

FOJA: 162 .- ciento sesenta y dos.-

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 1º Juzgado Civil de Valparaiso
CAUSA ROL : C-2403-2012
CARATULADO : VASQUEZ / FISCO DE CHILE

Valparaiso, veinticinco de Agosto de dos mil catorce

VISTOS:

A fojas 1, a lo principal, comparece don Luis Vásquez Alvarado, sin empleo, domiciliado en calle José Pereira N° 224, 2° sector, Playa Ancha, Valparaíso e interpone demanda en juicio ordinario de nulidad de Derecho Público, en contra de Fisco de Chile representado por el procurador fiscal don Enrique Vicente Molina, o quien lo subrogue, domiciliados ambos, en calle Prat N° 772, Valparaíso y solicita que se declare en definitiva: a) la nulidad de derecho público de la Resolución Ordinaria Nro. 1600/0332/20293, de fecha 23 de noviembre del año 2010, de la Dirección del Personal de la Armada de Chile y b) que la demandada sea condenada al pago de las costas.

A fs.1, al primer otrosí, la parte demandante, don Luis Vásquez Alvarado, ya individualizado, interpone demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de la demandada, Fisco de Chile, ya individualizado, para que en definitiva se declare: a) que, se acoge la demanda en todas sus partes; b) que, la demandada es responsable de la Indemnización de Perjuicios por responsabilidad civil, como consecuencia del lucro cesante, pretium doloris y moral provocado por la vulneración a garantías y derechos constitucionales en el sentido que se expulsó de una Institución Pública a un funcionario enfermo encontrándose bajo licencia médica y todo ello a consecuencia de un accidente laboral del cual nunca se efectuó un sumario administrativo tal como lo señala la ley; c) que, el demandado deberá pagar por concepto de, Lucro Cesante, pretium doloris y Daño Moral, la suma de \$ 173.600.000 (Ciento setenta y tres millones seiscientos mil pesos) o la cantidad que SS., estime legalmente procedente de conformidad al mérito del proceso y a la prueba que se rinda; d) que, la suma señalada en el N°3, deberá pagarse con los intereses correspondientes y reajustes los que se devengarán desde la fecha de la interposición de esta demanda a la fecha del pago efectivo, o en la forma que SS., estime conveniente conforme a la ley; e) todo ello, con expresa condena en costas.

A fojas 39, la parte demandada contestó ambas demandas.

A fojas 57, la parte demandante evacuó el trámite de réplica.

A fojas 63, la parte demandada evacuó el trámite de dúplica.

A fojas 75, se llevó efecto la audiencia de conciliación, la que no prosperó.

A fojas 78, se recibió la causa a prueba, repuesta a fojas 86, rindiéndose la que consta en autos.

A fojas 161, se citó a las partes de para oír sentencia.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que la actora en lo principal de fojas 1, interpuso demanda en juicio ordinario en contra de Fisco de Chile, representado por el procurador fiscal Enrique Vicente Molina, para que en definitiva se declare la nulidad de derecho público de la resolución Ordinaria Nro. 1600/0332/20293, de fecha 23 de noviembre del año 2010, firmada por el Director General del Personal de la Armada de Chile, don Robert Gibbons Hodgson, quién dispuso su retiro absoluto de la Armada, por la causal de haber sido incluido en la lista anual de retiro año 2010, luego de 18 años de servicios para esta Institución, enfermo y bajo licencia médica debido a un accidente del servicio, del cual, nunca se efectuó un sumario administrativo en tiempo y forma. Funda la demanda señalando que, el acto administrativo antes señalado, se dictó en abierta violación de los N° 1, 3, 4, 9 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, por lo que la acción Constitucional de derecho público, se interpone en virtud de que los órganos y servicios del Estado, pueden realizar aquellos actos que la Constitución y la ley les facultan expresamente, en virtud del artículo 6° del mismo cuerpo legal señala que: "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley"; y que de su artículo 7, establece: "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aún pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución y las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale". Añade, que el eminente jurista y ex Contralor

General de la República, don Enrique Silva Cimma, en la página 188 del tomo IV de su Tratado de Derecho Administrativo, dice: "El recurso de anulación es aquel que faculta a cualquier administrado que tenga interés directo en la controversia para pedir la invalidación de un acto administrativo contrario a derecho y es por ello que se le denomina también recurso objetivo. Por su intermedio se persigue proteger el orden jurídico, restableciendo la legalidad en el actuar de la administración". Que su legitimidad para iniciar esta acción Constitucional de nulidad de Derecho Público, nace precisamente de la facultad que tiene cada administrado para accionar ante los tribunales civiles, por los perjuicios directos que ha ocasionado la dictación del acto administrativo en donde se dispone el retiro absoluto de la armada, dicho acto administrativo contraviene derechos fundamentales en virtud que fue dictado estando bajo licencia médica a consecuencia de accidente propio del servicio, ocurrido el año 2006 y del cual la Armada nunca efectuó un sumario administrativo en tiempo y forma para determinar derechos y beneficios a impetrar, a consecuencia de una caída sufrida por el actor en el buque Lynch, con resultado de fractura de tobillo derecho y secuelas que no ha podido superar hasta la fecha, señalando, que el día 28 de Agosto del año 2006, a las 20:00 horas aproximadamente, mientras se encontraba de guardia en el buque Lynch, en ronda de máquinas, al subir una escalera, donde no existían señales de prevención alguna, resbaló y sufrió una caída que le ocasionó la fractura de su tobillo derecho y a consecuencia de lo anterior se encuentra tratando mediante ayuda médica y de kinesiología, sin lograr una recuperación integral, pese a tener intervenciones quirúrgicas por personal médico de la Armada, agrega que este problema, desde la segunda intervención médica recrudesció, debiendo incluso hacer uso de muletas para poder desplazarse. Remarca que se trata de un accidente propio del servicio, que debió haber sido objeto de una investigación sumaria administrativa inmediata para determinar los hechos y circunstancias, como así mismo, de los derechos a impetrar según el Estatuto de Personal de las Fuerzas Armadas y el Código de Estatuto Administrativo, sin embargo, nunca fue notificado de tal pieza sumarial por inexistente.

Alega que los antecedentes narrados, constituyen serias y graves transgresiones al Ordenamiento Jurídico Nacional, principalmente en lo que dice relación con la violación al Principio de la Legalidad que rige en nuestro Estado de Derecho, claramente consagrado en la carta fundamental de 1980, en sus artículos 6 y 7 que pueden ser definidos como un imperativo básico de un Estado de Derecho, consistente en el deber que pesa sobre todos los órganos administrativos de ajustarse siempre y en todo momento a la Constitución y las

normas dictadas conforme a ella, pudiendo efectuar sólo aquello para lo cual están previamente facultados. Que la sanción prevista por el constituyente de este principio rector, es la nulidad de Derecho Público, toda vez, que este acto administrativo, Resolución Ordinaria Nro. 1600/0332/20293, de fecha 23 de noviembre del año 2010, por el cual se expulsó a un funcionario de la Armada, en el cual, las secuelas físicas que en definitiva fueron los gatillantes para tal expulsión, por ello, entiende el actor que dicho acto adolece de serios vicios que atentan con las garantías establecidas en nuestra Constitución, tales como el derecho a la integridad física y psíquica de la persona cabe recordar, ya que fue expulsado de la institución, estando convaleciente de un accidente laboral.

Agrega, que los argumentos de carácter general de la demanda, descansan fundamentalmente en el concepto de Estado de Derecho, basado en un sistema de organización y de ejercicio de las potestades públicas orientado a alcanzar un nivel elevado de convivencia social, la cual debe traducirse en que las atribuciones del poder público deberán desarrollarse dentro de los principios de legalidad o juridicidad. En este marco la determinación de la Dirección de Personal de la Armada, haciendo uso de sus atribuciones reglamentarias, no ha dado cumplimiento a principios tales como legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y debido proceso, abusando del derecho concedido por la legislación interna, causando un agravio no sólo a su persona, sino a toda su familia, sin ningún tipo de beneficio social y peor aun estando convaleciente, producto de un accidente del servicio, el año 2006 del cual nunca fui notificado de una pieza sumaria que estableciera los hechos y circunstancias del accidente laboral, todo lo contrario, se dejó pasar los años y su dolor al tobillo encrudeció y se encuentra actualmente sin trabajo y sin poder efectuar labores en la vida civil, que antes realizaba, como jugar futbol. Alega, que esta resolución administrativa vulnera la garantía a una promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las secuelas físicas, todo ello estipulado en el número 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la Republica, ya que los órganos del Estado, específicamente la Armada debe dictar sus resoluciones administrativas salvaguardando las garantías señaladas, lo cual no ha sido el caso. El derecho a la propiedad consagrado en el número 24 del artículo 19 de la Constitución, consagra el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales, así, durante los 18 años que prestó servicios en la Armada adquirió derechos tales, como al trabajo, una previsión, sistema salud, derechos que fueron vulnerados. Por lo cual, ante estas disposiciones tan claras de los constituyentes, respecto a que la nulidad de derecho público opera de pleno derecho y que debe ser declarada, ya que todos los tratadistas de derecho constitucional y administrativo,

concluyen que la nulidad de derecho público, opera de pleno derecho y debe ser declarada de oficio por el juez que toma conocimiento de ella y que la acción ante los tribunales, es el vehículo normal para que dicha nulidad opere, que la historia fidedigna de los artículos 6 y 7 de la Constitución, confirma que los constituyentes no tan sólo previeron que la nulidad de derecho público debe ser declarada de oficio por los tribunales, sino que además, al operar de pleno derecho, la nulidad debía operar aunque no se recurra a un tribunal para que la declare.

Demanda de indemnización de perjuicios

Conjuntamente con la nulidad de derecho público demandada, en el primer otrosí del libelo, la parte demandante, interpuso demanda civil de indemnización de perjuicios en contra de la parte demandada, Fisco de Chile, ambos ya individualizados, para que se le indemnice los perjuicios causados por los hechos narrados en la acción principal, los que dio por expresamente reproducidos, solicitando se repare el daño causado, de conformidad al mérito del proceso y lo dispuesto en los artículos 2.314, 2.320 y 2329 del Código Civil, solicitando, la siguientes sumas: a) Lucro cesante, atendido que tenía 35 años de edad y ganaba un sueldo de \$ 650.000 (seiscientos cincuenta mil pesos) mensuales, con 18 años de servicio pudiendo haber llegado a los 30 años, haciendo una proyección mensual desde la fecha de ocurrido el daño hasta una estimativa de 30 años de servicio, el lucro cesante alcanza la suma \$93.600.000; b) Pretium Doloris, se entiende, el dolor físico y la angustia experimentada, propia de las intervenciones recibidas, las infecciones, inflamación constante de tobillo, reducción de la movilidad, dependencia de muletas para el desplazamiento, etc., en el caso de autos, con 35 años de edad, lesionado física y psicológicamente, impedido de desarrollar actividades laborales y familiares que antes del accidente realizaba sin problemas, encontrándose actualmente bajo la dependencia de sus familiares para realizar cosas tan básicas que, antes de ocurrido el accidente laboral podía realizar sin ningún tipo de complejidad, \$30.000.000. (treinta millones de pesos); c) Daño extra patrimonial o moral, en el presente caso, con la afectación a su vida, integridad física, integridad emocional, \$ 50.000.000 (cincuenta millones de pesos), totalizando la suma de \$ 173.600.000 (ciento setenta y tres millones seiscientos mil pesos) o la suma que resulte conforme al mérito del proceso y a la prueba que se rinda; que la suma, deberá pagarse con los intereses correspondientes y reajustes los que se devengarán desde la fecha de la interposición de esta demanda a la fecha del pago efectivo, o en la forma que se estime conveniente conforme a la ley; con expresa condena en costas.

SEGUNDO: Que a fojas 39, en lo principal, la demandada contestó la demanda de nulidad de derecho público, solicitando su íntegro rechazo, con costas, en atención a las siguientes consideraciones: 1.- Que su parte controvierte en su integridad, tanto, los hechos como la argumentación de derecho en que se fundamenta la demanda interpuesta, porque la pretensión del demandante descansa en una errada interpretación de la normativa que regula al personal de las Fuerzas Armadas de Chile; la resolución impugnada se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico vigente, tanto en la forma como en el fondo, cabe señalar que resulta efectivo que el demandante, prestó servicios para la Armada de Chile durante casi 18 años, hasta que mediante Resolución Ordinario N° 1600/0332/20293, de 23 de noviembre de 2010, el Director General del Personal de la Armada, dispuso su retiro a contar del 1° de enero de 2011, en virtud de la causal establecida en el artículo 57, letra e) de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, esto es, "haber sido incluido en la lista anual de retiros del año 2010". Dicha resolución quedó firme y ejecutoriada una vez resueltos todos los recursos interpuestos por el demandante y contemplados en los artículos 105 y 106 del D.F.L. (G.) N° 1 de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas; sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General del Personal de la Armada, con fecha 17 de diciembre de 2010, solicitó a la Comandancia en Jefe de la Escuadra, disponer la sustanciación de una Investigación Sumaria Administrativa, con el objeto de averiguar las causas, circunstancias y responsabilidades del supuesto accidente que habría afectado al demandante, con el objeto de determinar si éste ocurrió en acto del servicio y las posibles consecuencias que pudieran derivarse de él, que la referida Investigación Sumaria Administrativa, se ordenó instruir por Resolución C.J.E. Reservado N°4260/01/83, de 2 de febrero de 2011, ampliada mediante Resolución C.J.E. Reservado N°4260/01/515 de 13 de julio de 2011, en el sentido de establecer si la enfermedad que presentaba el afectado se contrajo a consecuencia del accidente ocurrido en el año 2006, que dicha investigación sumaria se encuentra suspendida temporalmente hasta el 1° de enero de 2013, mediante Resolución C.J.E. Reservado N° 1585/242, de 3 de abril de 2012, con el objeto de estudiar la evolución del estado de salud del demandante durante dicho período. 2.- Improcedencia de declarar la nulidad de la Resolución N° 1600/0332/20293 del D.G.P.A., por no concurrir los presupuestos que hacen procedente su declaración, en efecto, no obstante señalarse por el demandante, como fundamento de su pretensión, los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, no aparece del libelo, análisis alguno sobre la manera en que se verificó la vulneración de dichos preceptos, según se ha fallado por la jurisprudencia, por

aplicación de las normas de los artículos 6 y 7, en relación al 19 N° 3 y 76 de la Constitución Política de la República, sólo procede declarar la nulidad de derecho público de un acto cuando: a) éste ha emanado de una autoridad que no se encuentra investida regularmente, b) el acto ha sido dictado fuera de su órbita de competencias, esto es, se ha excedido el marco de autorización legal en relación a la materia, la jerarquía o el territorio, o c) cuando en la dictación del acto se han incumplido formalidades que le son inherentes de acuerdo con su naturaleza. Por su parte la Excm. Corte Suprema, ha fijado doctrina al respecto señalando que la nulidad de derecho público se justifica cuando un acto ha sido dictado con omisión de la investidura regular que exige la ley para el nombramiento de la autoridad administrativa, o cuando ésta, aun teniendo título de tal, dicta el acto fuera de la competencia que le ha fijado el constituyente o el legislador, o sea, cuando excede el marco de autorización legal, que le otorga límites en su actuación con relación a la jerarquía, la materia y el territorio y, cuando el acto carece de eficiencia absoluta por falta de formalidades inherentes para la validez intrínseca del acto que se reputa irregular; pero en la especie, no se presentan de manera alguna los requisitos de nulidad, pues la resolución impugnada no es nula ya que ha sido emitida por la autoridad competente para ello, en este caso, el Director General del Personal y en estricto apego al procedimiento contemplado por la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas y el D.F.L. N° 1, de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, por lo que no resulta procedente la declaración de nulidad de un acto administrativo por cuanto, la Resolución N° 1600/0332/20293, de 23 de noviembre de 2010, no incurre en ninguna de las infracciones legales ni constitucionales que se pretenden, por las siguientes razones: a) Término de la carrera profesional en las Fuerzas Armadas por la causal de retiro absoluto y forzoso, por estar comprendido en las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las eliminaciones, conforme con el artículo 52 de la Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, que establece que el personal deja de pertenecer a las Fuerzas Armadas por retiro o fallecimiento, éste retiro puede ser temporal o absoluto, además, las causales de retiro son voluntarias o forzosas y son causales de retiro voluntario, según señala el artículo 245 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado mediante D.F.L. (G) N° 1, de 1997, las establecidas en el artículo 54 letra b), en el artículo 57 letra b) y artículo 53 letra c) de la Ley N° 18.948, las demás son causales de retiro forzoso, que tratándose del personal de Gente de Mar, entre la cual se encontraba el demandante, es causal de retiro absoluto, conforme con el artículo 57 letra e) de la mencionada ley orgánica, el "estar comprendido en las disposiciones legales y reglamentarias que rigen las

eliminaciones", por su parte, el artículo 246 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, señala que los decretos o resoluciones que dispongan el retiro por causales forzosas se dictarán de oficio por la autoridad competente a contar de la fecha en que dichas causales se producen o de una posterior que determine la autoridad, cuando ello correspondan, toda esta reglamentación están contenidas en el Párrafo 30 de la Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, artículos 24 y siguientes, y en el Capítulo III "Del Sistema de Calificaciones y Proceso de Selección", artículos 75 y siguientes, del D.F.L N° 1 (G), de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

Agregó que conforme con el artículo 24 de la referida Ley Orgánica y artículo 75 del mencionado Estatuto, el desempeño funcionario del personal se evaluará anualmente, a través del sistema de calificaciones de acuerdo con las características de su empleo, el grado jerárquico, su especialidad y exigencias del respectivo cargo, éstas 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 y una vez terminado el proceso de calificación, el personal es clasificado de conformidad con la ley, en listas que reflejan su capacidad y rendimiento, además en cada Institución de las Fuerzas Armadas, se convocan y constituyen anualmente por mandato legal contenido en el artículo 26 de la Ley Orgánica, Juntas de Selección, ordinarias, y extraordinarias, conformadas por Oficiales, para el conocimiento, estudio y valorización de las calificaciones del personal, elaboración de las Listas de Clasificación y la Lista Anual de Retiros, entre otras materias, además están las Juntas de Selección y de Apelación de las Fuerzas Armadas que son soberanas en cuanto a las apreciaciones, no correspondiendo a otros organismos ajenos a las respectivas instituciones castrenses la revisión de los fundamentos de sus decisiones, siendo sus sesiones actas secretas, por lo que el proceso de establecimiento de cuotas de eliminación y de conformación de listas anuales de retiro, corresponde a una situación reglada que obedece a una necesidad establecida por la ley y no constituyen un acto arbitrario o una sanción disciplinaria, por lo que la inclusión del demandante en la Lista Anual de Retiros correspondiente al año 2010, fue consecuencia de la culminación de un proceso de calificación anual, conforme al procedimiento contemplado para las actuaciones anuales de las Juntas de Selección y de Apelación en los artículos 24 y siguientes de la Ley N° 18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas y en el DFL (G) N° 1, de 1997, Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, consecuentemente con ello, mediante Resolución Ordinario N° 1600/0332/20293

Vrs., del 23 de noviembre de 2010, el Director General del Personal de la época, en uso de sus facultades, dispuso el retiro absoluto de la Institución del demandante, a contar del 1° de enero de 2011, por la causal señalada en el artículo 57, letra e) de la citada Ley Orgánica, ya citada, dicha resolución quedó firme y ejecutoriada después de haberse hecho uso el demandante de los recursos contemplados en los artículos 105 y 106 del Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas; b) circunstancia de encontrarse el demandante con licencia médica al tiempo de ser incluido en la lista anual de retiro, este hecho no lo coloca en situación de ser eximido del proceso de selección y, por ende, de ser excluido de la lista anual de retiro, como se ha sostenido reiteradamente por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, contenida en los Dictámenes N° 43133, de 1988, N° 36360, de 1995, N° 7468, de 1996, y N° 32.579 de 2010, entre otros, dispone que el empleado que se encuentra con licencia médica "no goza de inamovilidad, por lo que su uso no impide que la autoridad administrativa, ejerciendo las atribuciones que le corresponden, resuelva poner término a los servicios de un determinado servidor", por lo que la licencia médica no confiere inamovilidad en el empleo y cuando se configura una causal legal de retiro forzoso que pone término a sus labores, procede el cese de sus funciones, como fue precisamente el caso del demandante; c) En cuanto a la alegación del demandante de no haberse instruido investigación sumaria en relación con el accidente y los derechos y beneficios que pudieran corresponderle, en este punto, es necesario tener presente que el actor, no fue llamado a retiro por tener salud incompatible con el servicio, sino por haber sido incluido en la lista de eliminación del año 2010, en base a sus calificaciones y para ser incluido en la lista de retiro y ser objeto de calificación no es necesario la instrucción de una investigación sumaria, toda vez que la salud del actor no fue cuestión debatida al respecto y si se encontrare enfermo al tiempo de su calificación, ello no impide que sea incluido en la lista de retiro, como tampoco el que se encuentre pendiente una investigación sumaria, por lo que su parte ha obrado al amparo de la normativa legal siguiente: Ley N° 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas en su artículo 66, inciso primero que define el accidente en acto de servicio, por otra parte, el artículo 68 de la referida Ley Orgánica dispone, en lo pertinente, que la muerte y las lesiones causadas en accidente ocurrido en acto determinado del servicio del personal de las Fuerzas Armadas, darán derecho a pensión de retiro o de montepío, abono de años de servicio a los afectados o a sus asignatarios, según corresponda, en la forma que establece esta ley y el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y demás leyes en lo que les fueren aplicables; por su parte, el inciso final del mismo precepto legal y los artículos 232

y 233 del mismo Estatuto agregan que los accidentes ocurridos en acto del servicio, se verificarán previa instrucción de una Investigación Sumaria Administrativa dispuesta por la autoridad competente de oficio o por denuncia del afectado, la que tendrá por finalidad comprobar si el accidente ocurrió en acto del servicio o si la enfermedad fue contraída como consecuencia de éste.

Añade que de acuerdo con los artículos 234 y 236 del citado Estatuto, el examen físico y psíquico del personal, la determinación de su capacidad para continuar en el servicio o la clase de inutilidad que pudiera corresponderle será efectuado exclusivamente por la Comisión de Sanidad de cada Institución y el informe que emita servirá de elemento de juicio a la resolución de la autoridad competente, si ésta informare que la lesión no produce inutilidad actual pero que es posible que, posteriormente, se presente alguna secuela que la cause, la resolución de término del sumario hará expresa mención de esta circunstancia y la Dirección del Personal dispondrá el examen del afectado dentro del plazo que se determine, sin perjuicio de lo anterior, el afectado podrá solicitar examen e informe de la Comisión de Sanidad si su estado de salud exigiere un pronunciamiento antes del plazo fijado por la autoridad, todo ello, si transcurrido el plazo de cinco años contado desde la fecha que ocurrió el accidente o aquella en que se constató la enfermedad, según corresponda, no se presentare inutilidad, dicha resolución tendrá el carácter de definitiva.

Finalmente, señala que conforme con el artículo 81 de la mencionada Ley Orgánica, el personal que se inutilizare como consecuencia de un accidente en un acto del servicio, tendrá derecho a una pensión de inutilidad, la que podrá ser de primera, segunda o tercera clase, señalando dicho precepto la fórmula de cálculo, además, de acuerdo con el artículo 75 de la misma Ley, el personal que se accidentare en actos del servicio o se enfermare a consecuencia de sus funciones tendrá derecho, previa investigación sumaria, a que sean de cargo fiscal todos los gastos de atención médica, hospitalaria, quirúrgica, dental, ortopédica y de todos los medios terapéuticos y auxiliares relativos al tratamiento prescrito para la recuperación hasta que sea dado de alta o declarado imposibilitado para reasumir sus funciones.

Agrega que en lo que respecta a la situación del demandante, mediante Resolución C.J.E. Reservado N° 4260/01/83, de 2 de febrero de 2011, se instruyó Investigación Sumaria Administrativa con el objeto de investigar el accidente que le habría afectado, en agosto del 2006, a bordo del Buque "LYNCH", con el propósito de determinar las causas, circunstancias y responsabilidades del accidente y establecer si ocurrió en acto del servicio y las posibles consecuencias

que pudieran derivar de éste. Por resolución de 13 de julio de 2010, Reservado N° 4260/01/515, se amplió la referida investigación, en el sentido de establecer si la enfermedad que presenta el afectado, se contrajo a consecuencia del accidente ocurrido el año 2006, actualmente, dicha Investigación Sumaria Administrativa se encuentra suspendida mediante Resolución C.J.E. Reservado N° 1585/242 Vrs., del 3 de abril de 2012 hasta el 11 de enero de 2013, en espera del informe que la Comisión de Sanidad de la Armada deberá evacuar acerca del estado de evolución clínica del demandante durante un año, que el demandante declaró el 15 de marzo de 2011 en la referida investigación sumaria administrativa, según consta a fojas 6 de autos, de lo cual se desprende que tuvo cabal conocimiento de la existencia, estado actual y finalidad de la referida investigación. Así, aún en el evento de concluirse que el accidente ocurrió en acto del servicio y produjo alguna clase de inutilidad al demandante, procedería a su respecto, el otorgamiento de todos los beneficios previsionales que establece la Ley, operando el cambio de causal de retiro, pero sin que exista la posibilidad de reincorporar al demandante a sus funciones, toda vez que este ha dejado de prestar servicios por aplicación de una causal de retiro absoluto forzoso, que no admite tal reincorporación, por lo anterior se puede concluir que la demanda de autos debe ser rechazada toda vez que, no existe vicio alguno en la Resolución citada que autorice al tribunal para declarar la nulidad de derecho público de la misma.

Demanda de indemnización de perjuicios.

Que a fs. 39, la demandada contestó demandada contesta la demanda de indemnización de perjuicios de perjuicios, solicitando su rechazo, con costas, por los siguientes fundamentos: Señala que en base a los mismos antecedentes ya descritos, el demandante deduce demanda de indemnización de perjuicios en contra de su representada, solicitando se la condene al pago de la suma de \$173.600.000.- por concepto de lucro cesante, pretium doloris y daño moral, si bien el actor no lo precisa en ninguna parte, su demanda se inserta en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, igualmente, según se desprende de los términos del libelo, el hecho fundante de la indemnización que se pretende correspondería a la dictación del acto administrativo mediante el cual la Armada de Chile dio curso al retiro del actor, por haber sido incluido en la lista anual de retiros, en efecto, en la demanda se afirma que su representado habría incurrido en una especie de hecho ilícito al dictar el acto que dispuso el retiro del actor, pues ello se habría hecho en circunstancias en que se encontraba enfermo, gozando de licencia médica y sin instruir la debida investigación sumaria para determinar los derechos que podrían corresponderle, agrega el actor que su

condición de salud tendría su origen en un accidente sufrido en acto de servicio por lo que, en definitiva, el acto administrativo de la Armada de Chile habría vulnerado gravemente derechos esenciales y fundamentales, como el derecho la vida e integridad física y psíquica, de propiedad, laborales, previsionales, etcétera, todo lo cual habría causado los daños cuyo resarcimiento solicita.

En cuanto al derecho, alega que si bien el demandante indica que con posterioridad entrará al "análisis de las disposiciones que son el fundamento legal de esta demanda de indemnización de perjuicios", lo cierto es que no señala cuál es dicho fundamento, toda vez que no contiene cita legal alguna que permita inferirlo, salvo la referencia a los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil que ninguna relación guardan con el régimen de responsabilidad que se invoca.

En cuanto a las alegaciones, excepciones y defensas, si bien es cierto el actor demanda una considerable suma de dinero por conceptos de daños, no indica cual sería el ilícito que su parte habría incurrido, como tampoco el nexo o relación de causalidad existente entre los supuestos daños y la conducta que se atribuye a su parte, por lo que la demanda debe rechazarse por: a) Ausencia de antijuricidad o de ilicitud, que es el primer requisito para que exista responsabilidad civil extracontractual, esto es, que se haya incurrido en una acción u omisión de carácter ilícito, según lo establece el artículo 2284 del Código Civil; en el ámbito de la responsabilidad civil del Estado, tiene rango Constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República, sólo estas contravenciones pueden determinar las sanciones y responsabilidades que determine la ley, la Armada de Chile no ha incurrido respecto del demandante un hecho ilícito alguno constitutivo de delito o cuasidelito civil que le haya infringido daño y que configure una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual; b) la demanda le falta la relación de causalidad ya que no se advierte que exista infracción o quebrantamiento al ordenamiento jurídico como señala el actor, por lo demás, tampoco indica cual sería dicha infracción, lo que resultaba indispensable, toda vez que sólo en virtud de la imputación de un hecho ilícito a esta parte, resulta procedente la pretensión del actor de que exista una eventual condena a indemnizar daños.

Añade que la Armada de Chile no ha incurrido respecto del actor en hechos ilícitos constitutivos de delito o cuasidelito civil que le haya infringido daño y que configure la hipótesis de responsabilidad civil extracontractual que eventualmente, pudiese justificar el pago de una indemnización de perjuicios, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil; en efecto, toda la

conducta desplegada por la Armada, en particular, por la Dirección General de Personal de la Armada, en lo que dice relación con la determinación de la causal de retiro invocada a su respecto, ha dado cumplimiento a la normativa legal y reglamentaria aplicable al caso, por lo que la demanda pretium doloris, esto es, entendiendo por este "el dolor físico y la angustia experimental, propia de las intervenciones recibidas, las infecciones, la inflamación constante del tobillo, reducción de la movilidad, dependencia de muletas para el desplazamiento, etc"., sin explicar por qué razón vincula los supuestas molestias físicas sufridas por su parte, aparentemente por alguna enfermedad o accidente, con la conducta desplegada por la Armada de Chile.

Añade que la misma falta de fundamento causal se advierte con los otros rubros demandados, por lo que sólo cabe concluir que los supuestos perjuicios patrimoniales y morales sufridos por el demandante no pueden ser considerados consecuencia de un actuar ilegal o arbitrario de la Armada de Chile, por cuanto éstos se fundan en una mera expectativa que tenía el demandante de seguir perteneciendo a la Institución, pretensión que no pudo concretarse por configurarse a su respecto una causal legal de retiro forzoso, que guarda relación con un proceso de eliminación debidamente reglado por la normativa que rige a las Fuerzas Armadas, proceso dentro del cual el demandante ejerció todos los recursos que la misma normativa contempla; c) en cuanto a los montos demandados, su parte controvierte la existencia, naturaleza y monto de los perjuicios demandados por el actor, por lo que corresponderá al actor, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1698 del Código Civil, su acreditación, en subsidio de todo lo anterior, en el hipotético e improbable evento que se considere que su parte debe indemnizar el daño invocado por el actor, deberá acogerse su petición subsidiaria en el sentido de establecer un monto de indemnización acorde con los criterios reiterados sustentados por la jurisprudencia, en cuanto al monto demandado a título del lucro cesante, esto es, la suma de \$93.600.000, controvierte expresamente su existencia y cuantía toda vez que, además de no existir ninguna conducta ilícita o antijurídica de parte de su representado para justificar su pago al actor, el monto demandado no tiene ningún fundamento real y obedece sólo a una mera expectativa que el actor pudo tener en cuanto a la posibilidad de llegar a enterar treinta años de servicio en la institución y mientras sirvió en la Armada de Chile, el actor nunca tuvo incorporado en su patrimonio una especie de derecho a trabajar hasta completar los treinta años de servicio y, en ese evento, acceder a una pensión de retiro, en cuanto a la suma de \$30.000.000.- que se demanda a título de "pretium doloris" y \$ 50.000.000.- por concepto de daño moral, las objeta por ser totalmente infundadas

en la medida no ha existido conducta alguna de parte de su representada que fuera compatible con una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual; d) en cuanto a los reajustes, intereses y costas, debe señalar que es totalmente improcedente, porque estos sólo serían procedentes a partir del momento en que exista un crédito que su parte adeude al demandante, cuestión que sólo se produciría en el evento que, efectivamente, se acoja su demanda y se fije una determinada indemnización en su favor, esto es, desde que la contraria se encuentre en condiciones de exigir el pago de dicho crédito, por lo que sólo puede pretender reajustes a partir de la existencia de una sentencia ejecutoriada, en cuanto a los intereses, atendido su carácter moratorio y su naturaleza de frutos civiles, solamente son procedentes cuando el respectivo fallo se encuentre debidamente ejecutoriado y se inste por su cumplimiento toda vez que cualquier otro criterio significaría convalidar un enriquecimiento sin causa a favor del actor en lo referente a las sumas que por este concepto pudiese llegar a percibir; en cuanto a las costas de la causa, estima que será el demandante quien tendrá que resultar condenado a su pago como consecuencia de rechazarse íntegramente la demanda que se contesta.

TERCERO: Que a fs.57, la parte demandante evacúa el trámite de réplica, ratificando todo lo expuesto en la demanda de autos, y además las siguientes observaciones:

a) Respecto a la controversia de los hechos y el derecho su parte contraviene al demandado en este punto, la resolución administrativa adolece de vicios por los cuales se demanda de nulidad de Derecho Público, ya que la demandada para efectuar una investigación sumaria administrativa se demoró casi 5 años después del accidente propio del servicio, su parte tuvo que realizar una serie de gestiones administrativas, ante los organismos pertinentes para que se lograra hacer el sumario administrativo y que difieren de la interpretación legal que señala la demandada, en relación al tema de la normativa legal de la Armada de Chile.

b) Respecto al retiro de su parte de la Armada de Chile, por la causal de "Haber sido incluido en la lista anual de retiros del año 2010", esto es el 23 de Noviembre de 2010, para luego la demandada con fecha de 17 de Diciembre del año 2010, ordenó por la Dirección General del Personal de la Armada disponer la apertura de una Investigación sumaria administrativa, "con el objeto de averiguar las causas, circunstancias y las responsabilidades del supuesto accidente que habría afectado al demandante", lo que llama la atención, cómo una Institución Pública a sabiendas de que se trata de un accidente del servicio que ocasionó la

fractura del tobillo de su parte en el interior de un buque de la Armada, quedando en estado de invalidez parcial y que tuvo reiteradas licencias médicas a consecuencia del accidente del servicio, es evidente que estas influyeron sustancialmente en las calificaciones de los años posteriores que motivaron en definitiva el retiro de la Institución, estando actualmente enfermo y sin ningún tipo de beneficio social, previsional, tanto para él como para su familia, no realizó un sumario interno en tiempo y forma, como tampoco tomó los resguardos necesarios para velar por la integridad física y moral de un funcionario público, sino que opta por lo más fácil, desvincular al funcionario público de su trabajo y después averiguar si a consecuencia del accidente del servicio se pudiesen impetrar, consecuencias, responsabilidades o derechos para su representado, la investigación sumaria administrativa que se encuentra realizando la Armada la está realizando a un civil, tal es el caso actual de su representado y que no es efectuada a un funcionario público en su calidad propiamente tal, por tanto, esta parte cree que referente a este punto se encuentran vulnerados derechos fundamentales sobre el debido proceso que en definitiva influyen en la nulidad de derecho público solicitada. Agrega que determinar la existencia del accidente del servicio es primordial para este caso, ya que se vulneraron derechos y garantías fundamentales para su representado, ya que la Armada tuvo que revisar sus "calificaciones", encontrándose incorporadas todas las licencias médicas efectuadas a su parte y que en definitiva fueron determinantes para disponer el retiro de la institución; en resumen, la Armada mediante la causal de inclusión en la lista de retiro consideró, las aptitudes físicas y licencias médica presentadas por su representado, que desde el accidente laboral su estado de salud fue decreciendo de manera considerable lo que se reflejó en sus últimas calificaciones, que en definitiva ocasionaron su retiro de la institución, es por ello, que la resolución administrativa adolece de este vicio de nulidad pública, porque se consideraron como base argumentos que no tenían una sustentabilidad jurídica en vista que no fue realizada la investigación administrativa en tiempo y forma, tal como lo señala el DFL 1 del año 1997 y el Estatuto Administrativo, sino casi 5 años después al accidente del servicio y se ordenara luego de haberse despedido o destituido al funcionario público de sus funciones, una apertura de sumario totalmente tardío, el que está suspendido actualmente bajo el argumento que se encuentran estudiando la evolución del estado de salud, mientras tanto él, cónyuge e hijas sobreviven con ayuda de familiares, en la más absoluta indefensión.

c) Respecto a la demanda indemnizatoria de perjuicios, reitera a la demandada, que en los argumentos de derecho de la demanda de autos, son los

artículos 2314,2320 y 2329 del Código Civil y estos artículos señalados hacen alusión a la responsabilidad extracontractual de la demandada.

d) En cuanto al nexo causal entre los daños y el actual negligente de la Armada, está en la falta de diligencia o cuidado en el sentido de haber realizado un sumario totalmente fuera de tiempo y forma considerando que se trata de un accidente que ocasionó un fractura lo que ocasionara el retiro del funcionario público, ya que directamente influyó en la decisión del ente administrador y el nexo causal es que el demandante se encuentra sin fuente laboral, sin beneficio previsional y el actual negligente de la Armada en el sentido de haber efectuado un sumario administrativo casi 5 años después de ocurridos los hechos y que se encuentra suspendido.

CUARTO: Que a fs.63, la parte demandada evacuó el trámite de la dúplica, dando por expresamente reproducidos, todas las consideraciones de hecho y derecho expuestas en el escrito de contestación a la demanda, agregando a las alegaciones formuladas las siguientes:

a) En cuanto a la demanda de nulidad de derecho público para que resulte procedente la declaración de derecho público de un acto de la Administración del Estado, es menester que nos encontremos en alguna de las hipótesis prevista por el constituyente, en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, como ya se ha dicho, la declaración de nulidad de derecho público, es una sanción excepcional destinada a invalidar aquellos actos de la Administración del Estado que vulneran groseramente el ordenamiento jurídico, no siendo procedente su utilización frente a otro tipo de infracciones legales, lo anteriormente señalado no significa, de ninguna manera, que la Administración del Estado puede vulnerar libremente el ordenamiento jurídico y que ello no acarreará ninguna consecuencia jurídica, sino que la vía, para subsanar dichos defectos o corregir las consecuencias jurídicas de los mismos, es distinta; sin perjuicio de lo anterior, en el caso de autos, no existe vulneración a norma legal alguna, toda vez que, la Armada de Chile no se encontraba obligada a sustanciar una investigación sumaria para proceder a disponer el retiro del demandante, toda vez que éste no fue desvinculado por una causal relacionada con su estado de salud, sino por haber sido incluido en la lista anual de retiro, en el caso concreto del demandante, la Armada de Chile nunca tuvo conocimiento de la existencia de un accidente en acto de servicio que pudiera acarrear alguna consecuencia significativa, por lo que no se procedió a instruir dicha investigación, además éste nunca lo solicitó, estando facultado para ello, sino una vez comunicada a su parte la resolución que lo llamó a retiro, por lo que la Armada de Chile dictó la Resolución 4260/01/83 de 02 de febrero de 2011,

ordenando instruir una investigación sumaria para determinar las causas, circunstancias y responsabilidades del accidente ocurrido al demandante. Finalmente, de concluirse que el actor sufrió un accidente en acto de servicio, que le ocasionó algún tipo de incapacidad que lo hace acreedor de una pensión de retiro, esto no se traducirá en la ilegalidad del llamado a retiro del mismo, resolución que no se verá alterada, sino solamente en el pago de los montos que procedan por concepto de dicha pensión.

Señala que en cuanto a la segunda de las acciones deducidas, está dado por un supuesto accidente en acto de servicio sufrido por el actor, el que le habría ocasionado consecuencias tan graves, que le significarían el uso de muletas y la merma en las capacidades físicas y de trabajo lo que se tradujo en bajas calificaciones que terminaron en su llamado a retiro, no obstante no existen antecedentes de que al actor haya sufrido un accidente de gravedad y menos del deterioro físico a que alude, porque la Armada de Chile realiza periódicamente exámenes médicos a su personal, con el objeto de determinar si este posee un estado de salud compatible con sus funciones, exámenes que el actor siempre rindió satisfactoriamente, es más, si se revisa la misma resolución que dispuso su retiro de la institución, se puede advertir que en esta consigna que se encuentra "Apto para ser llamado al servicio en caso de movilización", sin perjuicio de lo anterior, es menester señalar que el llamado a retiro del actor no correspondió a la aplicación de una sanción administrativa a su respecto, sino que fue parte de un proceso normal que se lleva a cabo anualmente en las Fuerzas Armadas con el objeto de efectuar la promoción del personal desde los grados inferiores

QUINTO: Que, así las cosas, lo controvertido en los presentes autos, es, la legalidad de la voluntad manifestada en la Resolución Ordinaria N° 1600/0332/20293, de fecha 23 de noviembre de 2010, del Director de Personal de la Armada de Chile, mediante la cual se dispuso el retiro absoluto y obligatorio a contar del día 01 de enero de 2011, del demandante Luis Cristian Vásquez Alvarado, Sargento 2°, del servicio en dicha institución. Cuestión que debe necesariamente analizarse, al tenor de la acción interpuesta, de Nulidad de Derecho Público, según lo estatuido en el inciso final del artículo 7° de la Constitución Política de la República, que establece: *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”*. Lo cual, implica un análisis de sus elementos, los tradicionales, como la previa investidura regular, la competencia y el procedimiento, y aquellas que la jurisprudencia y doctrina deducen de la interpretación constitucional, sobre la base que dicho cuerpo legal debe ser

interpretado acorde a su rango supra legal, sobre las base de los principios que inspiran la carta fundamental, prescindiendo de reglas establecidas o contenidas en normas de inferior categoría, lo que ha dado lugar además a la nulidad de derecho público, en caso de desviación de poder o de violación de ley, por existir error en las motivaciones que llevaron a la dictación del acto.

Que respecto de la primera, se entiende por desviación de poder, la dictación de un acto administrativo, el cual, si bien formalmente es tal, el fin del mismo, se aparta, es distinto y contrapuesto con el perseguido por el ordenamiento jurídico, particularmente con los principios y fines que persigue, desviándose de ellos, por lo cual, el acto si bien formalmente aparece legal, gozando por lo demás de la presunción de legalidad y ejecutabilidad propia de todo acto administrativo formalmente dictado, no se encuentra amparado por el ordenamiento jurídico, por la contravención respecto de los objetivos perseguidos, resultando en consecuencia, sin sustento y afecto a una causal de nulidad.

Que la segunda situación, señalada, esto es, violación de ley por error en las motivaciones, acontece cuando la Administración Pública, adopta una decisión que es formalmente un acto administrativo, pero en la cual, a existido un error respecto de los presupuesto fácticos, es decir, en los motivos o antecedentes que llevaron a la dictación del acto, o en otras palabras, sobre los presupuestos materiales que motivaron a que la Administración a que actuara, y más aún, lo hiciera en dicha forma, razón por la cual, el acto carece de amparo jurídico, por haberse dictado sobre la base de una hipótesis que no se presenta en dicho caso, aplicándose la consecuencia jurídica a un hecho no previsto en la norma que lo fundamenta, resultando erróneo y en consecuencia sin amparo del ordenamiento jurídico.

SEXTO: Que según consta de los actos de postulación de las partes en el presente juicio, resultó un hecho pacífico, que el acto impugnado, se trata de un Acto Administrativo, situación, que por lo demás aparece corroborada de la definición que establece el artículo 18 de La Ley N° 19.880, como su nombre lo indica, la cual establece “bases” de los procedimientos administrativos, y la definición que contempla en su artículo 18, resulta plenamente aplicable a las Fuerzas Armadas por disposición de su artículo 2°.

En este orden de ideas, cabe señalar que todo acto administrativo es la manifestación de voluntad de la Administración Pública, culminación de un proceso de recopilación, análisis y resolución, o como de mejor forma lo señala la ley, es: *“El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite*

vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal. El procedimiento administrativo consta de las siguientes etapas: iniciación, instrucción y finalización”. En el caso sub lite, el acto impugnado se rige por lo dispuesto en la Ley N°18.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 que Establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y supletoriamente en por la Ley N° 19.880. Determinado el marco normativo que rige el acto impugnado, cabe desde ya hacer presente, que en el caso sub lite, resulta indiscutible que el acto impugnado, cumple algunos los requisitos esenciales del acto administrativo, de haber sido dictado por un funcionario público, previamente investido en su calidad de tal, dentro de la esfera de sus competencias y formalmente en el procedimiento fijado, circunstancias que por lo demás no fueron controvertidas por las partes.

Asentado lo anterior, sólo cabe determinar si dentro de procedimiento que llevó a la dictación del acto impugnado, se incurrió en alguna causal de nulidad, como son la desviación de poder o error en la motivación. Del análisis de las normas de los artículos 6, 24, 25 26, 27, 52 y siguientes de la Ley 19.948 Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, y de los artículos 75 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley 1 que Establece Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, se constata que la lista de retiro, corresponde a un porcentaje de retiro obligatorio, fijada anualmente, en forma discrecional y sin necesidad de fundamentación alguna, corolario de la finalidad perseguida por las normas en cuestión, como es la seguridad nacional, resultando ella, legalmente establecida, racional y proporcionada, en tanto, no afecte garantías fundamentales o la afectación resulte proporcionada con el fin perseguido. Que a pesar de haberse alegado por el actor, la violación de sus garantías fundamentales, la acción interpuesta no se fundamenta en cuestionamientos de los fines perseguidos con la lista de retiro, sino que los señala como una consecuencia del acto impugnado.

Que en efecto, al fundamentar el actor la acción interpuesta, precisó en su réplica, que la nulidad se produjo “porque se consideraron como base argumentos que no tenían una sustentabilidad jurídica, en vista que no fue realizada la investigación administrativa en tiempo y forma” –del accidente sufrido por su parte– es decir, invoca como fundamento inmediato de la acción interpuesta, la existencia de un error en los supuestos fácticos que motivaron la decisión de la Dirección de Personal de la Armada de Chile. Situando con ello su pretensión, de forma específica y concreta, en el análisis de dichos presupuestos.

Precisada la controversia, para su resolución, resultó necesario analizar el procedimiento a partir del cual se dictó el acto administrativo impugnado de nulidad, a fin de determinar aquellas partes, etapas o circunstancias que se encuentran regladas, de aquellas que son discrecionales. Del análisis, se aprecia que el acto terminal impugnado, es el resultado de la formación de Lista de Retiro sobre la base de las Listas formadas por las Juntas Calificadoras, es decir, el mismo consta de dos etapas o procedimientos, la de calificación por la Junta en primer lugar y luego elaboración de la Lista de Retiro. Respecto de la última etapa, que dio lugar a la Resolución cuya nulidad se demanda, en ella, no existe revisión de elementos fácticos, ya que consiste la misma, en que anualmente, el Director del Personal de la armada o Comandante en Jefe a partir de porcentaje de la dotación que deberá someterse obligatoriamente a retiro, forma una lista, completándola con los funcionarios que se encuentren, en primer término en lista de eliminación –Lista 4-, si faltaren para completar dicho porcentaje los existentes en dicha lista, con los funcionarios que se encuentren por dos años en lista 3, si aun así, faltaren para completar el porcentaje continuando con los que se encontraren en lista 3, y si fueren insuficientes, con los existentes en lista 2 y hasta llegar de ser necesario a la lista 1; por otra parte, si resulta que de la lista respectiva, por ejemplo la 3, sobran funcionarios en ella para completar el porcentaje requerido, la elección es discrecional. En cambio, en la etapa de calificación, las Juntas de Selección, deben analizar elementos fácticos, como aparece del artículo 104: *“Las Juntas de Selección en el desempeño de sus funciones, deberán obtener el máximo de antecedentes posibles para formarse un juicio **acertado** de cada caso que estudien. Para este efecto, podrán solicitar los elementos de consulta que estimen necesarios, citar ante ella a los miembros de la Institución que consideren convenientes, solicitar a la autoridad competente la instrucción de sumarios administrativos e incluso proponer la aplicación de medidas disciplinarias cuando comprobaren errores u omisiones que denoten negligencia, parcialidad o injusticia manifiesta de parte de los calificadores. Las Juntas de Selección no podrán hacer valer hechos que han sido materia de resoluciones de Juntas correspondientes a años anteriores. Estos adquirirán valor como elementos de juicio sólo en caso de repetición de ellos. Tampoco podrán adoptar resoluciones cuyo cumplimiento no corresponda al año en el cual deben regir las listas de clasificación.”*, es decir, se reglamenta la forma en que ha de procederse a la calificación, exigiendo a la respectiva Junta que solicite el máximo de antecedentes.

En consecuencia, lo controvertido es, si al momento de la calificación, se dispuso para ella, por la Junta Calificadora de todos los antecedentes del Sargento

Segundo Vásquez Alvarado y de ser esto efectivo, si dichos antecedentes eran fiel reflejo de la realidad.

SEPTIMO: Que conforme lo dispone el artículo 1698, incumbe probar las obligaciones o su extinción, a quien alega aquellas o estas, que en el caso sub judice, atendido que no resultó controvertido que se impugna un acto que formalmente reviste el carácter de administrativo y la presunción de legalidad y ejecutabilidad del mismo, coloca el peso de la prueba en el actor, para quien resulta necesario, acreditar con qué antecedentes efectuó su calificación la Junta respectiva, por cuanto, como reiteradamente ha sostenido la doctrina y jurisprudencia, la nulidad de derecho público es ab initio y debe analizarse al momento del nacimiento a la vida jurídica del acto cuya nulidad se pretende, sin que exista nulidad sobreviniente –sino que se trata de otra figura el decaimiento del acto administrativo-.

Que para los efectos señalados, el actor acompañó sin objeción de legítimo contradictor, los siguientes documentos:

1.- A fojas 27, (nuevamente 91 y 115), copia de la Resolución N°1600/0332/20293 Vrs, de fecha 23 de Noviembre de 2010, del Director General del Personal de la Armada, que dispuso el retiro de la Institución al Sargento 2° Luis Vásquez Alvarado. En la cual consta que se produce por haber sido incluido en lista anual de retiro.

2.- A fojas 28 a 29 (nuevamente 93), copia de la bitácora de la PFG Lynch del año 2010, al mando del Capitán de Fragata Luis Sánchez Pérez, en la que consta que el día domingo 27 de agosto de 2006, a las 18:05 horas Vásquez sufre lesión de pie derecho, envía a CME (Valparaíso) y 19:40 horas llega Vásquez con categoría 5X2 Diagnostico esquince de tobillo derecho.

3.- A fojas 30, copia de Atención de Urgencia del Hospital Naval A. Nef, de fecha 28 de Agosto de 2006, a las 09:55 horas, prestada a Luis Vásquez Alvarado, Diagnostico, fractura de tobillo derecho.

4.- A fojas 94, copia de Resumen de Antecedentes Clínicos de la Comisión de Sanidad de la Primera Zona Naval del Hospital Naval A. Nef, de fecha 17 de agosto de 2010, en el cual aparece: Diagnóstico inicial, Fractura de Tobillo, Julio 2009, Artroscopia tobillo derecho (crodromalacia borde antero medial y maléolo tibial y pequeña área interior de estrágalo); julio 2010 Artroscopia quirúrgica; estado actual operado 14-06-10, nueva artrosis de pie tobillo (hinchamiento sinovitis).

5.- A fojas 95, Copia de interconsulta al Consultorio médico de especialidades por resonancia médica, respecto del demandante, de fecha 29 de noviembre de 2011, por diagnóstico de Esteocondritis parcelar de astrágalo, síndrome doloroso regional complejo. Tiene resonancia magnética del año 2009.

6.- A fojas 96, copia de solicitud de examen radiológico, de fecha 4 de noviembre de 2011, en Hospital Almirante Nef, respecto del demandante, por diagnóstico de fractura de tobillo antigua data, osteocondritis de astrágalo, dolor regional complejo.

7.- A fojas 97, copia de tarjeta de asistencia del departamento de kinesiología del Hospital Almirante Nef, de fecha 13 de septiembre de 2010, respecto del demandante.

8.- A fojas 98-99, resultado del examen de resonancia magnética del tobillo derecho del demandante, efectuado en el I.S.T., de fecha 18 de diciembre de 2009, que en resumen constató cambios degenerativos articulación astrágalo-escafoidea, con lesión sinovial extensora.

9.- A fojas 100, copia de informe de la Unidad de Diagnóstico por imágenes del Hospital Naval A. Nef, de fecha 02 de marzo de 2009, que informa Fragmentos óseos libres en relación al contorno posterior del maléolo tibial derecho y contorno anteroinferior con aspecto que corresponde a arrancamientos óseos.

10.- A fojas 101-102, copia de epicrisis quirúrgica del demandante de fecha 14 de junio de 2010.

11.- A fojas 103-104, copia de la Resolución N°1000/6008 de fecha 22 de diciembre de 2010, en que informa situación médica y retiro del demandante, por haber sido en los últimos cinco años en cuatro oportunidades en lista 2.

12.- A fojas 105, carta del demandante, al Comandante en jefe de la Armada de Chile de fecha 25 de julio de 2011, haciendo presente su situación de llamado a retiro obligatorio por salud incompatible.

13.- A fojas 116 a 118, copia de la Resolución Exenta N° 230, del Comandante en Jefe de la Armada, de fecha 04 de octubre de 2013, que dispuso declarar: Que el Síndrome de dolor regional complejo tobillo derecho que padece el demandante, constatado en diciembre de 2009, es consecuencia tardía del accidente sufrido en acto del servicio y le provoco inutilidad para el mismos; que dicho accidente por haber ocurrido en actos del servicio, sus gastos son de cargo fiscal.

14.- A fojas 119-120, copia de Resolución N° 543 de la Subsecretaría de las Fuerzas Armadas, Departamento Previsión Social, de fecha 7 de febrero de 2014, que concede pensión de retiro y otros beneficios al demandante y a fojas 121, su notificación.

Además solicito y obtuvo oficios a la Armada de Chile a fin que remitiera el Sumario Administrativo realizado a consecuencia del accidente sufrido por el demandante, agregado a fojas 149, en custodia 828-14. Sobre I.S.A. (investigación sumaria administrativa) 1232, iniciado con fecha 02-02-2011 por accidente sufrido por Sargento Segundo Luis Vásquez Alvarado. En el cual a fojas 151, consta que el actor sufrió un accidente del servicio; a fojas 167, la opinión fiscal de que la condición de salud del afectado es definitivamente incompatible con el servicio en la institución, en los términos del artículo 67 letra a) del reglamento 7-31/25 de 1990, afecto a beneficios de inutilidad física de primera clase: a fojas 185 la Resolución N° 230 del Almirante Enrique Larraña Martín, Comandante en Jefe de la Armada, que resolvió declarar la patología del demandante constatada en diciembre de 2009, consecuencia de un accidente del servicio.

De la misma forma obtuvo oficio al Hospital Almirante Neff, para que se remitiera la ficha clínica del demandante, agregado a fojas 144 y en custodia 666-14, en la que aparece la historia médica del demandante, y entre otras anotaciones o constancias: abril 2006 derivado del programa de obesidad por posible hernia epigástrica; 28-8-2006 fractura tobillo derecho; 24-7-2008 derivado a psiquiatría; 23-6-2009 atendido por crisis de pánico ante situación laboral de conflicto; 13-7-2009 intervenido quirúrgicamente tobillo derecho; 29-12-2009 Informe de Comisión de Sanidad de la Armada en que se diagnostica fractura tobillo derecho, osteocondritis de astrágalo, cambios degenerativos de articulaciones de astrágalo, de carácter incipiente; 14-6-2010 intervención quirúrgica tobillo derecho; 17-8-2010 Informe de Comisión de Sanidad, señalando artrosis pie tobillo, sinovitis.

Todos documentos, que no objetados por la contraria y al tenor de los artículos 342 N° 1, 2 y 3, según el caso y lo dispuesto en los artículos 1699 y 1700, hacen plena prueba en contra de la parte demandada de los hechos en ellos consignados.

OCTAVO: Que si bien el actor, no acompañó los antecedentes y elementos que tuvo a su vista la Junta Calificadora al momento de calificar la conducta del demandante, en parte atendido el carácter secreto de sus

actas. De la gran cantidad de antecedentes, la precisión, concordancia y gravedad de los mismos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 426 y 1712 del Código Civil, resultó acreditado que efectivamente al momento de dicha calificación la Junta respectiva, tenía una representación errónea de la situación física del demandante, condición que por lo demás estaba sujeta a calificación de conformidad con el artículo 24 de la Ley N° 18.948 y que en definitiva la llevó a calificarlo en lista 2, por desconocimiento de la patología que presentaba era consecuencia de un accidente del servicio.

Que efectivamente, de la prueba analizada en el motivo anterior, resultó fehacientemente probado haber sufrido el demandante un accidente con ocasión de servicios en el Buque Lynch, los cuales siempre son del servicio, de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley N° 18.948, y del cual debió instruirse I.S.A. conforme lo establece el inciso final del artículo 68 del mismo texto legal, ello, como condición esencial para que los eventuales gastos demandados por la lesión o sus consecuencias sean cubiertos como dispone el artículo 75. Sin embargo, según consta de los documentos analizados, la obligatoria I.S.A. sólo se practicó con posterioridad al acto cuya nulidad se pretende, producto de las reclamaciones del actor, resultando necesario concluir que de haber existido por parte de la Dirección de Personal de la Armada un real conocimiento del origen del detrimento en la capacidad física del demandante, habría adoptado una decisión distinta a la que tomo, resultando el acto viciado con un error esencial respecto de los presupuesto materiales que la habilitaban para la dictación del acto reclamado, violando con ello la ley, particularmente el artículo 81 de la citada Ley, razón por la cual se acogerá en lo resolutive la demanda interpuesta.

NOVENO: Que sin perjuicio de lo anterior, a mayor abundamiento, cabe hacer presente que según consta de la hoja de vida y calificación del demandante, acompañada por la demandada, la cual se encuentra en custodia 494-14, aparecen en ella todas las licencias médicas del demandante entre julio de 2009 y junio de 2010, en total 14 licencias además de una intervención quirúrgica en julio de 2009, sin indicar que se trataba de secuelas de accidente del servicio o que se investigaba aquello en I.S.A., como tampoco aparece que con ocasión de esos antecedentes, tan graves y reiterados, la Junta calificadora ejerciera las facultades previstas en el artículo 104 de la Ley 19.848. En consecuencia, con los antecedentes que tuvo, se realizó la calificación del demandante, siendo evaluado con nota 6,24 e incluido en la parte más baja de la lista 2, de mérito, según aparece en el citado documento.

Que asimismo, cabe destacar que sólo con fecha 02 de febrero de 2011 se dio inicio a la Investigación sumaria administrativa (I.S.A.), para investigar la ocurrencia de un accidente en actos del servicio por parte del demandante Luis Vásquez, por lo cual resulta indiscutible que dichos antecedentes no se encontraron en conocimiento de la junta al momento de la calificación, lo que motivo su errónea decisión, circunstancia que denotó una omisión de parte de la demandada en cuanto a realizar en forma oportuna la citada investigación por mandato legal, sobre todo considerando que dicho accidente se produjo sobre un buque de guerra, circunstancia de la cual se dejó constancia en su bitácora, y si bien durante ese mismo día sólo fue calificado como un esguince del tobillo derecho, a primera hora del día siguiente ya se tuvo la confirmación de tratarse de una fractura, y a pesar de ello no se ordenó instruir I.S.A., denotando con ello una falencia, inexcusable, máxime si se considera la reglamentación en materia de accidentes del trabajo –también persigue la protección de la salud-, en la cual es obligatoria la denuncia, fiscalización e investigación por parte de la Dirección del trabajo, no siquiera comparable con el presente de mucho mayor trascendencia ocurrido a personal activo al interior de un buque de guerra.

DECIMO: Que respecto de la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en el primer otrosí del libelo, atendido lo señalado precedentemente, se dará lugar a la misma, por encontrarse acreditado que la demandada incurrió en falta de servicio, por haber desempeñado sus funciones en forma anormal y deficiente, atendidas las condiciones y recursos con que cuenta, actuando muy tardíamente, provocando con ello perjuicios al actor, en sede extracontractual, lo que aparece de manifiesto de los hechos que se dieron por establecidos, esto es: haber sufrido el demandante un accidente al interior del Buque Lynch, el día 27 de agosto de 2006; que la día siguiente el 28 de agosto de 2006, se constató en el hospital institucional que se trataba de una fractura de tobillo; que el demandante fue intervenido quirúrgicamente de su tobillo en dos ocasiones; que luego del accidente el demandante hizo uso recurrentemente de licencias médicas y terapias quinésicas; que con posterioridad al accidente comenzó a ser calificado en lista 2; que en la hoja de vida del demandante no existía constancia de tratarse de secuelas de un accidente del servicio; que fue incluido en lista de retiro con fecha 23 de noviembre de 2010, y que la I.S.A. para investigar su accidente se instruyó el 2 de febrero de 2011.

En cuanto al lucro cesante demandado, cabe hacer presente que el actor ningún elemento de convicción rindió para acreditar su monto, a pesar de ello, de los medios acompañados por la demandada, consta el Certificado del Jefe del

Departamento de Remuneraciones de la Dirección General del personal de la Armada, en la custodia del tribunal 494-14, que el demandante ajustado sus haberes mensuales a diciembre de 2010, presentaba haberes por la suma de \$752.823 mensuales, habiendo demandado el actor la suma de \$650.000, se estará a esta última para no incurrir en ultra petita. Por otra parte, considerando que la indemnización solicitada por este rubro, no puede significar un enriquecimiento para el actor, se acogerá la misma en la forma que se indicara en lo resolutivo.

Respecto del dolor físico cuya reparación se demanda, considerando que el mismo es anterior al acto reclamado y no consecuencia de éste, ni de una falta de prestaciones médicas de la demandada, ya que según se constató recibió durante su servicio el demandante, serán desestimadas.

Por último, respecto de daño moral demandado, considerando que los hechos acreditados ciertamente debieron producir en el demandante congoja, propia de verse sin su fuente laboral, trancos sus proyectos futuros, disminuido físicamente, circunstancia que fue acreditada, desde que se tuvo presente las múltiples licencias médicas, y tratamiento psicológico por situación laboral de conflicto y crisis de pánico, situación que lo afectó al verse después del accidente calificado reiteradamente calificado en lista 2, y que necesariamente debió agravarse una vez que fue llamado a retiro, se acogerá en esta parte la demanda, estimando dicho daño prudencialmente en la suma de \$15.000.000.-

DECIMO: Que los restantes antecedentes, en nada alteran, que a continuación se decide. En cuanto a las costas, se absolverá a la demandada, por estimar que tuvo motivo plausible para litigar.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, 1698 y siguientes del Código Civil, Ley N°18.848, D.F.L. N° 1, la Ley N° 19.880 y 144, 170 y 253 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

I.- Que **ha lugar** a la demanda principal, interpuesta a fojas 1, por Luis Vásquez Alvarado, en contra del Fisco de Chile, y en consecuencia se declara la nulidad de la Resolución Ordinaria Nro. 1600/0332120293, de fecha 23 de noviembre del año 2010, de la Dirección del Personal de la Armada de Chile.

II.- Que ha lugar a la demanda del primer otrosí, interpuesta a fojas 1, por Luis Vásquez Alvarado, en contra del Fisco de Chile, sólo en cuanto, se declara que la parte demandada deberá pagar al demandante: Por concepto de lucro

«RIT»

Foja: 1

cesante, la suma de \$650.000 mensuales, desde la fecha de presentación de la demanda, hasta la fecha que el demandante, efectivamente perciba todos los beneficios derivados de su inhabilidad física, con reajustes e intereses, que no podrá exceder de la suma demandada en estos autos por dicho concepto; y a título de daño moral, la suma de \$15.000.000 (quince millones de pesos), con reajustes e intereses desde la fecha de ejecutoriada la presente sentencia.

III.- Que no se condena en costas a la demandada.

Regístrese, anótese, notifíquese y oportunamente archívese.

Dictada por **Lino Godoy Órdenes**, Juez Subrogante.

Autoriza **María Ana Franichevic Pedrals**, Secretaria Subrogante.

Se deja constancia que se dio cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del art. 162 del C.P.C. en **Valparaíso, veinticinco de Agosto de dos mil catorce**