

San Miguel, veintiséis de octubre de dos mil veintidós.

VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece el abogado Rafael Harvey Valdés en representación de [REDACTED], médico y Mayor de Ejército, ambos domiciliados para estos efectos en [REDACTED], deduciendo recurso de protección en contra del Comandante del Comando de Personal del Ejército, General de Brigada don Cristián Vial Maceratta, domiciliado para estos efectos en Avenida Tupper 1725, comuna de Santiago, quien actuó en representación de una “junta calificadora secreta” (sic), por haber incurrido en una actuación ilegal y arbitraria que perturba su ejercicio del derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a no ser juzgado por comisiones especiales consagrados en los artículos 19 N° 2, 3 inciso 5° y 24 de la Carta Fundamental, consistente en la dictación de la Resolución DIVPER II/3 (R) N° 1530/13/89/SD, de 26 de octubre de 2021, notificada el día 2 de noviembre 2021, por la cual se comunica la decisión de la Junta de Apelaciones de Oficiales, período 2020/2021 del rechazo del recurso de apelación interpuesto por su parte y, en consecuencia, ratificando la decisión incluirlo en Lista Anual de Retiros del Ejército de Chile.

Expresa que el acto recurrido es ilegal y arbitrario toda vez que no cumple con lo preceptuado en el D.F.L. N° 1 “*Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas*”, que en su artículo 118 establece un orden de prelación para la formación de las listas de retiro, carece, además, de una debida motivación y se adoptó a través de una comisión especial, sin cumplir con el debido procedimiento que establece la ley

Señala que los periodos de calificaciones de los oficiales jefes corresponden a las actuaciones efectuadas por estos oficiales entre el mes de junio hasta el mes de julio del año siguiente, siendo en el caso particular, desde junio 2020 hasta julio 2021, y por mandato legal, deben tener en consideración sus propios actos, aludiendo a la “*Teoría de los actos propios*”, en razón que fue el propio alto mando quien lo designó para cumplir con la especialización de anesthesiólogo en la Universidad de Los Andes.

Expone que no existió solicitud alguna de informes de desempeño, para interiorizarse de sus cualidades personales y profesionales, sin embargo el 30 de agosto de 2021 fue notificado del acuerdo adoptado por la Junta de Selección de Oficiales en Resolución DIVPER II/3 (R) N° 1530/13/1441/SD de 27 de agosto de 2021, que decidió “*Clasificarlo en Lista N° 1 “muy Buena”, con nota T/M (término medio) 6,00 y en concordancia a lo establecido a la normativa citada en la Referencia 2), incluirlo en Lista Anual de Retiros*”

Refiere que respecto de dicho acto interpuso recurso de reconsideración, el que fue resuelto en los siguientes términos; *“Rechazar el recurso de reconsideración presentado. En consecuencia, se mantiene el acuerdo adoptado por el I Periodo de Sesiones de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores, de calificarlo y clasificarlo en Lista N° 1 “Muy Buena”, con nota T/M (término medio) 6,00 y en concordancia a lo establecido a la normativa citada en la Referencia 2), incluirlo en Lista Anual de Retiros”*

Arguye que una junta secreta y desconocida resolvió mantener la decisión de incluirlo en lista de retiros, sin expresar fundamento ni explicación alguna como da cuenta la resolución que en definitiva es idéntica a la anterior, por lo que el 27 de septiembre 2021 interpuso un recurso de apelación ante la junta secreta, aportando una serie de antecedentes positivos de carácter personal y profesional. Indica que no obstante ello, el 2 de noviembre de 2021 se resolvió mantener la inclusión de su representado en la lista de retiros, sin fundamento ni explicación alguna, siendo dicho acto aquel contra el cual interpone el presente arbitrio. Añade el acuerdo que rechaza su apelación y que motiva el presente recurso resuelve: *“Rechazar el recurso de apelación presentado. En consecuencia, se mantiene el acuerdo adoptado en el II Periodo de Sesiones de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores relativo a su calificación, clasificación y a su inclusión en Lista Anual de Retiros”.*

Indica que la referida resolución se expresó esencialmente a través argumentos genéricos, de formato universal, no sustentados en ninguna evidencia, tales como las posibilidades de progresión de la carrera militar del personal evaluado o ponderación de factores que permiten estructurar la fuerza militar a las necesidades institucionales y los requerimientos de la defensa nacional.

Agrega que no se dio a conocer previamente la identidad quienes integraron la junta calificadora a fin de haber planteado inhabilidades en caso de haber sido pertinente, ni se indicó si la votación fue por mayoría o unanimidad de sus miembros, ni está justificada la necesidad institucional de pasar a retiro a un médico que se está especializando en una beca a la cual fue enviado por la propia institución, de modo que la resolución no satisface los fundamentos jurídicos que debe contener un acto administrativo.

Finalmente argumenta que el actuar discrecionalmente del recurrido vulnera la certeza jurídica de estabilidad en el empleo, atendido lo dispuesto en el DFL 1, en su Art 76, en que la lista 1 “Muy Bueno”, corresponde a una Lista que puede y debe permanecer en la Institución, no así los clasificados

en lista 4 “deficiente”, que necesariamente deberán ser eliminados del servicio como también clasificados en lista 3 en dos oportunidades.

Pide que se ordene a la recurrida dejar sin efecto la resolución DIVPER II/3 (R) N° 1530/13/89/SD de 26 de octubre de 2021 y, en consecuencia, se deje sin efecto el retiro que propone el Ejército de Chile a la autoridad civil.

SEGUNDO: Que informa al tenor del recurso Juan Solari Valdés, General de Brigada, Comandante de la División de Personal, quien previo a referirse al fondo del asunto, alega la extemporaneidad de todo reclamo que el recurrente realiza en su arbitrio y que no sea el oficio recurrido, por cuanto se trata de hechos conocidos con anterioridad a los 30 días, conforme las reglas establecidas en el auto acordado que rige la materia.

Solicita, acto seguido, el rechazo del recurso por carecer de fundamento legal y jurídico en atención a que por una parte, al recurrente se le aplican las normas relativas a la planta institucional, y en particular a lo previsto en el artículo 54, letra f), de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.948 que dispone que el retiro absoluto de los oficiales procede en el caso que deban ser eliminados, de acuerdo a las resoluciones que adopten las respectivas Junta de Selección y Apelación, como consecuencia del proceso de calificaciones que establece la ley.

Refiere que conforme el artículo 75 del DFL N°1 de 1997, todo el personal regido por dicho estatuto está sujeto al sistema de calificaciones, el cual tiene por finalidad evaluar el desempeño funcionario, calificaciones que servirán de base para resolver la permanencia, eliminación o prorroga del servicio, estando dentro de este contexto la lista anual de retiros, que se forma con personal que forzosamente debe ser eliminado de la institución por malas calificaciones, y con personal confirme criterios y reglas previamente dispuestos por la autoridad.

Refiere que la institución procedió a elaborar el estudio técnico para definir la respectiva lista anual de retiros, pases al escalafón de complemento y vacante de ascensos periodo 2020/2021, lo anterior bajo criterios de planta legal, cuotas de retiro, número técnico promedio, número técnico forzoso, mérito, perfeccionamiento y necesidad institucional.

A su vez, expone que en el proceso de calificación intervienen las Juntas de Selección, que son cuerpos colegiados regulados en el artículo 87 y siguientes del Estatuto de Personal de Fuerzas Armadas y que dentro de sus funciones están el estudio, aprobación o modificación de las calificaciones del personal, categorizarlos en alguna lista de clasificación conforme al mérito de sus calificaciones, formar listas de retiros, entre otras funciones.

Señala que de esta forma la resolución que dispuso la inclusión en lista anual de retiros del recurrente es motivada y fundamentada, en términos tales que el actor pudo hacer efectivo el procedimiento administrativo de impugnación mediante los recursos dispuestos para ello.

Finalmente explica que la lista anual de retiro se debe confeccionar con la cuota de retiros para los oficiales del escalafón de sanidad para el grado jerárquico de Mayor, para lo cual se aplicó lo dispuesto en el artículo 118 y siguientes del DFL N°1 de 1997, refiriendo que no habiendo oficiales de grado Mayor, escalafón de sanidad en lista 4 y 3 se incluyó un Mayor de sanidad clasificado en lista 2, pero que no completándose la cuota con él, se procedió a incluir Mayores de sanidad en lista 1, mediante votación directa entre los Mayores del escalafón de sanidad en lista 1, de forma que el recurrente completó la lista anual de retiro, siendo elegido en atención a la opinión del ente calificador que señaló *“Oficial de desempeño normal, que a pesar de haber sido advertido y apoyado en superar su actitud de no cumplir requerimientos esenciales durante el desarrollo de su beca, no cambia de proceder”*.

Concluye que existe un motivo racional el que se ajusta a la normativa aplicable, de forma que no existe privación, perturbación o amenaza de un derecho que pueda ser tutelado por medio del presente recurso por lo que solicita el rechazo del arbitrio deducido en autos, con costas.

TERCERO: Que, como trámite previo e indispensable para entrar al conocimiento del recurso, esta Corte dispuso, por resolución de 1 de marzo de 2022, que se oficie a la recurrida para que:

- 1.- Remita copia del expediente administrativo que dio origen a la resolución recurrida DIVPER II/3 (R) N° 1530/13/89/SD, de 26 de octubre de 2021.
- 2.- Se informe el listado de los Mayores-Capitanes de Sanidad evaluados por la Junta Calificadora, indicando su calificación, y especificando cuáles de ellos fueron incluidos en la lista anual de retiros;
- 3.- Remita copia del estudio técnico en base al cual el Subsecretario para las Fuerzas Armadas dictó el Decreto Exento N° 479 de 7 de julio de 2021, que fijó la cuota de retiros para el período de calificaciones 2020-2021 del Ejército de Chile.

Por resolución de 28 de marzo del año en curso se solicitó a la recurrida ampliar el informe solicitado el primero de marzo pasado, remitiendo a esta Corte los siguientes antecedentes respecto del recurrente:

1. Indicar la cantidad de oficiales jefes que estando en lista 2 “Normal” NO fueron propuestos para integrar la lista anual de retiros año 2021.
2. Respecto de la totalidad de oficiales jefes, que terminado el periodo de calificaciones 2021, y luego de la junta de apelaciones, terminaron

clasificados en lista 2 "Normal"; informar el puntaje y Nota de término medio de las calificaciones de cada uno de ellos.

3. Respecto de la totalidad de oficiales jefes, que terminado el periodo de calificaciones 2021, y luego de la junta de apelaciones, terminaron clasificados en lista 1 "Muy Buena"; indicar el puntaje y Nota de término medio de las calificaciones de cada uno de ellos.

Mediante oficio DIPVER AS JUR (R) N° 1595/4798 ICA SAN MIGUEL, de 25 de abril del año en curso, Juan Solari Valdés, General de Brigada, Comandante de la División de Personal, informó en primer lugar, que no existe una carpeta física como expediente administrativo propiamente tal, sino que lo que tiene como antecedente la Junta de Apelaciones es la Carpeta de Antecedentes Personales (CAP) digital, que se compone de la "Hoja de Vida" y "Hoja de Calificaciones" del funcionario, las que contienen información relativa a la opinión del calificador directo y del calificador superior respecto del desempeño del militar; antecedentes médicos; antecedentes profesionales; de seguridad; anotaciones de mérito y demérito evaluaciones integrales y la calificación propiamente tal, antecedentes que la Junta tuvo en consideración al momento de resolver como lo hizo, documentos que acompaña en carácter de reservado en conformidad a la ley.

Adicionalmente, adjunta el listado de los Mayores del Escalafón de sanidad, indicando sus notas de calificación y especificando el que estando en Lista N°1 fue incorporado en la Lista Anual de Retiros, correspondiente al Mayor de Sanidad [REDACTED] Reitera la importancia de distinguir el grado militar y escalafón, pues el análisis es en relación a sus pares y aclara que no quedaron en la línea de carrera actual en Lista N°2 otros Mayores de Sanidad.

Resalta que no completándose la cuota de retiro con los demás Mayores de Sanidad con otras listas por inexistencia y/o insuficiencia, se procedió a incluir a uno de los clasificados en lista N°1, que dentro de sus pares obtuvo el menor puntaje de nota y, además, contaba con una evaluación negativa de su calificador superior consignada en la Hoja de Vida, resultando electo para conformar la mentada lista por votación directa, siendo la conducta descrita el elemento diferenciador con sus pares de igual nota. De ello concluye que no hay arbitrariedad por cuanto el recurrente no se encontraba en iguales condiciones que los otros 3 Mayores de Sanidad calificados con nota 6.0.

Por último, en relación con el estudio técnico en base al cual el Subsecretario para las Fuerzas Armadas dictó el Decreto Exento N° 479 de 7 de julio de 2021, que fijó la cuota de retiros para el período de calificaciones

2020-2021 del Ejército de Chile, indica que copia autenticada de éste se encuentra en custodia de esta Corte en causa 5910/2021, documento que tiene el carácter de secreto en conformidad a la ley, lo que es certificado por la señora Secretaria de esta Corte.

Por resolución de 29 de abril del año en curso se ordenó a la recurrida complementar la información al tenor de la ampliación solicitada con fecha 28 de marzo, lo que es respondido mediante oficio DIPVER AS JUR (R) N° 1595/5195 ICA SAN MIGUEL, de 3 de mayo del año 2022, en el que se indica, en primer lugar, la información requerida ya fue proporcionada en las dos respuestas anteriores. No obstante ello, a modo complementario acompaña Oficio del Departamento II “gestión de carrera” de dicha división de personal

En el oficio referido precedentemente se señala:

- 1.- Que no hay Mayores de Sanidad que estando en lista N° 2 no fueron propuestos para integrar la lista anual de retiros del año 2021.
- 2.- Que no hay Mayores de sanidad que terminado el período de calificaciones 2021 y luego de la junta de apelaciones hayan terminado clasificados en Lista N°2.
- 3.- Que adjunta antecedentes respecto de la totalidad de Mayores de Sanidad que terminado el periodo de calificaciones 2021 y luego de la junta de apelaciones terminaron en lista 1.

A petición de la parte recurrente, por resolución de 23 de mayo se ordenó a la recurrida complementar la información requerida en el tercer acápite de resolución de fecha tres de mayo del año en curso incluyendo a los “oficiales jefes”, como fuere solicitado, lo que es cumplido el 24 del mismo mes y año señalando:

- 1.- Que no hay Oficiales Jefes que estando en lista N° 2 no fueron propuestos para integrar la lista anual de retiros del año 2021.
- 2.- Que no hay Oficiales Jefes que terminado el período de calificaciones 2021 y luego de la junta de apelaciones hayan terminado clasificados en Lista N°2.
- 3.- Que adjunta documento reservado, en custodia, respecto de la totalidad de los Oficiales Jefes que terminado el periodo de calificaciones 2021 y luego de la junta de apelaciones terminaron en lista 1.

A petición de esta Corte, el 6 de junio del año en curso la recurrida informa que salvo el Mayor [REDACTED] no existen otros mayores o capitanes del escalafón de sanidad del Ejército de Chile incluidos en la Lista Anual de Retiros para el periodo 2020/2021. Acompaña, en custodia, listado de capitanes del escalafón de sanidad, indicando su calificación y lista de clasificación y reitera lo propia respecto de los Mayores de Sanidad

acompañado previamente. Aclara que la distinción entre mayores y capitanes cobra importancia, por cuanto los oficiales subalternos son calificados y seleccionados a nivel nacional por cada una de las 8 Juntas de Selección de oficiales subalternos del periodo 2020/2021, agrupadas orgánicamente de conformidad con lo preceptuado en la RES CDO CGP DIVPER II/3 (R) N°1530/3225/7737 "EXENTA" de 25 de junio de 2021.

Concluye a este respecto que no es procedente comparar a los capitanes del escalafón de sanidad (oficiales subalternos) con los mayores del escalafón de sanidad (oficiales jefes) puesto que no fueron calificados, clasificados ni seleccionados por la misma Junta de Selección.

CUARTO: Que, concerniente a la controversia, debe despejarse en primer término la alegación relativa a la extemporaneidad alegada y referida a todo reclamo que el recurrente realiza en su arbitrio y que no sea el oficio recurrido, por cuanto se trata de hechos conocidos con anterioridad a los 30 días previstos en el Auto Acordado que rige la materia, la cual será desestimada en atención a que la acción de protección se presentó en contra la Resolución DIVPER II/3 (R) N° 1530/13/89/SD, de 26 de octubre de 2021, notificada el día 2 de noviembre 2021, por la cual se comunica la decisión de la Junta de Apelaciones de Oficiales, período 2020/2021 del rechazo del recurso de apelación interpuesto por su parte y, en consecuencia, ratificando la decisión *incluirlo en Lista Anual de Retiros* del Ejército de Chile, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su dictación. Por lo demás, dichos actos no produjeron sus efectos hasta que el retiro así confirmado comenzaba a regir, fecha desde la cual corresponde contar el plazo definido en el Auto Acordado respectivo para la interposición del recurso.

QUINTO: 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 legítimo ejercicio de las garantías y derechos indubitados y preexistentes consagrados en la Carta Fundamental, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio. En este contexto, resulta que actúa *ilegalmente* tanto el que se aparta de la preceptiva vigente que lo obliga, como el que desconoce el derecho y obra contra ley o sin seguir lo que la ley le manda. Por su parte, actúa arbitrariamente el que decide y obra a su antojo, por mero capricho, sin razones o argumentos que apoyen su conducta.

En consecuencia, para resolver la procedencia del presente recurso de protección, en primer lugar, debe establecerse la existencia de una conducta ilegal o arbitraria y luego, si con ocasión de ella el recurrente sufre

la afectación de alguna de las garantías constitucionales tuteladas por esta vía cautelar.

SEXTO: Que, para una acertada resolución de la acción deducida, cabe precisar que la parte recurrente califica de ilegal y arbitrario, como se dijo, el acto consistente en el rechazo de la apelación interpuesta en contra de la decisión que lo incluyó en la lista de retiros respectiva, previa desestimación de la reconsideración también deducida por su parte. El tenor literal de la notificación de la resolución impugnada, así como aquellas que le anteceden y que le sirven de base, todas suscritas por el Comandante de la División de Personal, General de Brigada Cristian Vial Maceratta, es el siguiente:

1.- "SANTIAGO, 26 DE OCT. 2021

DEL COMANDANTE DE LA DIVISIÓN DE PERSONAL

AL MAY [REDACTED]

(ESCSESV)

- 1. En conformidad a lo dispuesto en la normativa de "referencia 1) y 2)", la Junta de Apelaciones de Oficiales, reunida en su período único de Sesiones, adoptó el siguiente acuerdo: "Rechazar el recurso de apelación presentado. En consecuencia, se mantiene el acuerdo adoptado en el II período de Sesiones de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores relativo a su calificación, clasificación y a su inclusión en Lista Anual de Retiros".*
- 2. Cabe señalar que el acuerdo que determinó su inclusión en la Lista Anual de Retiros se encuentra fundado y debidamente motivado, debiendo indicarse, además de las consideraciones señaladas en la notificación del acuerdo II Período de Sesiones, que los argumentos de su recurso no resultan suficientes, no aportando nuevos antecedentes que permitan desvirtuar el criterio adoptado por la Junta de Selección, por lo que se rechaza la apelación deducida, manteniéndose su inclusión en la Lista Anual de Retiros, decisión plenamente ajusta a derecho.*

Practicada la presente notificación, el contenido del acuerdo se transcribirá en la Hoja de Vida respectiva.

2.- "SANTIAGO, 5 SET. 2021

DEL COMANDANTE DE LA DIVISIÓN DE PERSONAL

AL MAY [REDACTED]

(ESCSESV)

- 1. En conformidad a lo dispuesto en la normativa de "referencia 1) y 2)", la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores, reunida en su II Período de Sesiones, correspondiente al proceso de calificación 2020/2021, adoptó el siguiente acuerdo: "Rechazar el recurso de reconsideración presentado. En consecuencia, se mantiene el acuerdo adoptado en el I Período de Sesiones*

de la Junta de Selección de Oficiales Jefes y Superiores, de calificarlo y clasificarlo en Lista N°1 “Muy Buena” e incluirlo en la Lista Anual de Retiros”.

2. Por lo anterior, y pese a los argumentos de su reconsideración, el acuerdo que determinó su inclusión en la Lista Anual de Retiros se encuentra fundado y debidamente motivado, debiendo indicarse, además de las consideraciones señaladas en notificación correspondiente al I Período de Sesiones, que se dan por reproducidas, lo siguiente:

a.- La señalada decisión, adoptada en el contexto del proceso de selección anual, constituye un acto legítimo de la Junta de Selección de Oficiales jefes y Superiores en su I período de Sesiones, realizado en el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 96 del Estatuto de personal de las Fuerzas Armadas, cuyo objetivo es satisfacer necesidades internas del Ejército, las que dicen relación con la conformación de la planta de Oficiales, adaptándola periódicamente a los requerimientos del personal de cada grado y escalafón.

b.- La Junta de Selección, en su condición de órgano especializado de la Administración, debe tomar en cuenta el desempeño anual, las posibilidades de progresión de la carrera militar del personal evaluado y las especialidades obtenidas por los Oficiales, aspectos que contribuyen a la adopción de una decisión, que obedece, sin ninguna duda, al ejercicio de una potestad que es técnica y discrecional, fundada en la ponderación de factores que permiten estructurar la fuerza militar a la medida de las necesidades institucionales y de los requerimientos de la defensa nacional.

c.- En síntesis, la decisión de clasificarlo de la manera señalada y de incluirlo en Lista Anual de Retiros se enmarca dentro de las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico a la Junta de Selección para clasificar y seleccionar al personal, proponiendo al Presidente de la República el retiro de aquellos Oficiales votados, hasta completar la cuota previamente determinada, procedimiento que siguió estrictamente el orden de prelación establecido en los artículos 118, 121 y 122 del Decreto con Fuerza de Ley N°1 (G), del año 1997, Estatuto de personal de las Fuerzas Armadas, y se ajustó al estudio técnico elaborado cada año en los términos del artículo 116.

d. Ahora bien, al no existir Oficiales clasificados en Lista N°4, ni por segunda vez en Lista N°3 ni en Lista N°2, se debió votar de entre los Oficiales de su grado y escalafón, clasificados en lista N°1, siendo seleccionado UD., acorde con las potestades que el confiere el ordenamiento jurídico a las Juntas de Selección para establecer quienes pasarán a formar parte de la lista Anual de retiros.

e. La selección tiene lugar, por tanto, a partir de la aplicación del procedimiento establecido por la ley para determinar la secuencia con que el

personal debe integrar la Lista Anual de Retiros, y en función de las consideraciones técnicas que deben ser observadas para proveer la cuota de personal, entre ellas, el desempeño anula, las posibilidades de progresión de la carrera militar del personal evaluado y las especialidades obtenidas por los Oficiales, aspectos que contribuyeron a la adopción de una decisión que la autoridad administrativa constituida en este caso por la Junta de Selección de Oficiales Superiores.

f. La decisión adoptada no responde a un análisis subjetivo ni arbitrario, sino que obedece al ejercicio de una potestad discrecional y técnica que se funda en la satisfacción de una necesidad institucional, basada en la apreciación y evaluación sistemática de las cualidades personales, eficiencia profesional, condiciones de mando y liderazgo, y proyecciones de carrera del personal de la Institución, situación que en su caso se verificó de manera irrestricta.

- 3. Por los argumentos indicados, y atendido que lo alegado por UD. No resulta suficiente para desvirtuar el criterio adoptado por la Junta de Selección en su I período, se rechaza la solicitud de reconsideración deducida debiendo, en consecuencia, mantenerse su inclusión en la Lista Anual de Retiros, señalándose además, que dicha decisión se ajustó a derecho.*

Finalmente, a UD. Le asiste el recurso de apelación, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 106 del DFL (G) N°1 año 1997, que deberá ser presentado dentro de 5 días hábiles, a contar de la presente notificación.

3.- "SANTIAGO, 27 AGO. 2021

DEL COMANDANTE DE LA DIVISIÓN DE PERSONAL

AL MAY XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

(ESCSESV)

- 1. En conformidad a lo dispuesto en la normativa de "referencia 1) y 2)", la Junta de Selección de Oficiales jefes y Superiores, reunida en su I Período de Sesiones, correspondiente al proceso de calificación 2020/2021, adoptó el siguiente acuerdo: "Clasificarlo en Lista N°1 "Muy Buena" con nota T/M 6,00 y en conformidad a lo establecido en la normativa citada en la "Referencia 2)", incluirlo en la Lista Anual de Retiros".*

La decisión ha sido adoptada en el contexto del proceso de selección anual y constituye un acto legítimo de la Junta de Selección, realizado en el ejercicio de la facultad contemplada en los artículos 26 de la Ley N°18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas y 97, b) y g), del DFL (G) N°1 del año 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

- 2. Como es de su conocimiento, la calificación del personal – proceso anual al cual se somete a la totalidad de los funcionarios de la administración castrense- supone una evaluación del desempeño, la cual sirve de base, entre otras cosas, para determinar, la permanencia o eliminación del servicio,*

procedencia de ascensos, mandos, etc, tal como lo sostiene el artículo 75 del DFL (G) N°1 del año 1997, Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas.

Además, debe tenerse en consideración que la Junta de Selección, como órgano especializado de la Administración, toma en cuenta las posibilidades de progresión de la carrera militar del personal evaluado, aspectos que contribuyen a la adopción de una decisión, que obedece, sin ninguna duda, al ejercicio de una potestas que es técnica y discrecional, fundada en la ponderación de factores que permiten estructurar la fuerza militar a las necesidades institucionales

Debe advertirse de lo establecido por el artículo 116 del DFL (G) N°1 del año 1997, Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas, que las cuotas anuales de personal que conformarán la Lista Anual de Retiros, han considerado un estudio técnico cuya elaboración tiene presente cada año las promociones que integran los diferentes grados, el número de componentes de cada uno, las posibilidades de ascenso y la proporción que en cada promoción debe ingresar a los grados superiores de la carrera.

En efecto, la decisión de incluirlo en Lista Anual de Retiros, obedece al ejercicio de una potestad discrecional y técnica que se funda en la satisfacción de una necesidad pública, basada en una apreciación y evaluación de la idoneidad, eficiencia profesional y condiciones personales de los calificados de la Institución, antecedentes que determinaron su eliminación del servicio.

- 3. Así, de acuerdo a lo establecido en los artículos 118, 121 y 122 del citado cuerpo estatutario, en aquellos casos en que la cuota de retiros no se complete con el personal clasificado en Listas N°4 y N°3, la Lista Anual de Retiros debe integrarse, en última instancia, con personal clasificado en Listas N°2 y N°1, procedimiento que ha sido validado por la Contraloría General de la república en sus dictámenes N°s 76.719 del año 2013, y 2.026 y 16.036 del año 2016.*
- 4. Por ello, al no existir oficiales de su grado y escalafón, clasificados en Listas N°s 4 ni 3 y no habiéndose completado la cuota de retiros con personal clasificado en Lista N°2, se debió votar de entres aquéllos que debían abandonar la Institución, siendo seleccionado UD., junto a otros oficiales, acorde con las potestades que le confiere el ordenamiento jurídico a las Juntas de Selección.*
- 5. Ante el presente acuerdo, si lo estima conveniente, a UD. le asiste el derecho a presentar el recurso de reconsideración, en el plazo de 5 días hábiles contados desde la notificación del mismo, todo ello en conformidad al artículo 105 del DFL (G) N°1 del año 1997, Estatuto del personal de las Fuerzas Armadas.”*

SÉPTIMO: Que el artículo 118 del D.F.L de 1997 establece: “*Artículo 118.- La lista anual de retiros se formará, sucesivamente, con:*

- a) El personal clasificado en Lista N° 4.*
- b) Los que hayan sido clasificados por segunda vez consecutiva en Lista N° 3.*
- c) Los demás clasificados en Lista N° 3.*
- d) Los clasificados en Lista N° 2, y*
- e) Los clasificados en Lista N° 1.”*

Por su parte, el artículo 122 del mismo cuerpo normativo dispone: “*Artículo 122.- Si con el personal clasificado en Lista N° 2, no se alcanzare a completar la cuota fijada, se procederá a incluir al personal clasificado en Lista N° 1. Para este efecto deberá formarse, por votación de los miembros de la Junta de Selección, una lista previa con la cantidad de personal suficiente para poder completar la cuota, eligiéndose por votación directa de entre los incluidos en ella, a aquel personal que deberá integrar la lista de retiros.”*

Adicionalmente, en el artículo 75 del Estatuto del Personal del Personal de las Fuerzas Armadas que al respecto prescribe que: “*El sistema de calificaciones tendrá por objeto evaluar el desempeño funcionario del personal afecto a este estatuto, de acuerdo con las características de su empleo, el grado jerárquico, su especialidad y exigencias del respectivo cargo.*

Las calificaciones servirán de base para resolver la permanencia, la eliminación del servicio o la prórroga del respectivo contrato cuando corresponda, como asimismo, para determinar la procedencia de los ascensos, mandos, destinaciones o comisiones del personal.

Serán elementos básicos del sistema de calificaciones, la hoja de vida, la hoja de calificación y la clasificación del personal”.

OCTAVO: Que, en la especie, y como se señaló previamente, se trata de un Mayor de Sanidad que fue calificado en lista N°1, con nota 6.0 y no obstante ello fue incorporado en la nómina de retiro para el período 2020/2021, mediante las resoluciones referidas y cuyas notificaciones se transcribieron precedentemente

NOVENO: Que, el deber de fundamentación es inherente a todo acto administrativo, al ser un elemento de su esencia, cuya existencia siempre está bajo el control de la judicatura conforme se desprende de los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19880. En efecto, las decisiones administrativas deben necesariamente tener un motivo, el que para algunos equivale a su causa, concebida como la situación puramente objetiva que determina el acto administrativo y le sirve de base.

Lo anterior determina que se debe verificar no sólo la existencia de la ley que habilite para ejercer la potestad, sino que, además, se debe constatar que se configuren los supuestos de hecho, el cumplimiento del fin previsto en la norma y se cumpla con el requisito de razonabilidad.

DÉCIMO: Que, la resolución impugnada, así como aquellas anteriores que la motivan, son puramente decisorias, encontrándose los antecedentes en los respectivos actos de notificación de la decisión adoptada por la Junta. Sin embargo, incluso de la lectura de aquellas notificaciones se constata que en ellas no se consignan razones concretas para la incorporación del recurrente en la lista de retiro en relación su situación particular, sino argumentaciones genéricas que impiden entender los motivos que se tuvo en consideración para determinar que un profesional calificado en lista uno sea llamado a retiro. Lo anterior muy probablemente porque, precisamente, la fundamentación no se encuentra redactada por las respectivas Juntas, sino por quien procede a la comunicación de los resuelto. En ese sentido, si como se señala en el citado artículo 75 las calificaciones sirven de base para resolver la eliminación del servicio, entonces no resulta fácil entender cómo una persona que ha sido calificado en Lista N° 1 puede ser, acto seguido, llamada a retiro sin mayor motivación al respecto.

Con lo dicho no se pretende desatender lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas ni lo dispuesto en el artículo 122 del Estatuto del Personal del Personal de las Fuerzas Armadas, sino únicamente exigir –a fin de que el acto no devenga en meramente arbitrario- que la decisión de selección sea explicitada y se ajuste a los parámetros definidos por el propio estudio fijado al respecto.

Ahora bien, los antecedentes expuestos en los diversos informes evacuados en autos, que darían cuenta de que existirían 4 Mayores de Sanidad calificados en lista 1 con nota 6.0, dentro de ellos la persona a cuyo favor se recurre, habiéndose votado por este último en atención a que registraba una evaluación negativa de su calificador superior consignada en la Hoja de Vida, si bien podría constituir una razón para haberlo incorporado a él y no a otro u otros en la lista de retiros respectiva, lo cierto es que ello es una explicación que sólo se incorpora con ocasión de la interposición de la presente acción cautelar, que no puede dotar de la debida fundamentación a la resolución impugnada. A mayor abundamiento, tal argumentación tampoco explica las razones para no haber incorporado también a otros calificados en Lista 1 o no incorporar a ninguno, en circunstancias que según el decreto que fija las cuotas de retiro para el período de que se trata prevé, para el escalafón de sanidad, en su letra c) para Mayores y Capitanas “hasta 10”, número que no habría sido completado.

UNDÉCIMO: Que, la falta de motivación que se advierte en el acto administrativo materia del presente recurso no permite analizar si la decisión de la autoridad se ajusta, en los hechos, al propósito de la norma que le ha otorgado una cuota de discrecionalidad en su actuar y, con ello, vulnera el derecho a la igualdad ante la ley garantizado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, al impedir efectuar una comparación respecto otro u otros que se puedan encontrar en similar situación.

En efecto, conforme se ha entendido, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Empero, no puede apreciarse si una distinción es o no arbitraria si no se dan los fundamentos al momento de establecerla ni se exigen fundamentos al momento de aplicarla, lo que se traduce en una vulneración al derecho garantizado en el artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental del Estado.

Adicionalmente, la falta de fundamentación referida privó al afectado por la decisión de la autoridad de fundar adecuadamente los recursos que le confiere la ley y aportar los antecedentes que pudiesen desvirtuar las razones de la decisión adoptada y permitiesen reconsiderar o revocar las resoluciones impugnadas.

DUODÉCIMO: Que, en consecuencia, y como se dijo, de la lectura de la resolución que se revisa queda en evidencia que ésta no satisface el estándar de motivación exigido por los artículos 11 y 41 de la Ley N° 19.880, que refrendan a nivel legal los principios constitucionales de publicidad y transparencia de los actos de la Administración del Estado, que a su vez emanan de lo prevenido en el artículo 8 de la Constitución Política de la República. En efecto, un Estado respetuoso de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana tiene el deber de motivar los actos que dicta, especialmente si ellos producen efectos desfavorables para los interesados, como ocurre en la especie.

DÉCIMO TERCERO: Que de lo expuesto aparece como arbitrario, esto es, como injusto, irracional y desproporcionado, desde que no se entiende cuál ha sido el criterio para incluirlo a él en la lista de retiros y no a otro u otros, especialmente a la luz del deber de fundamentación de los actos administrativos que impone el artículo 11 de la Ley 19.880. Asimismo, no se trata de cumplir solo formalmente con las normas atinentes, sino de que las decisiones sean congruentes con la situación de aquellos que se encuentran en calificación y, por lo mismo, el crédito o descrédito que otorga un puntaje determinado al evaluarse distintos criterios en el desempeño de los

funcionarios no puede ser obviado simplemente al imponer la máxima decisión de retiro de un integrante de las fuerzas armadas.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema que rige la materia, **se acoge**, sin costas, el recurso de protección deducido a favor de don [REDACTED] para el sólo efecto de eliminar el acuerdo de la Junta de Selección y Apelación de incluir al recurrente en la Lista Anual de Retiros correspondientes al periodo calificado -periodo 2020-2021-, y por lo mismo, reincorporarlo al Escalafón correspondiente.

Se previene que la ministra Alejandra Pizarro, si bien concurre al acogimiento de la acción de protección, estuvo únicamente por hacerlo en el sentido de dejar sin efecto las resoluciones que se pronuncian sobre los recursos administrativos presentados por el actor y ordenar a la recurrida emitir una resolución complementaria a la que decidió incluirlo en Lista Anual de Retiros, en la que se exprese la motivación omitida, dejándolo en efectivas condiciones de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce en relación con aquella determinación.

Regístrese y archívese, en su oportunidad.

Redacción de la abogada integrante Yasna Bentjerodt y de la prevención su autora.

N° 5797-2021 Protección.

Pronunciada por la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, integrada por las Ministros señora Adriana Sottovia Giménez y señora María Alejandra Pizarro Soto y Abogado Integrante señora Yasna Bentjerodt Poseck.