

**Santiago, veinticuatro de febrero de dos mil veintitrés.**

**Vistos y teniendo presente:**

**Primero:** Con fecha 03 de octubre de 2021 comparecen los abogados Maximiliano Delgado González y Cristián Arias Vicencio, en representación de 1). [REDACTED], en representación de sus hijas e hijo menores de edad, [REDACTED] y [REDACTED]; 2). [REDACTED], en representación de sus hijas menores de edad [REDACTED] y [REDACTED]; 3). [REDACTED]; 4). [REDACTED]; 5). [REDACTED]; 6). [REDACTED]; 7). [REDACTED]; 8). [REDACTED], en representación legal de su hija menor de edad, [REDACTED]; 9). [REDACTED]; 10). [REDACTED], en representación de su hijo menor de edad [REDACTED]; 11). [REDACTED]; 12). [REDACTED], en representación de sus hijos menores de edad [REDACTED] y [REDACTED]; 13). [REDACTED]; 14). [REDACTED]; 15). [REDACTED]; 16). [REDACTED]; 17). [REDACTED]; 18). [REDACTED]; 19). [REDACTED]; 20). [REDACTED]; 21). [REDACTED]; y, 22). [REDACTED], quienes interponen recurso de protección contra la Fuerza Aérea de Chile –a continuación la FACH-, el Ejército de Chile, el Ministerio de Defensa Nacional, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas y la Caja de Previsión de la Defensa Nacional –en adelante -CAPREDENA- por hechos que, estiman, vulneran sus garantías constitucionales consagradas en los numerales 2° y 24° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Indican que sus representados son herederos en su calidad de eran cónyuges, contratantes de unión civil, madres representantes legales de hijos en común, madres y padres de los funcionarios de la Fuerza Aérea de Chile y del Ejército de Chile, lamentable y trágicamente fallecidos en la

tragedia de la aeronave C-130 Hércules, matrícula N°990, que viajaba rumbo a la Antártica el día 9 de diciembre de 2019 y, que, según el mismo orden de los recurrentes individualizados en el párrafo anterior, corresponden a las siguientes personas (Q.E.P.D.):

- 1). Cabo 1° [REDACTED]
- 2). Sargento 2° [REDACTED]
- 3). Cabo 2° [REDACTED]
- 4). Cabo 2° [REDACTED]
- 5). Sargento 1° [REDACTED]
- 6). Suboficial [REDACTED]
- 7). Comandante de Grupo [REDACTED]
- 8). Comandante de Grupo [REDACTED]
- 9). Sargento 2° [REDACTED]
- 10). Sargento 2° [REDACTED]
- 11). Cabo 1° [REDACTED]
- 12). Cabo 1° [REDACTED]
- 13). Sargento 2° [REDACTED]
- 14). Sargento 2° [REDACTED]
- 15). Sargento 1° [REDACTED]
- 16). Personal a Contrata (PAC) [REDACTED]
- 17). Suboficial [REDACTED]
- 18). Suboficial [REDACTED]
- 19). Teniente [REDACTED]
- 20). Cabo 1° [REDACTED]
- 21). Suboficial Mayor [REDACTED]
- y 22). Teniente Coronel (Ejército) [REDACTED]

Explican, que, en cada caso, no se les está pagando la “Gratificación Antártica” ascendente al 520% del sueldo en posesión del personal destinado como dotación de la Base Antártica y al 260% del sueldo en posesión de los causantes que se hayan encontrado cumpliendo comisiones de servicio al sur del paralelo 57° Sur, pese a cumplir con los requisitos para ello, infringiéndose, por tanto, el artículo 189 del DFL N°1 de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

Afirman, que asimismo, se les calculó el montepío sobre el último sueldo de los causantes, siendo que legalmente corresponde que lo sea en base al grado superior a aquél, conforme al artículo 86 de la Ley 18.948.

Sostiene que de los actos recurridos se habrían enterado el 16 de septiembre de 2021 al recibir una carta enviada por don Javier Coopman Corral, Jefe de Gabinete del Ministro de Defensa de la época, de fecha 16 de septiembre de 2021, en respuesta a una serie de temas pendientes que involucraban a las familias recurrentes. En su oportunidad, por intermedio del Ministro de Defensa y su Jefe de Gabinete y luego de reuniones sostenidas con los abogados recurrentes y representantes de las familias,

se ofició a la Fuerza Aérea de Chile para que informara de los temas referidos. Ante esa presentación, la Fuerza Aérea de Chile emitió un memorándum dirigido al Ministro de Defensa, quien el 16 de septiembre de 2021 lo envió a las familias requirentes. En esta comunicación se informaba, en lo pertinente, de los siguientes actos ilegales: *“Que la última posición del avión, validada y certificada, correspondió a la coordenada 58° 38” 17” S - 064° 32”06” W, habiendo cruzado el paralelo 57° Sur”*.

En base a estas consideraciones, solicitan que se ordene el pago inmediato de las asignaciones zonales a los recurrentes; que se ordena el pago de las diferencias por concepto de montepío, debiendo recalcularse éste y pagarse a cada recurrente el 100% de la remuneración del grado superior que el causante tenía, en ambos casos fijándose el plazo máximo de 10 días hábiles o el que esta Corte determine conforme a Derecho, todo de forma retroactiva; y, que se condene en costas a las recurridas, en caso de mediar oposición.

**Segundo:** La Subsecretaría de las Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa Nacional evacuando su informe, solicitó el rechazo del recurso, con costas.

Afirma que el recurso es interpuesto contra el Oficio GMDN AS.JUR (P) N°1000/1581 de 16 de septiembre de 2021, mediante el cual el Jefe de Gabinete del Ministro de Defensa remitió el oficio C.J.F.A. N° 21008/6481 del Comandante de la FACH, en el cual se responden inquietudes pero no se desestima ni excluye ningún derecho a los recurrentes.

Alega que el recurso es extemporáneo dado que las resoluciones mediante las cuales se otorga el montepío a los recurrentes son todas, según el caso, de fecha 05 y 09 de marzo de 2020.

Señala que la Subsecretaría está trabajando para proceder a liquidar, si en Derecho corresponde, la pensión de los recurrentes, para incorporar el pago de la “Gratificación Antártica”, si fuere legalmente procedente, para lo cual pidió a la División de Personal del Ejército de Chile y al Comando de Personal de la FACH los antecedentes necesarios para dicha liquidación, y, se encontraría a la espera de esos antecedentes. Expone que esto se debe a que sólo el 08 de octubre de 2021 el Jefe de la División de Recursos

Humanos de la FACH, mediante Resolución Exenta N° [REDACTED] solucionó la “Gratificación Antártica” a los funcionarios que indica.

Expresa que el recurrente [REDACTED] no fue incluido en esta última resolución por haber sido conviviente civil de la empleada a contrata con renta global, [REDACTED] puesto que al no haber ella formado parte de la Escala Única de Sueldos, resulta improcedente la referida gratificación.

**Tercero:** Por su parte, informando CAPREDENA, solicitó, el rechazo del recurso con costas, señalando para ello que el otorgamiento de pensiones de retiro y montepío de sus imponentes es de competencia de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas del Ministerio de Defensa, correspondiéndole a su parte sólo la obligación de pagar, lo que ha hecho conforme a los datos que maneja.

Afirma, asimismo que la acción cautelar es improcedente pues no se alega un derecho indubitado de los recurrentes, sino que, por el contrario, es necesario que prueben su derecho a las prestaciones calculadas de la forma que se pide, lo que requiere de un juicio declarativo distinto del presente procedimiento de urgencia.

**Cuarto:** Igualmente la Fuerza Aérea de Chile al evacuar su informe, solicita el rechazo del recurso.

Alega la extemporaneidad de la acción cautelar, en los mismos términos que la Subsecretaría recurrida, precisando que las resoluciones que concedieron el montepío a los recurrentes fueron notificadas durante el año 2020.

Plantea la improcedencia del recurso, por idénticas razones que CAPREDENA, agregando que la “Gratificación Antártica” ya se pagó a los recurrentes, habiéndose comprobado el cumplimiento de los requisitos para ello; y, que, el cálculo de las pensiones de montepío es de competencia de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas.

**Quinto:** El Ministerio de Defensa Nacional, a través de su Jefe de Gabinete, solicitó tener por evacuado su informe con lo actuado por la FACH y la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, en tanto son entes dependientes jerárquicamente de ese Ministerio; indicando que lo mismo se aplica a CAPREDENA, que actúa a través de la mencionada Subsecretaría.

**Sexto:** A su turno, el Comandante de la División de Personal del Ejército evacuó su informe, solicitando el rechazo del recurso, dado que, de todos los recurrentes, sólo [REDACTED] recurrió en contra el Ejército de Chile, en su calidad de viuda del Teniente Coronel [REDACTED]

Manifiesta que el Ejército de Chile emitió una resolución reconociendo la procedencia de pagarle la “Gratificación Antártica” por 260% del sueldo base, lo que fue ratificado por la Contraloría General de la República, por lo que el recurso ha perdido oportunidad. En estas circunstancias corresponde que la Superintendencia dicte la resolución que concede la pensión con reconocimiento de la “Gratificación Antártica”, y a CAPREDENA pagarla.

Señala que el recurso de protección sería improcedente por no indicar con precisión cuál es el acto recurrido y por no haberse agotado previamente la vía administrativa.

**Séptimo:** El recurso de protección de garantías constitucionales, consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye una acción cautelar o de emergencia, destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos preexistentes, que en esa misma disposición se enuncian, 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.

Luego, es requisito indispensable de la acción de protección la existencia, por un lado, de un acto u omisión ilegal -esto es, contrario a la ley- o arbitrario -producto del mero capricho o voluntad de quien incurre en él- y que provoque algunas de las situaciones que se han indicado.

#### **I.- En cuanto a la alegación de extemporaneidad:**

**Octavo:** En lo referido a la extemporaneidad del recurso alegada por algunos de los recurridos, esta solicitud debe ser rechazada, por cuanto lo impugnado por el arbitrio consiste en omisiones -el no pago de la gratificación requerida y del nuevo cálculo del montepío en los términos reclamados- y no en eventos precisos y determinados, de manera tal, que tales omisiones producen efectos permanentes en el tiempo, por lo que el plazo establecido por el Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección debe entenderse como permanentemente renovado.

#### **II.- En cuanto a la improcedencia del recurso:**

**Noveno:** En lo que dice relación con la alegación de imprecisión del acto recurrido que esgrime el Ejército de Chile, este reproche deberá rechazarse, puesto que del tenor del libelo se desprende con claridad la conducta reprochada a los recurridas y, lo mismo ocurre con las garantías cuya protección se pretende por esta vía cautelar.

En lo que se refiere a la improcedencia del recurso, basada en que la pretensión de los recurrentes es la declaración de derechos que no son indubitados, esta alegación, de la misma manera, deberá desestimarse, debido a que los beneficios previsionales reclamados tienen consagración legal expresa en los artículos 189 del D.F.L. 1 de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y 86 de la Ley 18.948, Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas; a lo que debe adicionarse, que como se dirá más adelante, las recurridas han reconocido expresamente la procedencia del pago de la “Gratificación Antártica” a los recurrentes, con excepción del actor [REDACTED] respecto del cual no correspondería, por ser heredero de una causante que no formaba parte de la Escala Única de Sueldos.

### **III.- En cuanto al Fondo del Recurso:**

**Décimo:** El conflicto planteado dice relación con la “Gratificación Antártica” que se encuentra pendiente de ser incorporada para su pago en las pensiones y la diferencia en la base de cálculo del montepío que reclaman, en cada caso, los recurrentes, atendida su calidad de herederos o causahabientes de los funcionarios de la Fuerza Aérea de Chile y del Ejército de Chile fallecidos en la lamentable tragedia de la aeronave C-130 Hércules, matrícula N°990, que viajaba rumbo a la Antártica, el día 9 de diciembre de 2019.

**Undécimo:** En lo concerniente a la normativa aplicable a los rubros reclamados, el artículo 86 de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, dispone que *“El montepío del personal fallecido como consecuencia de un acto determinado del servicio, consistirá en el 100% de las remuneraciones del grado superior al correspondiente al sueldo que gozaba o habría correspondido al causante, cualquiera que haya sido el tiempo servido. En ningún caso el montepío será inferior al sueldo de Sargento 2°”*; de modo que, el cálculo indicado por los recurrentes,

consistente en el 100% de las mismas remuneraciones que gozaban los causantes al momento del accidente, resulta ser manifiestamente ilegal y procede recalcular los montos correspondientes por este concepto.

A su vez, el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, en su artículo 189, establece que *“...El personal afecto a la escala de sueldos de las Fuerzas Armadas, tendrá derecho a las siguientes gratificaciones, no imponibles, las que se calcularán sobre su sueldo en posesión:*

*b) Antártica: El personal que sea destinado como dotación de las Bases Antárticas, gozará de una gratificación ascendente al 520 %, que estará exenta de cualquier descuento previsional.*

*El personal de la Defensa Nacional embarcado en buques o submarinos en servicio activo y que operen al sur del paralelo 57° Sur, gozará de una gratificación del 260%, la que será incompatible con la gratificación indicada en el inciso anterior y la asignación de zona.*

*Asimismo el personal que cumpla comisiones de servicio al sur del paralelo 57° Sur, gozará de una gratificación ascendente al 260%, la que será incompatible con la asignación de zona.*

*Esta gratificación se percibirá desde que se cruce el paralelo 57° Sur y mientras dure la destinación o comisión al sur de dicho paralelo.*

*Si la comisión de servicio fuere por un período inferior a veinticuatro horas, el beneficio se calculará por el valor de ese período”.*

Al respecto del artículo 190 del mencionado Estatuto prescribe que *“...En caso de accidente en acto determinado del servicio, en actividades de vuelo, embarcado, submarino, campaña, paracaidista, montaña, comando, fuerzas especiales, combate especial y buceo, siempre que éste causare la muerte o inutilidad de segunda o tercera clase al afectado, la gratificación correspondiente a estas actividades será considerada como sueldo para todos los efectos legales”.*

Atingente a la inactividad de las recurridas, el artículo 20 del Estatuto Orgánico del Ministerio de Defensa, define la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas como *“el órgano de colaboración del Ministro en aquellas materias que dicen relación con la formulación de políticas y con la gestión de los asuntos y procesos administrativos que el Ministerio de Defensa Nacional y las Fuerzas Armadas requieran para el desarrollo de la fuerza y*

*el cumplimiento de sus funciones”, asignándole en la letra c) de su artículo 21, dentro de sus funciones, “c) Elaborar los decretos, resoluciones, órdenes ministeriales y oficios relativos a nombramientos, ascensos, retiros, renunciaciones, destinaciones, comisiones de servicio al extranjero y, en general, todos aquellos actos administrativos orientados a la resolución sobre solicitudes, beneficios u otros asuntos que deban tramitarse por la Subsecretaría, y que interesen al personal de las Fuerzas Armadas en servicio activo, a las personas en situación de retiro de las mismas, y a sus familias”.*

**Duodécimo:** Establecido el marco normativo y en relación con la “Gratificación Antártica” impaga, las instituciones recurridas, en síntesis, expusieron que este pago ya se realizó (FACH); que se determinó su procedencia; que la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas reliquidará las pensiones y ordenará su pago cuando corresponda; y, que CAPREDENA pagará la gratificación reclamada cuando así se disponga (Ejército de Chile).

Ello, por haberse comprobado que la aeronave accidentada efectivamente traspasó el paralelo 57° Sur, requisito para la procedencia de la llamada “Gratificación Antártica”; de modo que, el derecho a este beneficio a favor de los recurrentes resulta pacífico, no sólo por no haber sido cuestionado por las instituciones recurridas, sino que además, por tratarse de los causahabientes de los funcionarios fallecidos en la tragedia aérea, a quienes se les reconoció administrativamente el derecho a percibir esta gratificación por haber desaparecido en un acto determinado del servicio, según consta de los documentos aparejados al recurso por los recurridos; en particular, el Decreto Exento N°1, del Ministerio de Defensa Nacional, de fecha 3 de enero de 2020, por el que se dispuso que procede otorgar el 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.

**Decimotercero:** En lo concerniente a las omisiones atribuidas a las recurridas, siendo el asunto planteado uno cuya competencia recae exclusivamente en la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, dado su



objeto y las labores propias de este organismo, el reproche que contiene el recurso debe enderezarse únicamente en contra de esta repartición.

En efecto, quedó esclarecido que tanto al Ministerio de Defensa Nacional como al Ejército y a la Fuerza Aérea de Chile no les cabe mayor intervención en la determinación de las prestaciones demandadas, en tanto esta atribución se encuentra radicada en la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

Por su parte, la participación de la Caja de Previsión de la Defensa Nacional es descartada en las omisiones que se reprochan, toda vez que se trata de una institución que no tiene facultades resolutorias en la materia y, que sólo se limita a pagar los beneficios que se le informan por las restantes instituciones recurridas.

**Decimocuarto:** En lo relativo al cálculo del montepío, beneficio, de igual forma reconocido a los protegidos, el tenor del artículo 86 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas es claro en cuanto a que en el caso del personal fallecido como consecuencia de un acto determinado del servicio, éste consistirá en el 100% de las remuneraciones del grado superior al correspondiente al sueldo que gozaba o habría correspondido al causante y, así se les explicó a los requirentes el 16 de septiembre de 2021, mediante la carta enviada por el Jefe de Gabinete del Ministro de Defensa de la época, en respuesta a una serie de temas planteados por las familias recurrentes.

**Decimoquinto:** Así las cosas, es posible advertir que las omisiones detectadas -con la sola excepción que se indicará más adelante- en el caso de los montepíos otorgados a los recurrentes, contraría la normativa vigente al no proceder la Subsecretaría recurrida a efectuar un nuevo cálculo que considere el 100% de las remuneraciones del grado superior al correspondiente al sueldo que gozaba o habría correspondido al causante, ajustándolo a lo previsto en el artículo 86 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

**Decimosexto:** Por su parte, la inactividad del referido organismo para reliquidar las pensiones, incluyendo en ellas la "Gratificación Antártica", se advierte carente de justificación y deviene en arbitraria, si se considera que el 01 de julio de 2020, mediante Resolución Exenta N°14.150 del Comandante del Comando de Combate de la FACH, se determinó que la

aeronave siniestrada cruzó el paralelo 57° S, de lo cual se dio cuenta en la Resolución Exenta 04478988, de 27 de julio de 2020, del Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea de Chile; que a través del Oficio CP DRH.DIYB “P” N°3584, de fecha 31 de enero de 2020, de la División de Recursos Humanos de la FACH, se remitieron los expedientes para el cálculo del montepío, desahucio e indemnizaciones que correspondían a los funcionarios desaparecidos; que, el 08 de octubre de 2021, el Jefe de la División de Recursos Humanos de la FACH, solicitó el pago de la “Gratificación Antártica” para cada uno de los funcionarios comisionados que resultaron fallecidos o desaparecidos en el accidente de aviación el día 09 de diciembre de 2019; y que, la Fuerza Aérea de Chile, mediante el Oficio CP.AUD. “P” N°7875/2021/27695, de 12 de octubre de 2021, remitió a esa Subsecretaría la resolución señalada conjuntamente con los demás antecedentes para los trámites de su competencia.

**Decimoséptimo:** Al respecto, se advierte que, en la especie, no se ha dado estricto cumplimiento al principio de coordinación de los órganos de la Administración del Estado, previsto en artículo 37 bis de la Ley N° 19.880, al no considerar la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas los antecedentes que le fueran enviados hace más de 02 años por la División de Recursos Humanos de la FACH o, de estimarlos insuficientes para los efectos de proceder a la reliquidación de las pensiones, al no requerir a la citada División aquellos datos que estimase indispensables para tal cometido, evitando su dilación excesiva, ignorando de paso, la cooperación y colaboración que debe existir entre los órganos involucrados en la dictación del acto administrativo, omitido hasta la fecha.

Cabe recordar que las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiencia de la Administración, procurando la simplificación y rapidez de los trámites y el mejor aprovechamiento de los medios disponibles, por mandato expreso del artículo 5° de la Ley 18.575.

**Decimoctavo:** En estas condiciones, las omisiones constatadas, necesariamente traen aparejada como consecuencia una perturbación en el ejercicio de la garantía consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, esto es, el derecho de propiedad, por cuanto impacta negativamente en el patrimonio de los recurrentes, al privarlos de

beneficios previsionales a los que tienen legalmente derecho y otorgarles, en el caso del montepío, una suma inferior a la que por ley les corresponde.

**Decimonoveno:** De conformidad a lo que se viene razonando, ante la existencia de las ilegalidades y arbitrariedades en que ha incurrido la Subsecretaría para la Fuerzas Armadas, corresponde acoger a su respecto, la acción deducida.

**Vigésimo:** En lo relativo a la situación del actor [REDACTED] [REDACTED] conviviente civil de la empleada a contrata doña [REDACTED] [REDACTED] cabe señalar que éste no tiene derecho legal a la “Gratificación Antártica” por cuanto la misma está dispuesta en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, el que no aplica para funcionarios a contrata, como lo era la causante, al estar sujeta a una modalidad de nombramiento y a un sistema de remuneraciones de “Renta Global única” que no puede experimentar aumentos por beneficios económicos adicionales, como lo es la gratificación que se reclama.

**Vigésimo Primero:** En cuanto al beneficio del montepío, este actor indica que percibe su pago en las mismas condiciones que los restantes protegidos, lo que no ha sido controvertido por las recurridas; de modo que, procede que se efectúe a su favor un nuevo cálculo del beneficio, conforme a lo contemplado en el artículo 86 de la Ley 18.984.

Por estas consideraciones, y lo establecido en los artículos 19 N°24 y 20 de la Constitución Política de la República y del Auto Acordado que regula la materia, se **acoge, sin costas**, el recurso de protección deducido por los abogados Maximiliano Delgado González y Cristián Arias Vicencio, en representación de las personas individualizadas en el motivo primero de este fallo, **sólo en cuanto** se ordena a la **Subsecretaría para las Fuerzas Armadas**, concluir el proceso de reliquidación de las pensiones y disponer el pago de la “Gratificación Antártica” reclamada por los recurrentes con derecho a percibirla -con la sola excepción del actor [REDACTED] [REDACTED]. Asimismo, proceder a un nuevo cálculo del montepío que les corresponde a todos los actores sobre la base del grado superior a aquél que ostentaban los causantes y disponer el pago de las diferencias por este concepto. Todo lo anterior dentro del término de 30 días, contados desde que la presente sentencia se encuentre ejecutoriada.

**Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.**

Redacción de la ministra Ana María Osorio Astorga.

**Protección N°39.448-2021.**