

Santiago, tres de marzo de dos mil veintiuno.

VISTOS:

Con fecha 5 de noviembre de 2020 comparece don Walter Schulz Moya, abogado habilitado, actuando a nombre de don Juan Francisco Madariaga Vásquez, Mayor del Ejército de Chile, con domicilio en calle Nueva N°520, departamento N°401, comuna de Las Condes, quien interpone acción de protección en contra del Comandante en Jefe del Ejército de Chile, don Ricardo Martínez Menanteau, representado legalmente por el Presidente del Consejo de Defensa del Estado don Juan Antonio Peribonio, por decisión adoptada por la Junta de Apelaciones de Oficiales del Ejército de Chile de 5 de octubre de 2020, notificada el día 8 de octubre de 2020, por la cual rechazó el recurso de apelación interpuesto por su parte, quedando firme en sede administrativa la Resolución N°1565/15/893 de 14 de agosto de 2020 que incluyó al funcionario en la Lista Anual de Retiros como parte del proceso de calificación 2019/2020, lo que vulnera sus garantías fundamentales de los números 2 y 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Solicita que se acoja el recurso y en definitiva se ordene dejar sin efecto el acuerdo adoptado por la Junta de Apelaciones de Oficiales por el cual se mantuvo y confirmó en todas sus partes el acuerdo adoptado por la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores (en adelante JSOJS) correspondiente al período de calificación 2019/2020 que incluyó a su representado en la Lista Anual de Retiro y en su lugar se disponga que el sr. Madariaga continúe su servicio activo en la institución con su grado, cargo y antigüedad, con costas.

Indica que ingresó al Ejército de Chile el año 2002, y actualmente es Mayor del Ejército y Jefe de la Sección Control de Obras, perteneciente al Departamento de Administración Técnica dependiente del Comando de Ingenieros del Ejército, habiéndose desempeñado durante estos 19 años de carrera militar efectiva, en funciones en que ha sido calificado de continua y permanentemente con un desempeño "Muy Bueno".

Su carrera militar se ha visto frustrada debido al infundado acuerdo adoptado por la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores de fecha 14 de agosto de 2020, correspondiente al I Período 2019/2020, confirmado por el acuerdo adoptado con fecha 5 de octubre de 2020 por la Junta de



Apelaciones de Oficiales, por el cual se decidió incluir al Sr. Madariaga dentro de la Lista Anual de Retiro (en adelante LAR).

Frente a lo anterior, con fecha 24 de agosto de 2020, interpuso recurso de Reconsideración ante el Presidente de la JSOJS, solicitando que se le permitiera continuar sirviendo al Ejército de Chile. Sin embargo, con fecha 4 de septiembre de 2020, la JSOJS, reunida en su II Período de Sesiones, correspondiente al proceso de calificación 2019/2020, mediante Resolución N°1565/15/85: “Rechaza” el recurso de reconsideración presentado. En consecuencia, se mantiene el acuerdo adoptado por el I Período de Sesiones de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores, de calificarlo y clasificarlo en Lista N° 2 “Normal” e incluirlo en Lista Anual de Retiros”, agregando que el acuerdo se encuentra fundado y debidamente motivado. Ello escapa a la realidad, ya que la única “justificación” entregada por la JSOJS fue mencionar que el acuerdo se realizó en el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 96 inciso 2° del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, con el objetivo de estructurar la fuerza militar a la medida de las necesidades institucionales y de la Defensa Nacional, en cuyo contexto la planta de Oficiales debe ser adaptada periódicamente a los requerimientos de personal de cada grado y escalafón. Sin embargo, dicha facultad/deber no puede ser ejercida de manera antojadiza e infundada, porque si así fuera, se estaría transgrediendo gravemente los derechos del personal de la Institución, dejándolos sujetos permanentemente a la mera discrecionalidad de la jefatura, lo cual no es admisible en nuestro derecho.

Señala que con fecha 11 de septiembre de 2020, el Sr. Madariaga interpuso recurso de apelación ante el Presidente de la Junta de Apelaciones de Oficiales Jefes y Superiores, el que fue rechazado, nuevamente, sin otorgar ninguna fundamentación ni criterio utilizado por parte de la Institución para justificar la decisión adoptada de incluirlo en la Lista Anual de Retiros.

Cita los artículos 75, 118 y siguientes del DFL N°1 de 1997 (Estatuto del Personal para las FFAA) en que se establece que sólo en el evento de que no exista personal suficiente para completar la cuota anual de retiro en el personal calificado en Lista N°4 y N°3 por segunda vez consecutiva, podrá incluirse al resto del personal que figure en Lista N°2. Para ello es requisito fundamental que la integración de la LAR sea sucesiva y, en consecuencia, se incluyan primeramente al personal que se encuentre en las otras



categorías. Respecto de la motivación de los actos administrativos cita jurisprudencia.

Agrega que el acto recurrido es ilegal, por cuanto no reúne los requisitos previstos en la legislación vigente ya que, al tratarse de un Acuerdo emanado de un órgano colegiado, se enmarca dentro de lo previsto en el artículo 3° de la Ley N°19.880, debiendo cumplir con los principios que informan dicho cuerpo legal, cuestión que claramente en la especie no ha ocurrido.

Hace presente que, con fecha 26 de septiembre de 2019, el recurrente presentó una denuncia por acoso laboral en contra de su Calificador, el Coronel Sr. Guido Frávega Bordoli, basada en una serie de irregularidades referentes al manejo de su hoja de vida, junto a la prohibición de porte de armamento durante 5 meses, con el informe de un urólogo, existiendo un certificado médico de la psiquiatra del Hospital Militar del Norte Dra. Barriga, en el que deja de manifiesto que el Sr. Madariaga no presentaba ningún tipo de patología mental. Debido a esta denuncia, la Institución inició una investigación sumaria, con una serie de vicios procedimentales, como el nombramiento de un Fiscal menos antiguo que el citado Coronel Frávega, entre muchos otros, y que su representado hizo presente en la respectiva reconsideración el 24 de junio del año en curso, todo lo cual fue ignorado por el mando, sin adoptar las medidas administrativas correspondientes. Como consecuencia de lo anterior, el Sr. Madariaga presentó una segunda denuncia ante la Contraloría General de la República en el mes de agosto del presente año, por falta a la probidad y acoso laboral, denuncia que actualmente se encuentra en trámite, el artículo 90 A de la Ley 20.205, protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad

Entiende afectada la garantía constitucional de igualdad ante la ley, citando jurisprudencia al efecto y el derecho de defensa toda vez que al omitir los fundamentos y motivos por los cuales se decidió calificar al Sr. Madariaga en la Lista N° 2 e incluirlo en la Lista Anual de Retiros, éste se vio impedido de lograr una completa y debida defensa de sus derechos.

Comparece el Ejército de Chile, quien informando al tenor del recurso solicita el rechazo del mismo por carecer absolutamente de todo fundamento fáctico y jurídico.

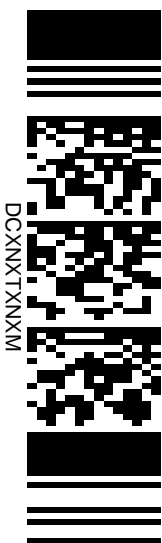


En primer lugar, se refiere al marco legal aplicable y refiere que las evaluaciones se realizan en el marco de atribuciones que confiere la ley a las Juntas, según lo dispuesto por los artículos 97 y siguientes del Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas. Los entes colegiados cuentan con atribuciones para estudiar, aprobar o modificar las calificaciones del personal, para conformarlas con las hojas de vida y demás antecedentes que obren en su conocimiento, a fin de que dichos documentos reflejen, en la forma más exacta posible el valor de cada miembro de la Institución. En cuanto a la naturaleza de las decisiones que adopten, artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de las FF.AA. dispone que son soberanas en cuanto a las apreciaciones que emiten sobre la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados, no correspondiendo a otros organismos ajenos la revisión de los fundamentos de sus decisiones.

Señala que el Decreto Exento 655, de 24 de julio de 2020 fijó cuotas de retiro para el período de calificaciones 2019/2020 del Ejército de Chile, en el cual se dispuso que la cuota anual de retiros de Oficiales del Escalafón de Armas a la que pertenecía el Mayor Madariaga sería de hasta de 10 (diez) Oficiales con grado de Mayor y la Junta de Selección procedió en la forma dispuesta en la ley.

En cuanto a la calificación del funcionario recurrente en Lista N°2 señala que habiendo obtenido el actor una T/medio del total de notas finales 6,00, automáticamente ha sido clasificado en Lista N°2, no siendo clasificado en Lista N°1, por cuanto exige una nota T/M no inferior a 6,11. La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República contenida en los dictámenes que cita, ha sostenido que las calificaciones son independientes entre sí y, por ende, no obligan a la autoridad a dar al empleado un cierto puntaje e incorporarlo en lista específica en función de los resultados logrados en procesos anteriores.

Así las cosas, estima que la resolución que dispuso la inclusión en LAR del recurrente es motivada y fundada. En cuanto a las supuestas infracciones acontecidas en la investigación sumaria que el recurrente habría denunciado en la Contraloría ésta señaló que la presentación no es el mecanismo idóneo para impugnar la medida. Por último en cuanto a una supuesta infracción a la norma contenida en el artículo 90 letra A de la Ley N°20.205, indica que el actor intenta hacer aplicable a su caso la letra h) de la disposición pero la



inclusión el LAR no consiste en una medida disciplinaria sino que es el resultado de un proceso anual al cual se somete la totalidad del personal de la institución.

En segundo lugar, argumenta la improcedencia del recurso dada la naturaleza cautelar del mismo pues de la sola lectura de la acción interpuesta se desprende claramente que el tema planteado es ajeno a esta. Asimismo, descarta que la inclusión en LAR adolezca de vicios de arbitrariedad e ilegalidad pues fue adoptada en ejercicio de las atribuciones legales y fundamentos debidamente ponderados según ya explicó.

En relación con las garantías constitucionales supuestamente conculcadas, alega en relación al derecho de igualdad ante la ley que la calificación del Mayor Madariaga en Lista N°2 dice relación con haber obtenido una nota T/M 6,00 que de acuerdo a la tabla de calificación implica calificarlo automáticamente en dicha lista, todo lo cual se encuentra regulado en la Cartilla de Calificaciones respectiva y reitera que estas son anuales por lo que otros períodos durante la carrera no es óbice ni impedimento para ser incluido en LAR. Todos los Oficiales Jefes agotaron la vía recursiva e igualmente se rechazaron los recursos y en consecuencia se mantuvo la decisión de incluirlos en LAR. Por último, en cuanto al derecho de defensa el actor no explica cómo se configura la supuesta vulneración y reitera que aquel agotó la vía recursiva por lo que concluye que se ha respetado el ejercicio de sus derechos.

Finaliza solicitando se declare que no ha existido vulneración de derechos y garantías constitucionales del recurrente por parte de esta autoridad, atendido a que los hechos alegados se han enmarcado dentro del ejercicio de potestades válidamente conferidas, debiendo ser desestimada la acción de protección en su totalidad.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

Primero: Que, en primer lugar, se debe tener en cuenta que el recurso de protección es un instituto procesal de carácter extraordinario, establecido para restaurar el imperio del derecho cuando se han afectado derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución Política, por intermedio de un acto arbitrario o ilegal.

Segundo: Que como es unánimemente aceptado, requiere para su procedencia, la concurrencia simultánea de un conjunto de requisitos, a



saber, la existencia de un acto o una omisión ilegal y arbitraria, que dicho acto viole, perturbe o amenace garantías que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas; y finalmente, que quién lo interpone se encuentre ejerciendo un derecho indubitado y que la acción constitucional se dirija en contra de quién ha causado la conculcación de un derecho garantizado por nuestra Carta Fundamental, dentro del plazo señalado por el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema.

Tercero: Que en el caso en estudio el acto que se considera ilegal y arbitrario consiste en la decisión adoptada por la Junta de Apelaciones de Oficiales del Ejército de Chile de 5 de octubre de 2020, notificada el día 8 de octubre de 2020, por la cual rechazó el recurso de apelación interpuesto por su parte, quedando firme en sede administrativa la Resolución N°1565/15/893 de 14 de agosto de 2020 que incluyó al funcionario en la Lista Anual de Retiros como parte del proceso de calificación 2019/2020.

Cuarto: Que, sin perjuicio de lo anterior, en cuanto al fondo del recurso, la decisión recurrida se basa en el artículo 441 del Decreto Ley N° 204, que aprueba Reglamento Complementario del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, el que señala que para proponer las cuotas anuales de retiro y escalafón de complemento, debe considerarse el estudio técnico de los escalafones que efectúan las instituciones, en cuanto a las promociones que integran los diferentes grados, el número los componentes de cada una y las posibilidades de ascenso.

De los antecedentes de la causa se desprende que en el caso de autos, el Decreto Exento 655 de 24 de julio 2020, fijó la cuota de retiros para el período de calificación 2019/2020, determinando una cuota de diez funcionarios de grado de Mayor que debían hacer pasar a retiro. Dicha cuota debe completarse en primer lugar con miembros que se encuentren en Lista 4, no habiendo en esta oportunidad oficiales en Lista 4, siguiéndose con la Lista 3, en que sólo había uno, luego se siguió con la Lista 2, siendo siete los Mayores llamados a retiro, incluido el recurrente, y un Mayor en Lista 1.

Resulta de lo anterior que no se verifica la situación que reclama el recurrente en tanto se han respetado las normas y los criterios legales para confeccionar la lista de retiros de acuerdo a los distintos escalafones del personal.



Quinto: Que en relación a la supuesta falta de fundamentación de los actos objeto del recurso, ésta no es efectiva. Se explicó el procedimiento utilizado, tal como se expone en el informe, y el afectado tuvo la posibilidad de recurrir de cada uno de las decisiones, lo cual fue conocido y resuelto por el órgano que indica la ley en cada caso y debidamente notificado al interesado.

Sexto: Que, en consecuencia, analizados los antecedentes allegados al recurso de protección, a la luz de la normativa aplicable al efecto, es posible concluir que la decisión adoptada de inclusión en la Lista Anual de Retiros del actor, y el rechazo de la reconsideración y apelación formulada, se ha hecho con estricto apego a la legalidad vigente, dentro del ámbito de su competencia y respetando las formalidades procedimentales establecidas para tales efectos.

Por otra parte, lo actuado, se enmarca en cumplir la cuota anual de retiro determinada previamente por la autoridad ejecutiva a propuesta de la institución.

Séptimo: Que tampoco puede estimarse como arbitraria la decisión impugnada, toda vez que la recurrida, como ya se dijo, en uso de sus facultades legales, resolvió el retiro de la institución de don Patricio Ríos Reyes, no en forma antojadiza o caprichosa, sino que tuvo como fundamento las decisiones de las respectivas Juntas de Selección y Apelación del Personal, como asimismo la facultad y criterios determinadas en la ley para conformar la Lista Anual de Retiro, acorde a las cuotas del período 2019-2020.

Así, se tuvo en consideración las notas del recurrente y demás parámetros establecidos en los instrumentos legales y reglamentarios existentes, los que exigen ponderar su conducta y desempeño profesional.

Luego, al ser aplicadas las normas de formación de Lista Anual de Retiro, debió ser incluido en ella, y tal decisión aparece dotada de sustento fáctico y jurídico suficiente, cumpliéndose con ello la exigencia de fundamentación de los actos administrativos.

Octavo: Que, en atención a lo hasta aquí razonado y, por haberse constatado en el presente caso la inexistencia del elemento esencial para la procedencia de un recurso de protección, esto es, un acto o una omisión



ilegal o arbitraria, resulta innecesario analizar la presunta violación de las garantías constitucionales denunciadas.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, **se rechaza**, sin costas, el deducido en favor de don JUAN FRANCISO MADARIAGA VÁSQUEZ, en contra del Ejército de Chile.

Regístrese y comuníquese.

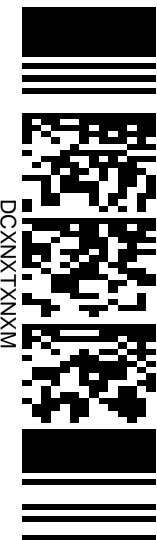
Redactó la Ministra (s) señora María Isabel Pantoja Merino.

Protección N° 94512-2020.-



Pronunciado por la Sexta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Jessica De Lourdes Gonzalez T., M.Rosa Kittsteiner G. y Ministra Suplente Maria Pantoja M. Santiago, tres de marzo de dos mil veintiuno.

En Santiago, a tres de marzo 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 06 de septiembre de 2020, 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>