente señala en el artículo 20 de la Carta Política.

8º.- Que, el llamado recurso de protección se define como una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentar como consecuencia de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la autoridad o de particulares.

Son presupuestos de esta acción cautelar:

a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria;

b) que como consecuencia de la acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y

c) que dicho derecho esté señalado como objeto de tutela en forma taxativa en el artículo 20 de la Constitución Política de la República.

9º.- Que, como se desprende de lo manifestado, es requisito indispensable de la acción de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal esto es, contrario a la ley o arbitrario, producto del mero capricho de quien incurre en él y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes-

WFOOHKEXLL

protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto.

10°.- Que, en primer lugar, respecto de la alegación de extemporaneidad, debe reconocerse que no aparece con la claridad suficiente que la fecha en que el recurrente tomó conocimiento del acto reclamado haya acontecido el día 3 de octubre de 2018, ello a través de la entrega de parte del Ministerio Público de la carpeta de investigación de la causa RUC 1600843668-k, seguida por el delito de negociación incompatible, toda vez que ese antecedente aparece contradicho con el hecho de que el recurrente, ya con fecha 7 de diciembre de 2017, esto es, diez días después de emitido el dictamen reclamado, pidió de la CGR copia de Informe Final Nº 231 de 2009, Oficio 44.763 del mismo año y, demás documentos agregados a la auditoría realizada a la Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa, mismos antecedentes que fundan su actual recurso de protección.

11°.- Que, sin perjuicio de lo anteriormente expresado, valorados de todas formas los elementos de convicción agregados por las partes, cuyo contenido no ha sido cuestionado, los que analizados legalmente, permiten formar el convencimiento -en lo que interesa-, que el acto preciso que cuestiona la recurrente es la emisión del Dictamen N° 41.759 de 2017, el que el recurrente considera arbitrario e ilegal, ya que a su entender por su intermedio la CGR se habría pronunciado sobre materias que le estarían vedadas, al referirse a puntos que son materia de una querella criminal interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado ante el 8° Juzgado de Garantía de Santiago, en autos RIT 10.923-2016, en la que el recurrente se encuentra formalizado con plazo de investigación pendiente y, por otro lado, al encontrarse en una supuesta contradicción con otros dos dictámenes sobre idéntica materia, en los que ya se habría examinado la situación del recurrente y su doble función, sin efectuar ningún reparo.

12°.- Que, la Constitución Política de la República, en su artículo 98 otorga al Contralor General de la República el ejercicio de la función de control de legalidad de los actos de la Administración, lo que ejecuta, entre otros medios, mediante la toma de razón de los Decretos y Resoluciones, así como la facultad de representar la ilegalidad de que puedan adolecer, establecida en los artículos 99 de la Constitución y 10 de la Ley 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

13°.- Que, la Contraloría General de la República ostenta distintas facultades para hacer cumplir sus Dictámenes a la autoridad administrativa,

WFOOHKEXLL

aun cuando no goza de potestad de imperio para ello, siendo que al emitir un dictamen, ejerce las facultades y desempeña las funciones que le corresponden de acuerdo con los artículos 98 de la Constitución Política de la República, y 1°, 5°, 6° y 9° de la Ley N° 10.336 de Organización y Atribuciones de esta Contraloría General, cumpliendo con su obligación de velar por el irrestricto respeto al ordenamiento jurídico por parte de los organismos sujetos a su fiscalización.

Asimismo, conforme a la señalada normativa contenida en la ley N° 10.336, tales Dictámenes son obligatorios para los órganos de la Administración sometidos a la fiscalización de este Ente de Control, de modo que su inobservancia importa la infracción de los deberes funcionarios de los servidores públicos involucrados, comprometiendo su responsabilidad administrativa.

14º.- Que, en cuanto a la "presunción de legalidad" y el "principio de conservación de los actos administrativos", cabe advertir, en primer término, que la toma de razón constituye una mera presunción de legalidad de los actos administrativos de que se trate, y no impide que esta Entidad Fiscalizadora modifique su criterio si, con posterioridad, se comprueba que los mismos se emitieron con defectos de juridicidad, o fundados en antecedentes no ponderados correctamente en su oportunidad o en supuestos irregulares.

15º.- Que, delimitadas las funciones de la Contraloría General de la República en la materia, y, entrando al fondo del asunto definido en el motivo 11º de la presente sentencia, cabe, en primer lugar con señalar, que la vía que se ha escogido para impugnar determinaciones de la Contraloría General de la República, no es la idónea para conseguir dicha finalidad.

En efecto, no es procedente el uso de la presente herramienta constitucional para impugnar toda clase de decisiones que han sido adoptadas en el marco de procedimientos administrativos, sean ellas determinaciones finales o actuaciones intermedias, lo cual es improcedente, porque esta acción cautelar no es un medio de impugnación de aplicación ordinaria o general que tenga por propósito la revisión de decisiones de autoridades administrativas que éstas toman en el ámbito de sus respectivas competencias y dentro del marco que la ley les asigna, esto es, en uso de sus atribuciones. Dichos procedimientos tienen sus medios de impugnación propios, siendo a ellos a los que se debe acudir para tal propósito.

16°.- Que, en el presente caso, se ha recurrido en contra de la Contraloría General de la República, entidad de control independiente,

WFOOHKEXLL

consagrada en la Carta Fundamental de la República, con su propia ley orgánica, respecto de las decisiones que ésta tomó en el marco de sus legítimas atribuciones, que emanan tanto de la Carta Política, cuanto de su Ley orgánica, N°10.336, en la forma que el propio ente contralor ha explicado al informar. Dichas decisiones, por la propia naturaleza de las mismas, no pueden ser impugnadas a través de un recurso cautelar de emergencia, como es el presente, debido a que los alcances de éste son limitados, de acuerdo con los términos del artículo 20 de la propia Constitución Política de la República, por lo que las deducidas en estos autos resultan improcedentes.

17°.- Que, en igual sentido y, sin perjuicio de lo dicho, sobre la improcedencia del camino elegido, que ha sido utilizado como un medio de impugnación general, que no lo es, tampoco constituye un sustituto jurisdiccional, consideraciones que bastarían para rechazar la acción cautelar de que se trata, es adecuado agregar que tampoco podría prosperar porque no concurren los requisitos básicos para su procedencia y acogimiento.

En efecto, en la especie no se ha establecido que se esté frente a actos ilegales o arbitrarios de la autoridad recurrida, porque el dictamen reprochado fue dictado en el marco de las legítimas atribuciones de dicha entidad de control, ateniéndose por cierto a la normativa vigente, tanto en la forma como en el fondo, haciendo uso precisamente de sus atribuciones, que según se dijo, emanan de la Carta Política de la República y de su ley orgánica.

18º.- Que, como ya se anticipó la Constitución Política dedica su capítulo X a la “Contraloría General de la República”, artículos 98 a 100.

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

19°.- Que, entonces, de acuerdo con los términos del precepto transcrito previamente, la Contraloría General de la República debe velar por la legalidad de los actos de la Administración, y si en el cumplimiento de dicha tarea detecta actuaciones a su juicio ilegales o al menos irregulares,

WFOOHKEXLL

debe tomar las medidas que correspondan, las que desde luego pueden ser impugnadas, pero por los medios generales de impugnación, más no por medio de un recurso de protección, pues aceptar lo contrario implicaría convertir dicha acción en una suerte de supra recurso, esto es, que se ubica por sobre todos los demás.

20°.- Que, además, tampoco se ha demostrado, en el presente caso, que se haya producido la conculcación de alguna norma de rango legal o constitucional, en términos que pudieran determinar que lo resuelto por el Órgano Contralor y que se reprocha deviene en ilegal, habiendo éste explicado en detalle la razón por la que lo emitió como sus alcances.

21°.- Que, tampoco se aprecia la existencia de un derecho indubitado que deba protegerse, puesto que ninguno han podido enarbolar legítimamente, y no se divisa cual podría ser éste, que lo habilite para buscar su protección por la vía del recurso de que se trata.

Debe recordarse que lo decidido en el Dictamen Nº 41759 de 27 de noviembre de 2017, fue a consecuencia de una consulta efectuada por la propia Corporación Municipal de Desarrollo Social de Ñuñoa, en relación a eventuales responsabilidades administrativas por el desempeño simultáneo del recurrente entre los años 2006 a 2015, como Director Jurídico de ese municipio y la de Asesor Jurídico de la corporación y, a partir del 21 de octubre de 2015, en calidad de Director de Administración y Finanzas de la misma, ordenando a esa municipalidad instruir un proceso sumarial para establecer posibles responsabilidades de los funcionarios involucrados, remitiendo copias al Ministerio Público para los fines pertinentes.

Proceder que se ajusta a las facultades de la CGR para pronunciarse sobre la aplicabilidad del principio de probidad administrativa de las corporaciones municipales, por lo que no puede hablarse de ilegalidad o arbitrariedad en el acto impugnado, pues se emitió en apego a las normas que otorgan facultades a la entidad referida.

22º.- Que, por otro lado, no es posible advertir de que forma la orden de instruir Sumario Administrativo pudiere afectar de modo alguno derechos constitucionales del recurrente, máxime si este no es parte ni interesado en la emisión del Dictamen, cuyo destinatario fue el servicio de que se trata, siendo que el propio Municipio ya le señaló a la CGR en su Informe que no estaba en condiciones de instruir un proceso sumarial al recurrente, por cuanto había aceptado su renuncia voluntaria a contar de octubre de 2015, lo que la entidad de control administrativo estimó ajustado a derecho,

WFOOHKEXLL

accediendo a lo solicitado por Oficio 1.388 de 17 de enero de 2018, en orden a no disponer la instrucción del procedimiento disciplinario respectivo.

En este mismo orden de argumentos, cabe agregar que quienes no tienen el carácter de funcionarios públicos no están sujetos a responsabilidad administrativa, lo que acontece con el cese de funciones de acuerdo al artículo 153 letra b) de la Ley 18.883 en relación al inciso final del artículo 145 del mismo texto.

23º.- Que, en lo que respecta a los procesos penales seguidos en contra del recurrente, RIT 10923-2016 (8° de Garantía de Santiago) y el RIT 9458-2013 (9º Juzgado de Garantía de Santiago), lo cierto es que el Dictamen cuestionado no se pronuncia de manera alguna del fondo de la materia objeto de los procesos penales, como el plantea, siendo que la limitación del artículo 6° la Ley 10.336 no afecta la función entregada a la CGR de indagar sobre posibles irregularidades en algún órgano de la Administración del Estado, tratándose de dos responsabilidades diferentes, la penal y, la administrativa.

24º.- Que, en relación a los Informes Finales 231 de 2009 y 1257 de 2015, lo cierto es que se trata de resúmenes finales de fiscalización, que no tienen nada que ver con los Dictámenes, ya que emanan de facultades distintas.

En efecto, el Dictamen N° 41.759 fue emitido en ejercicio de la atribución de control de la legalidad de los actos de la administración a la que ya se ha venido haciendo referencia, la que compete a la CGR, siendo que tiene una labor interpretativa de las leyes y reglamentos, los que son obligatorios para la Administración del Estado. En cambio, la función fiscalizadora tiene como objeto constatar hechos y verificar si estos se adecuan al ordenamiento jurídico y sin que ello tenga un efecto obligatorio general, sino solo para el organismo publico materia de investigación administrativa y su personal, por lo que no tienen fuerza obligatoria general y no constituyen jurisprudencia administrativa.

25º.- Que, de todo lo expresado, no es posible formar el convencimiento que la recurrida haya incurrido en un acto u omisión arbitraria o ilegal que amerite adoptar alguna medida de resguardo a favor de la recurrente, ni es posible advertir la vulneración que se denuncia referida a su integridad síquica, de igualdad ante la ley, del debido proceso, ni al honor de su persona y familia, ya que simplemente ese Dictamen ha hecho aplicación estricta de las competencias con que cuenta dicho ente contralor en cautela del principio de probidad administrativa al cual están sujetos todos

WFOOHKEXLL

los funcionarios públicos, entre las cuales está la de interpretar normas de carácter legal y reglamentario, cuya determinación final de instruir un sumario administrativo a fin de hacer efectivas eventuales responsabilidades de igual carácter se realizó en el contexto de detectar la existencia de ciertas irregularidades que deben ser investigadas, lo que por cierto, no implica una resolución jurisdiccional que ampare la garantía del debido proceso; en tanto que, los procesos penales se iniciaron mucho antes del dictamen objeto de este recurso.

26°.- Que, por último, ni esta Corte ni ningún otro tribunal constituyen una segunda instancia de las decisiones de la Administración; el papel de la jurisdicción es de controlar la legalidad de sus actos de modo que no pueden los jueces reemplazar a la autoridad en sus decisiones y su función está restringida únicamente a determinar si aquellas se han ajustado a la juridicidad.

27°.- Que, según lo dispone el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, el recurso de protección es una acción destinada a adoptar una medida para que cese una actuación arbitraria o ilegal, esto es, contraria a la ley o que sea producto del mero capricho de quien incurre en ella y dado su carácter excepcionalísimo, está llamado únicamente a cautelar ciertos derechos fundamentales frente a los menoscabos que puedan experimentarse, siendo que, en el caso propuesto, lo que la parte recurrida ha hecho es actuar en el ejercicio de sus prerrogativas legales y reglamentarias, lo que permite también excluir algún supuesto de carácter antojadizo.

28°.- Que, por todo lo anterior, el recurso en examen no puede prosperar y deberá desestimarse.

Por estas consideraciones, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre la materia, se declara:

Que, **SE RECHAZA**, sin costas, el recurso de protección deducido por el abogado Marcial Araya Fernández, dirigido en contra del Sr. Jorge Bermúdez Soto, por sí y en representación de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de otros derechos.

Regístrese, notifíquese y, en su oportunidad, archívese, si no se apelare.

Redacción del Ministro Sr. Alejandro Rivera Muñoz.

Rol N° 79.142-2018.

WFOOHKEXLL

Pronunciada por la **Novena Sala** de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Javier Moya Cuadra y conformada por el Ministro señor Alejandro Rivera Muñoz y el Abogado Integrante Sr. Jaime Guerrero Pavez.

WFOOHKEXLL

ALEJANDRO EDUARDO RIVERA MUÑOZ
MINISTRO
Fecha: 11/01/2019 12:16:17

JAVIER ANIBAL MOYA CUADRA
Ministro
Fecha: 11/01/2019 12:12:10

JAIME BERNARDO GUERRERO PAVEZ
Abogado
Fecha: 11/01/2019 12:12:10

WFOOHKEXLL

Pronunciado por la Novena Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Javier Anibal Moya C., Alejandro Rivera M. y Abogado Integrante Jaime Bernardo Guerrero P. Santiago, once de enero de dos mil diecinueve.

En Santiago, a once de enero de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

WFOOHKEXLL

Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en http://verificadoc.pjud.cl o en la tramitación de la causa.
A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte http://www.horaoficial.cl.