

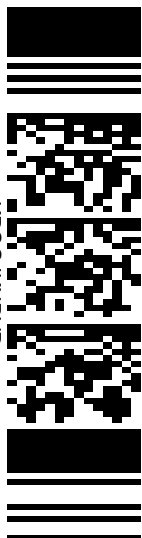
Santiago, doce de mayo de dos mil veintiuno.

Vistos y teniendo presente:

1°) Que, en estos autos rol N°55.143-2020 comparecen don Ciro Colombara López y don Aldo Díaz Canales, abogados, en representación de doña Gloria Alejandra Calisto Mayorga, educadora de párvulos, todos domiciliados para estos efectos en calle Alonso de Córdova N°4355, piso 14, comuna de Vitacura, quienes interponen recurso de protección en contra del Ejército de Chile, representado legalmente por su Comandante en Jefe don Ricardo Martínez Menanteau, con domicilio en Avenida Tupper N°1725, comuna de Santiago; en contra del Ministerio de Defensa Nacional, representado legalmente por su Ministro don Alberto Espino Otero, con domicilio en calle Zenteno N°45, piso 4, comuna de Santiago; y en contra de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, representada legalmente por su Vicepresidente Ejecutivo don Cristián Rojas Güzmacher, con domicilio en Paseo Bulnes N°102, comuna de Santiago, por el acto que consideran ilegal y arbitrario consistente en la no inclusión en el cálculo de su pensión mensual de montepío de la recurrente, de la gratificación antártica y de la gratificación de vuelo establecidas y prescritas en las letras b) y c), respectivamente, del artículo 189 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1997 del Ministerio de Defensa Nacional, que "Establece Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas", materializadas en el depósito en su cuenta corriente efectuado el 22 de mayo de 2020 y, posteriormente, con la notificación de la liquidación de su pensión el día 14 de junio de 2020, vulnerando las garantías que se le aseguran en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Fundando el recurso exponen que la recurrente era cónyuge del Subdirector de la División de Logística del Ejército de Chile, Coronel don Christian Astorquiza Oddo, quien falleció en un accidente aéreo ocurrido el 9 de diciembre de 2019, en circunstancias que el avión Hércules C-130 de la Fuerza Aérea de Chile, con 38 pasajeros en su interior, se estrelló en las aguas del Mar de Drake mientras llevaba a cabo un vuelo logístico entre la Base Aérea Chabunco en Punta Arenas y la Base Presidente Eduardo Frei Montalva en la Antártica, provocando la muerte de todos sus pasajeros.

KPGJKXRVD



Luego de reseñar latamente antecedentes familiares de la recurrente y las circunstancias del deceso de su cónyuge, describen el sistema de pensiones de las Fuerzas Armadas, cuyo marco jurídico se compone de diversos cuerpos normativos, citando al efecto la Ley N°18.458, que "Establece régimen previsional del personal de la Defensa Nacional que indica"; la Ley N°18.948, "Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas"; y DFL N°31, del Ministerio de Defensa Nacional, que "Fija Ley Orgánica por la que se regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional."

Citan el artículo 68 inciso primero de la ley N°18.948, en tanto dispone que la muerte y las lesiones causadas en accidentes ocurridos en acto determinado del servicio, darán derecho a pensión de retiro o montepío a los afectados o a sus asignatarios, según corresponda, en la forma que establece esta ley, el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y demás leyes en lo que les fueren aplicables. Explican que el párrafo cuarto de la misma ley dispone que si el causante fallece en acto de servicio, el montepío corresponde al cien por ciento de las remuneraciones del grado superior, independiente del tiempo servido. Luego detallan a los beneficiarios del montepío, según grado.

Seguidamente los recurrentes reseñan el estatuto normativo de las gratificaciones antártica y de vuelo. En cuanto a la primera, según el artículo 189 letra b) del DFL N°1, corresponde al personal afecto a la escala de sueldos de las Fuerzas Armadas que sea destinado como dotación de las Bases Antárticas, el que gozará de una gratificación ascendente al 520%, que estará exenta de cualquier descuento previsional; y, en caso que cumpliera comisiones de servicio al sur del paralelo 57° sur, gozará de una gratificación del 260% que se percibirá desde que se cruce el paralelo 57° sur. Según desarrollan, con base en el dictamen N°7482 de 2006 de la Contraloría General de la República, esta gratificación debe ser considerada como remuneración. Por esta razón, sostienen, la gratificación antártica debe ser incluida dentro del cálculo de montepío y, entendiendo que el causante señor Ortiz se encontraba destinado en comisión de servicio a la Base Antártica, le correspondía recibir la gratificación antártica, y habiendo fallecido en acto de servicio, el montepío de la recurrente debió incluirla.



En cuanto a la segunda, la gratificación de vuelo, según el artículo 189 citado, en su letra c) dispone que el personal que cumpla comisión de servicio volando en aeronaves de las Fuerzas Armadas, de misiones acreditadas en el país o aeronaves de guerra extranjeras, gozará de una gratificación no imponible, ascendente al 25% de su sueldo en posesión. Por las razones ya anotadas consideran que siendo remuneración, debió ser incluida en el cálculo de la pensión de montepío de la recurrente.

En cuanto al acto recurrido exponen que con fecha 22 de mayo de 2020, la recurrente se percató de un depósito en su cuenta corriente por la suma de \$3.177.587, en tanto no había sido notificada por las recurridas de que recibiría la pensión. Suponiendo que correspondía a ésta, solicitó a las autoridades que se le entregara un detalle o liquidación. Agregan que recién con fecha 14 de junio de 2020 la recurrente encontró en el buzón de su domicilio la Resolución N°684, por medio de la cual fue formalmente notificada de que, a consecuencia del accidente ocurrido el día 9 de septiembre de 2019 y la muerte del señor Astorquiza en acto de servicio, en su carácter de cónyuge era beneficiaria de una pensión mensual de montepío por un monto bruto total de \$4.135.809. Además, por medio de la Resolución N°684, la recurrente tomó conocimiento de que para efectos de calcular el monto de su pensión, las recurridas no incluyeron ni la gratificación antártica ni la de vuelo que le correspondía obtener. Por medio de la Resolución en comento fue notificada de que el aludido monto bruto de \$4.135.809, se encontraba compuesto únicamente por los siguientes beneficios:

"100% de la renta asignada al grado 5/1, la Ley de reajustes N° 21.196 (1,4%), incrementada con el 36% de los 11 trienios, 40% de Bonificación de mando y administración, 65% sobresueldo por Título de Ingeniero Politécnico, asignación de especialidad al grado efectivo, asignación de movilización, 14% asignación de casa, 55,4% de asignación de permanencia, 13,5% bonificación compensatoria AEGE, 28% de bonificación de riesgo, 3,5% bonificación compensatoria de salud, 35% 2° sobresueldo, asignación de rango, con limitación establecida en la Ley N° 18.694".

Consideran que lo expuesto entraña una decisión ilegal y arbitraria, en orden a no incluir las gratificaciones ya referidas dentro del montepío. En

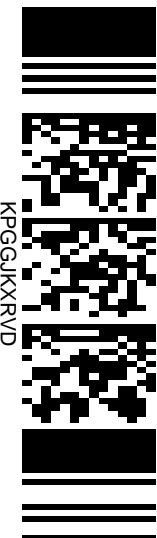


cuanto a la ilegalidad, creen que se habría infringido lo dispuesto en el artículo 189 letras b) y c) del DFL N°1, y que los recurridos habrían, además, infringido los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República. Asimismo, denuncian que la decisión es arbitraria, por carecer de razonabilidad y contradecir la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, atribuyendo el actuar de las recurridas a un capricho.

En cuanto a las garantías que denuncian vulneradas, indican que los órganos recurridos otorgaron un trato desigual a la recurrente, ya que, a pesar de que ésta cumple con los presupuestos legales para ser beneficiaria de la asignación antártica y de la asignación de vuelo, por mero capricho ellas no han sido consideradas en el cálculo de su montepío. Esta desigualdad de trato, sostienen, se manifiesta en el hecho de que en comparación al resto de las personas que se encontrarían en su misma situación, éstos recibirían los beneficios de las asignaciones referidas, mientras que la recurrente no las recibió, evidenciando con ello una irracionalidad del trato diferenciado que se le otorgó, vulnerándose de este modo la igualdad ante la ley.

Agregan que se ha privado a la recurrente de poder optar y recibir gratificaciones legalmente establecidas, pese a cumplir con los requisitos legales, y dado que se habrían incorporado al patrimonio de la recurrente las gratificaciones pretendidas, toda vez que ésta cumple con los requisitos legales para tales efectos, privándosele del derecho de obtenerlas y vulnerando su derecho de propiedad.

Como peticiones concretas, solicitan acoger la acción deducida, y ordenar: primero, recalcular el monto total de la pensión mensual de montepío concedida a la recurrente, incluyendo la gratificación antártica y/o la gratificación de vuelo; segundo, pagar a la recurrente los montos de dinero que ha dejado de percibir producto de la exclusión de la gratificación antártica y/o de la gratificación por vuelo en el monto de su pensión, incluyendo los reajustes e intereses que devenguen desde la fecha del pago hasta que la sentencia que falle el recurso de protección se encuentre firme y ejecutoriada; tercero, dictar las demás medidas que se estimen pertinentes para restablecer el imperio del derecho y garantizar los derechos cuya



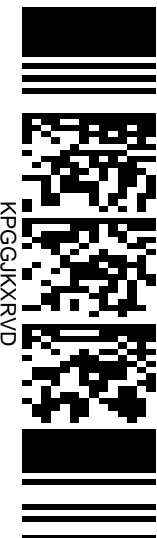
protección se invocan en la acción de protección, con costas.

2°) Que la recurrida Subsecretaría para las Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa evacuó informe, a través del Oficio SS.FF.AA.DIV.JUR.OF.N°45_2020/ICA.STGO, de fecha 11 de septiembre de 2020, suscrito por don Gabriel Abogasi Abufhele, Jefe de la División Jurídica de esa Subsecretaría, quien expuso que en virtud del Decreto Exento N°1 de 03 de enero de 2020 del Ministerio de Defensa Nacional, se dispuso que procede otorgar derecho de montepío en favor de los asignatarios del personal de las Fuerzas Armadas que indica, por haber desaparecido a consecuencia de un acto determinado del servicio, de conformidad con el artículo 207 del DFL N°1 de 1968 del Ministerio de Defensa, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

Conforme a dicho acto administrativo, a través de Resolución SS.FF.AA.DEPTO.PREV.SOC N°684 de 09 de marzo de 2020, tomado de razón con fecha 24 de abril del mismo año, se concedió a la señora Calisto Mayorga, por una parte, una pensión mensual de montepío, en su carácter de cónyuge del Coronel de Ejército de Chile don Christian Javier Astorquiza Oddo, desaparecido en servicio el 09 de diciembre de 2019, con 34 años, 1 mes y 18 días de servicios efectivos. La pensión mensual corresponde a la suma de \$4.135.809, equivalente al 100% de la renta asignada al grado 5/1 con las asignaciones que indica el acto. Por otra parte, la misma resolución otorgó una indemnización de desahucio equivalente a \$83.910.876 y finalmente, una indemnización conforme al artículo 69 de la ley N°18.948 correspondiente a dos años de sueldo imponible del causante, de cargo fiscal, y pagadera por una sola vez independiente de la pensión de montepío y desahucio, equivalente a \$67.128.701.

Añade, después de reseñar las normas que regulan la pensión otorgada, que en el cálculo del montepío se incorporaron todos los emolumentos imponibles o no imponibles, que fueron informados por el Comando de Personal del Ejército de Chile a través de Oficio COP I/1 (P) N°1610/490 de 07 de febrero de 2020, a través del cual se remitió el montepío a la recurrente.

En cuanto a la gratificación antártica, señala que el inciso final del artículo 68 de la ley N°18.948 dispone que la muerte y las lesiones



causadas en accidentes ocurridos en acto determinado del servicio, serán verificadas mediante una investigación sumaria administrativa dispuesta por la autoridad competente, la que se tramitará con arreglo a la preceptiva contenida en el decreto N°277 de 1974 del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de la Fuerzas Armadas. Afirma que, para el caso expuesto en el recurso, dicha instrucción corresponde a la Fuerza Aérea de Chile. Por esta razón, indica, tal como expone la recurrente, cabe incluir la gratificación antártica pero en la medida que en el procedimiento administrativo ordenado instruir al efecto, se determine que se cumple con el requisito normativo exigido para su otorgamiento, situación que hasta la data del presente arbitrio no ha ocurrido.

En cuanto a la gratificación de vuelo, expresa que conforme al artículo 189 letra c) del citado DFL N°1, para tener derecho a ella se debe cumplir con uno de los siguientes requisitos: volar en aeronaves de las Fuerzas Armadas cumpliendo comisiones de servicio, volar aeronaves de misiones acreditadas en el país, o volar aeronaves de guerra extranjeras. Expresa que para el cumplimiento de dichas condiciones corresponde que el funcionario, en virtud de una comisión de servicios, desempeñe funciones propias de su profesión a bordo de aeronaves, y que éste no sería el caso del causante, quien estaba a bordo de la aeronave, destinado a comisión de servicio a la Base Antártica y no por ejercicio de sus funciones.

Finalmente, expone que en el proceso que concluye con la dictación de la resolución que concede pensión a un funcionario de las Fuerzas Armadas interviene, en primer término, la Dirección de Personal o el Comando de Personal del organismo al que pertenecía el servidor, entidad que debe remitir el expediente a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, entidad que efectúa el cálculo de los beneficios correspondientes, la que deriva los antecedentes a la Contraloría General de la República para el trámite de toma de razón. Cumplido lo anterior, el expediente pasa a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional para el pago correspondiente. De esta manera, citando lo dispuesto en el artículo 21 letra c) del Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, indica que esa Subsecretaría no puede actuar de oficio en el marco del otorgamiento de una pensión de retiro,



debiendo estarse a los antecedentes que acompañe en su oportunidad, para el caso concreto, el Comando de Personal del Ejército, por tratarse de una materia de su exclusiva competencia, lo que en el caso de la recurrente se manifestó en el Oficio COP I/1 (P) N° 1610/490 de 07 de febrero de 2020.

Por estas consideraciones, alega no haber incurrido en actuaciones ilegales o arbitrarias que permitan acoger el recurso, por lo que debe desestimarse con expresa condena en costas.

3°) Que la recurrida Ejército de Chile evacuó informe, a través de oficio CJE COP AJ ® N° 1595/8592/ILTMA. C.A. DE SANTIAGO, de fecha 28 de septiembre de 2020, suscrito por don Ricardo Martínez Mananteau, General de Ejército, Comandante en Jefe de dicha institución, quien expuso, respecto del causante referido en el recurso, CDL Astorquiza Oddo, que se le designó en comisión de servicio dispuesta con fecha 26 de noviembre de 2019 por Resolución DEL OCAL FZAS ® N° 10000/383323/1414 a Punta Arenas, desde Santiago y a partir del 01 al 13 de diciembre de 2019, para coordinar la incorporación de reciclaje, bodegas de residuos peligrosos y tratar temas antárticos. Agrega que, desde Punta Arenas, el día 9 de diciembre de 2019, se trasladó a la Antártica, sin poder arribar a dicho lugar, por cuanto el avión en que viajaba siniestró durante el trayecto.

En cuanto a la referida comisión de servicios, explica que el artículo 149 del DFL (G) N° 1 de 1997 define la comisión de servicio como "la que percibe el personal que sin dejar de pertenecer a su unidad o repartición, es designado para el cumplimiento de funciones en otra unidad o repartición de la misma institución o en otro servicio público, en el territorio nacional o en el extranjero".

A su vez, en cuanto a la pensión de montepío otorgada a la recurrente, precisa que con el afán de concederla de la manera más expedita, no pudo contarse con toda la documentación para reconocer la gratificación de vuelo respecto del CRL Artoquiza, pues el Comando de Personal del Ejército remitió el expediente de retiro a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas el 7 de febrero de 2020 mediante Oficio COP I/1 (P) N°1610/490, para que esa Subsecretaría dictase el decreto de rigor, sin embargo, con fecha 16 de marzo de 2020 la Fuerza Aérea de Chile expidió el certificado de vuelo. Explica que, recibido dicho documento, se dictó la



Resolución COP III/1 (R) N°10300/6512/5485, de 01 de julio de 2020, en que se reconoció el derecho a percibir la gratificación de vuelo, ascendente al 25% por el periodo que indica la resolución. En este contexto, agrega, el Jefe del Departamento III del Comando de Personal remitió al Jefe del Departamento I del mismo Comando la referida resolución, con el objeto de remitir tales antecedentes a la Subsecretaría, con la finalidad de incluir finalmente este estipendio en la pensión de montepío de la recurrente. A consecuencia de ello, el Jefe de Estado Mayor del Comando de Personal solicitó al Tesorero del Ejército que, en virtud de estos antecedentes, se actualizaran las remuneraciones del fallecido Coronel Astorquiza, para lo cual debía emitir, a la brevedad posible, un nuevo certificado de sueldo del mes de diciembre de 2019 en que figure el pago de dicho emolumento. Expresa que esta documentación será remitida en su oportunidad a la Subsecretaría para su tramitación y posterior pago por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional.

En consecuencia, expresamente indica que ha reconocido la gratificación de vuelo respecto del Coronel Astoquiza Oddo, y que esta fue incluida en la última remuneración del causante, restando sólo su inclusión en la pensión de montepío.

En cuanto a la gratificación antártica, explica que la pensión de montepío de la recurrente no la comprende en virtud de los incisos primero y final del artículo 68 de la ley N°18.948, pues una vez que se cumpla con lo dispuesto en la citada disposición -referido a la verificación de investigación sumaria administrativa- y conforme a la conclusión a que se arribe en dicha investigación, se procederá a pagar la gratificación si correspondiere, encontrándose esta conclusión conteste con lo señalado por el dictamen de la Contraloría General de la República N°7482 de 15 de febrero de 2006. Añade que la gratificación solo será procedente si el resultado de la investigación sumaria administrativa establece que el accidente ocurrió en acto de servicio, correspondiendo a la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas la ejecución del acto administrativo respectivo que materialice lo indicado.

En cuanto a la acción intentada, alega que la recurrente no señala algún acto u omisión atribuible a autoridad alguna de esa entidad castrense que sea arbitrario o ilegal. Recalca que, teniendo la posibilidad de resguardar sus derechos por la vía idónea, esto es, la prevista en el artículo 10 de la



ley N°19.880, ha interpuesto directamente una medida cautelar constitucional, desatendiendo la aplicación de la normativa especial. En tal contexto, destaca que la recurrente cuenta con los medios que franquea la ley para reclamar por los efectos en la tramitación de su solicitud administrativa de pensión de montepío y demás beneficios; sin que haya acompañado antecedente o documento alguno que dé cuenta que ha ejercido la vía idónea. Al efecto cita sentencia de esta Corte de Apelaciones pronunciada en recurso de protección rol N°1335-2020.

Añade que en la especie no se cumplen las condiciones y requisitos exigidos por el artículo 20 de la Constitución Política de la República para que el recurso de protección sea procedente, alegando, además, que la recurrente no ejerce un derecho indubitado que haya sido conculcado por la recurrida, pues se encuentra pendiente la resolución que ponga término a la investigación sumaria administrativa que exige el artículo 68 de la ley N° 18.948.

En cuanto a las garantías constitucionales presuntamente conculcadas, respecto de la igualdad ante la ley, reitera que a la recurrente se le otorgó gratificación de vuelo, restando su inclusión en la respectiva pensión de montepío, aspecto que escapa de las competencias de la recurrida, pues corresponde a potestad de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. En cuanto a la gratificación antártica, sostiene que no se cumplen actualmente los requisitos que otorgan el derecho a percibirla, por lo que no es efectiva la vulneración de la garantía referida. Respecto del derecho de propiedad, alega como presupuesto básico que la persona adquiera previamente derecho de propiedad sobre una cosa o sea titular de un derecho que se encuentra en su patrimonio, lo que no ha ocurrido en la especie, pues no se cumplen los requisitos legales para otorgar las gratificaciones pretendidas.

Por estas consideraciones, solicita que se declare que no ha existido vulneración de derechos y garantías constitucionales de la recurrente por parte del Ejército de Chile, toda vez que la pensión de montepío fue calculada de conformidad a lo previsto en la legislación vigente, subsanándose el reconocimiento de la gratificación de vuelo, por lo que la acción debe ser rechazada, con costas.



4°) Que la recurrida Caja de Previsión de la Defensa Nacional evacuó informe a través de oficio CPDN.VPE.FSL.N° 987/09/2020, de fecha 02 de octubre de 2020, suscrito por don Mauricio García Cuello, Vicepresidente Ejecutivo (S), quien hizo presente en primer término que, conforme al artículo 21 letra c) de la ley N°20.424, Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa Nacional, el otorgamiento de pensiones de retiro y montepío es materia de competencia de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, teniendo Capredena la obligación de pagar los beneficios previsionales en los términos ordenados por esa Subsecretaría. Tras reseñar los actos respectivos, sostiene que, dando estricto cumplimiento a lo ordenado, procedió al primer pago de pensión de montepío de la recurrente el 20 de mayo de 2020, mediante depósito en cuenta corriente por ella señalada, adjuntando detalle de liquidación.

En segundo lugar, alegó falta de legitimidad pasiva pues, citando la normativa orgánica del servicio, aduce que es una mera pagadora de las pensiones que decreta la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, conforme al precitado artículo 21 letra c). Por esta razón, explica, mal podría haber realizado alguna acción tendiente a privar, perturbar o amenazar el derecho a obtener algún tipo de asignación legal, puesto que el beneficio fue otorgado por otra repartición del Estado, sin que se configure algún acto u omisión arbitraria o ilegal de parte de Capredena, que sólo ha cumplido su mandato legal.

Finalmente, expone que el procedimiento es inadecuado, pues si el derecho no existe o no tiene naturaleza de indubitado no es factible protegerlo, como sucede en la especie, ya que el caso expuesto requiere una declaración previa de derechos, lo que no puede hacerse por esta vía.

5°) Que para el análisis del asunto planteado en estos autos, resulta conveniente recordar que el Recurso de Protección de garantías constitucionales, establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de La República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio.



6°) Que, como se desprende de lo anotado, y según se ha venido diciendo reiteradamente a raíz de otros asuntos similares, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1° del Código Civil- o arbitrario -producto del mero capricho de quién 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- protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto. Resulta importante recalcar que la ilegalidad y la arbitrariedad no son elementos que deben concurrir en forma copulativa, sino que basta con que se presente uno de ellos, esto es, el acto lesivo puede ser ilegal o arbitrario, sin perjuicio de que, eventualmente, podría tener ambos caracteres a la vez, confluyendo en algún caso específico.

7°) Que, a continuación, se debe recordar que se ha recurrido en contra de tres instituciones del Estado, por el acto que los recurrentes consideran ilegal y arbitrario consistente en la no inclusión en el cálculo de la pensión mensual de montepío de doña Gloria Alejandra Calisto Mayorga, en su calidad de viuda del Subdirector de la División de Logística del Ejército de Chile, Coronel don Christian Astorquiza Oddo, quien falleció en el accidente aéreo ya referido, ocurrido el 9 de diciembre de 2019, de la gratificación antártica y de la gratificación de vuelo establecidas y prescritas en las letras b) y c), respectivamente, del artículo 189 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1997, del Ministerio de Defensa Nacional, que "Establece Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas", lo que se habría materializado en el depósito en su cuenta corriente efectuado el 22 de mayo de 2020 y, posteriormente, con la notificación de la liquidación de su pensión el día 14 de junio de 2020.

Lo cierto, entonces, y tal como ha ocurrido con el recurso tramitado conjuntamente con el presente, es que no se está recurriendo respecto de un acto, sino que de una omisión, ya que según el fundamento del recurso, el acto lesivo consiste en que no se habrían considerado en el cálculo de la pensión mensual de montepío que corresponde a la persona ya mencionado como afectada, las dos gratificaciones que los recurrentes estiman que le corresponde.



Además, se debe también dejar constancia que la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, que ha sido incluida como recurrida, carece de toda responsabilidad en lo que se reprocha, pues se trata de una institución que no tiene facultades resolutivas en la materia, y se limita a pagar los beneficios que se le informan por las demás instituciones igualmente recurridas.

8°) Que, despejado lo anterior, se debe además señalar que el recurso, en lo que se refiere a la denominada gratificación de vuelo, ha perdido oportunidad. En efecto, el Ejército de Chile ha informado en forma expresa que la situación respecto de esta asignación o gratificación está solucionada, pues el 16 de marzo de 2020 la Fuerza Aérea de Chile expidió el certificado de vuelo. Se informó que, recibido dicho documento, se dictó la Resolución COP III/1 (R) N°10300/6512/5485, de 01 de julio de 2020, en que se reconoció el derecho a percibir la gratificación de vuelo, ascendente al 25% por el periodo que indica la resolución. El Jefe del Departamento III del Comando de Personal remitió al Jefe del Departamento I del mismo Comando la referida resolución, con el objeto de remitir los antecedentes a la Subsecretaría, con la finalidad de incluir finalmente el estipendio en la pensión de montepío de la recurrente. Como consecuencia de lo anterior, el Jefe de Estado Mayor del Comando de Personal solicitó al Tesorero del Ejército que, en virtud de dichos antecedentes se actualizaran las remuneraciones del Coronel Astorquiza, para lo cual debía emitir, a la brevedad posible, un nuevo certificado de sueldo del mes de diciembre de 2019 en que figure el pago de dicho emolumento. Esta documentación será remitida en su oportunidad a la Subsecretaría para su tramitación y posterior pago por la Caja de Previsión de la Defensa Nacional.

De este modo, se ha reconocido en forma expresa la gratificación de vuelo respecto del Coronel Astoquiza Oddo y, además, que ésta ya fue incluida en la última remuneración del causante, restando sólo su inclusión en la pensión de montepío.

Por lo anterior, no cabe medida que esta Corte pueda adoptar en relación con la referida gratificación de vuelo, puesto que ella ya fue reconocida y que se debe pagar a la persona en cuyo favor se recurre, por lo que a este respecto, el recurso perdió oportunidad ya que la situación fue debidamente aclarada y resuelta favorablemente para dicha persona.



9°) Que, en relación con la restante gratificación pretendida, llamada "antártica", en primer lugar hay que señalar que no se ha establecido, por quienes han recurrido, que la situación denunciada y que se ha señalado sea la consecuencia de una ilegalidad o arbitrariedad. Se han citado en apoyo del recurso las disposiciones legales que establecen las asignaciones que se reclaman, pero las entidades responsables han explicado en detalle y acertadamente la razón por la que, en uno de los casos, el de la denominada gratificación antártica, su pago depende de la indagación previa que debe llevar a cabo una institución diversa de las que fueron recurridas, la Fuerza Aérea de Chile. El inciso final del artículo 68 de la ley N°18.948 dispone que la muerte y las lesiones causadas en accidentes ocurridos en acto determinado del servicio, serán verificadas mediante una investigación sumaria administrativa dispuesta por la autoridad competente, la que se tramitará con arreglo a la preceptiva contenida en el decreto N°277 de 1974 del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de la Fuerzas Armadas.

De lo anterior se desprende que las entidades recurridas, en lo que les corresponde, llevaron a cabo el cálculo de la pensión de montepío, excluyendo las asignaciones que se reclaman, pero no lo hicieron contra ley o por mero capricho, sino que por las razones y normativa que han invocado. Ello, sin perjuicio de lo informado respecto de la gratificación de vuelo, a cuyo respecto el problema ya está solucionado, ya que se estableció, finalmente, su procedencia y se ordenó el pago de la misma.

Por lo expuesto no pueda reprocharse ilegalidad o arbitrariedad en aquello que se reclama, pues los recurridos han esgrimido motivos valederos para actuar u omitir el pago, fundados en disposiciones legales que los obligan a revisar la situación producida.

Por lo tanto, lo primero que han que consignar es que no concurre el requisito básico para que prospere una acción como la que se revisa, es decir, la existencia de un acto u omisión que puedan estimarse ilegales o arbitrarios.

10°) Que, en seguida, se debe agregar que el recurso o acción de protección constituye un arbitrio cautelar de emergencia, que solo puede



prosperar cuando se enfrente una situación lesiva urgente, que provoca menoscabo a una persona en alguno de los derechos fundamentales protegidos, de acuerdo con el catálogo que establece el artículo 20 de la Constitución Política de la República, lo que tampoco es el caso de la especie, ya que lo que se pretende por los recurrentes es discutir la procedencia de dos asignaciones en beneficio de la persona a quien representan, una de las cuales ya se ha reconocido que es procedente, pero sujeta a una investigación previa y la otra fue reconocida en este caso, disponiéndose su pago, debiendo incluirse en el respectivo montepío.

Dicha discusión, en lo que se encuentra pendiente, no puede dirimirse mediante esta acción cautelar, que como se dijo, es de emergencia, no constituye ni un juicio ni una investigación, que debe resolverse con el mérito de los datos que aporten tanto la parte recurrente como la recurrida y su finalidad es poner fin a un estado de aflicción, incluso en grado de amenaza, con afectación de garantías constitucionales de la persona en cuyo favor se presenta. De allí se desprende la impertinencia de su utilización en el presente caso, que no tiene tales características.

Se trata de un problema de aquellos que deben ser resueltos por otra vía, concretamente, la del juicio ordinario de lato conocimiento, en el cual las partes o involucrados pueden tener la oportunidad de hacer valer sus pretensiones, desarrollar sus argumentos, apoyarlos mediante la rendición de las pruebas que les parezcan convenientes, así como deducir los recursos procesales que correspondan.

11°) Que, de otro lado, la persona en cuyo favor se ha presentado el recurso en examen tampoco tiene un derecho indubitado, pues el que se esgrime está en discusión, ya que la procedencia de la gratificación antártica depende del resultado que arroje una investigación que, sobre el accidente aéreo que causó la muerte del cónyuge de dicha recurrente, se estaría llevando a cabo por otra entidad.

Por lo expuesto se puede concluir que en la especie no hay un derecho indubitado, porque el que se ha hecho valer está en discusión, y como la acción de protección no tiene por finalidad generar o crear derechos, sino que la de proteger aquellos que, siendo indubitados, están al menos siendo



amagados o se encuentren en peligro, esta consideración refuerza la idea anteriormente señalada, en cuanto a la improcedencia del recurso o acción de protección en relación con la situación que ha presentado ante esta Corte doña Gloria Alejandra Calisto Mayorga, quien aspira a incrementar la pensión de montepío de que es titular, con la gratificación llamada antártica, lo que se debe dilucidar en la sede jurisdiccional anteriormente señalada. La segunda asignación o gratificación que se reclama, como se dijo, fue expresamente reconocida y se dispuso su pago.

12°) Que, por los argumentos que brevemente se han reseñado, el recurso en estudio no puede prosperar, debiendo desestimarse, sin que resulte necesario el examen de las garantías constitucionales que se han mencionado como vulneradas.

Por estas consideraciones y en conformidad, asimismo, con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre tramitación de recursos como el de la especie, se declara que **se rechaza** la acción de protección entablada por don Ciro Colombara López y don Aldo Díaz Canales, abogados, en representación de doña Gloria Alejandra Calisto Mayorga, en contra del Ejército de Chile, del Ministerio de Defensa Nacional y de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívense los autos.

Redacción del Ministro Mario D. Rojas González.

Rol N° 55.143-2020.



Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Mario Rojas G., Maritza Elena Villadangos F. y Abogado Integrante Cristian Luis Lepin M. Santiago, doce de mayo de dos mil veintiuno.

En Santiago, a doce de mayo de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



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 04 de abril de 2021, la hora visualizada corresponde al horario de invierno establecido en Chile Continental. Para la Región de Magallanes y la Antártica Chilena sumar una hora, mientras que para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar dos horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>