

# El empleado a contrata “mientras sean necesarios sus servicios”. Una interpretación jurisprudencial de espaldas a la Ley N° 19.880

---

## Comentario de jurisprudencia

---

Alejandro Cárcamo Righetti\*

### Introducción

El empleo a contrata constituye un mecanismo de contratación de personal que la Administración del Estado utiliza profusa y permanentemente con la finalidad de cubrir las necesidades o contingencias propias de la función administrativa, que no logran ser satisfechas adecuadamente con el personal de la planta del respectivo servicio, plantas de personal que al ser materia propia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República –artículo 65 inciso 4° N° 2 Carta Fundamental–, suelen ser estables y, por lo tanto, excesivamente rígidas.

Ha dictaminado el Organismo Contralor, “que la finalidad del empleo a contrata es complementar el conjunto de cargos permanentes que forman la planta de personal de un Servicio, según lo requieran las necesidades de este”<sup>1</sup>.

En efecto, la Administración Pública, con el paso del tiempo, ha ido asumiendo cada vez mayores compromisos y tareas en pos del interés general, cúmulo de funciones que deben ser cumplidas adecuadamente, frente a una cada vez más demandante y empoderada ciudadanía. Pues bien, esta necesidad es una de las principales causas que explican la amplia utilización de los empleos a contrata como mecanismo de provisión de personal en la Administración del

---

\* Abogado Universidad de Talca; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca. Profesor Derecho Administrativo Universidad Diego Portales (Santiago, Chile) y del Magíster en Derecho LLM Pontificia Universidad Católica de Chile (Santiago, Chile). Correo electrónico: alejandro.carcamo@mail.udp.cl

Recibido el 7 de octubre y aceptado el 28 de diciembre de 2015.

<sup>1</sup> Dictamen N° 15.040 (1991).

Estado, superándose, en la mayor parte de los casos, los límites máximos de empleados a contrata permitidos por la ley<sup>2</sup>.

De conformidad con lo prescrito en el artículo 3° literal c) de la Ley N° 18.834, el empleo a contrata, es definido como aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución. Por su parte, el artículo 5 letra f) de la Ley N° 18.883, dispone que el empleo a contrata es aquel de carácter transitorio que se contempla en la dotación de una municipalidad.

De la definición revisada aparece como una característica esencial a este tipo de funcionarios públicos, la transitoriedad o temporalidad de su empleo o cargo. En efecto, por expresa disposición legal, los empleos a contrata expiran, irremediablemente, por el advenimiento de la fecha fijada en la respectiva contrata por la autoridad o, en su defecto, por la señalada en la ley. Contraloría General de la República, ha reconocido en su jurisprudencia “la naturaleza transitoria de estos desempeños”<sup>3</sup>. Lo anterior, deja en evidencia que las contrataciones no forman parte de la organización estable del Servicio, dado la fugacidad en el desempeño de funciones.

### I. Regulación legal de los empleos a contrata

El artículo 10 de la Ley N° 18.834 y el artículo 2° de la Ley N° 18.883, preceptos que regulan, en sus respectivos ámbitos de aplicación, los empleos a contrata, prescriben que los mismos durarán, como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año, fecha en la cual, expirarán por el solo ministerio de la ley, salvo que haya sido propuesta su prórroga con, a lo menos, treinta días de anticipación. “Esta duración máxima es un límite que concuerda con la disponibilidad de fondos establecida anualmente en la Ley de Presupuestos del Sector Público”<sup>4</sup>.

Así, la prórroga se constituiría como una renovación de la contratación y no como una nueva contrata<sup>5</sup>, lo que justificaría –en nuestra opi-

<sup>2</sup> No obstante lo consignado, es dable advertir que anualmente existen autorizaciones de carácter legal que permiten a casi la totalidad de los órganos administrativos y servicios públicos exceder el límite máximo de empleos a contrata. En efecto, de conformidad con el Dictamen N° 77.851 (2014), las últimas leyes de presupuesto del sector público, incluyendo la Ley N° 20.713, correspondiente al año 2014, han dispuesto que no regirá la limitación contenida en el inciso segundo del artículo 10 de la Ley N° 18.834.

<sup>3</sup> Dictamen N° 9.287 (1990); Dictamen N° 12.696 (1993).

<sup>4</sup> CASTILLO 2006, 185.

<sup>5</sup> Dictamen N° 36.749 (2000); Dictamen N° 44.892 (2000).

nión— que las contrataciones deben materializarse por decretos afectos a toma de razón<sup>6</sup>, pero no así las prórrogas<sup>7</sup>.

De lo anterior se desprende que si nada se ha señalado en el acto de nombramiento, este cesa en su cargo en fecha 31 de diciembre, por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de acto declarativo especial, siendo jurídicamente admisible, que en el respectivo acto administrativo se contenga una fecha anterior para la expiración del empleo, pero en caso alguno, superior al 31 de diciembre del respectivo año<sup>8</sup>. Si nada se ha expresado en el acto de nombramiento, en nuestra opinión, la autoridad se encuentra impedida de cesar anticipadamente la contrata.

También ha sido aceptado uniformemente por la Contraloría General de la República<sup>9</sup>, el que, en el acto de nombramiento, los servicios incluyan la cláusula o mención "...mientras sean necesarios sus servicios" u otras análogas, las que permitirían poner término en cualquier tiempo a la contrata, según las necesidades del órgano, cuestión que evidentemente debe ser apreciada y calificada discrecionalmente por la jefatura respectiva facultada para efectuar el nombramiento, ya que nos encontraríamos dentro del ámbito de atribuciones propias de la Administración activa, decisión de mérito, oportunidad o conveniencia, que no puede ser controlada por la Contraloría General de la República —artículo 21 B de la Ley N° 10.336—.

En la Ley N° 18.834, las causales de cesación de funciones se encuentran expresamente establecidas en el Título VI, siendo una de ellas, conforme al artículo 146 literal f), el término del período legal por el cual se es designado, siendo dicha causal, la que opera, en el caso de los empleados a contrata de la Administración Pública. No obstante lo anterior, dicha causal de terminación del empleo público, no se encuentra prevista en el artículo 144 de la Ley N° 18.883, disposición que contempla solo seis causales, de idéntico tenor a las contempladas en la Ley N° 18.834, con exclusión de la consignada precedentemente. En este último caso, dado la omisión legislativa, nos parece que la causal de terminación de los empleados a contrata se podría desprender de lo prescrito en el inciso tercero del artículo 2° de la Ley N° 18.883.

<sup>6</sup> Aspecto, actualmente, regulado detalladamente en la Resolución N° 1600, de 2008, de la Contraloría General de la República, fija normas sobre exención del trámite de toma de razón.

<sup>7</sup> Dictamen N° 13.261 (1992); Dictamen N° 1.796 (1994); Dictamen N° 3.861 (1994).

<sup>8</sup> Dictamen N° 1.932 (1993); Dictamen N° 29.969 (1994); Dictamen N° 7.670 (2000); Dictamen N° 21.026 (2000); Dictamen N° 22.209 (2003).

<sup>9</sup> Dictamen N° 680 (1991); Dictamen N° 6.902 (1992); Dictamen N° 17.292 (1997); Dictamen N° 42.666 (2000); Dictamen N° 41.044 (2001); Dictamen N° 41.663 bis (2001); Dictamen N° 39.562 (2005).

Sin perjuicio de todo lo anterior, pese a que ni la Contraloría General de la República, ni los Tribunales de Justicia, ni la Doctrina han cuestionado la legalidad o la legitimidad de este tipo de cláusulas que, incorporadas en el acto de nombramiento, permiten el cese anticipado de las contrata, lo cierto es que siguiendo un criterio de interpretación restrictivo de las normas del derecho administrativo<sup>10</sup>, lo que resulta procedente en virtud del artículo 7° inciso segundo de la Constitución, nos parece a lo menos dudosa la conclusión a que se ha arribado en la determinación del sentido y alcance de los artículos 10 y 2° de las Leyes N° 18.834 y 18.883, respectivamente, ya que solo aplicando un criterio extensivo de hermenéutica es posible comprender como plenamente legales dichas estipulaciones, siendo que el legislador no las reconoce expresamente. El anterior cuestionamiento, cobra mayor fuerza, si se considera que la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios” u otra equivalente, se introducen desmejorando la posición jurídica del funcionario a contrata, vale decir, en caso alguno se le favorece a través de ella.

Finalmente, cabe hacer presente que en el año 2006, ingresó a trámite legislativo un proyecto de ley que tuvo su origen en una moción que “Modificaba el sistema para prorrogar empleos a contrata en el sector público” (Boletín N° 5.281-06<sup>11</sup>), mediante el cual se introducían reformas a las Leyes N° 18.834 y 18.883.

En lo relativo al Estatuto Administrativo –Ley N° 18.834–, el proyecto pretendía introducir la enmienda consistente en reemplazar el inciso primero del artículo 10, por otro que señale que las contrata deben fijar plazo de duración, no pudiendo exceder del 31 de diciembre, entendiéndose automáticamente prorrogadas, por el solo ministerio de la ley, hasta el 31 de diciembre y así sucesivamente a menos que con un plazo no inferior a 30 días se notifique de su no renovación.

## II. Aporte normativo de la Ley N° 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado –en adelante, Ley N° 19.880–

Con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880, se colmó un sensible vacío normativo existente en el ordenamiento jurídico administrativo chileno, en lo relativo a las bases de los procedimientos administrativos que debían regular la dictación de los actos de la Administración del Estado, asunto que por imperativo constitucional, es materia propia de

<sup>10</sup> PANTOJA 2007, 98-101.

<sup>11</sup> En la actualidad, dicho proyecto de ley se encuentra en segundo trámite constitucional ante el Senado.

ley –artículo 63 N° 18 Carta Fundamental–. Como lo sostiene el profesor Luis Cordero, "la exigencia constitucional de que la ley fije las "bases" de los procedimientos administrativos es una garantía en beneficio de los ciudadanos"<sup>12</sup>, ya que se asegura a los administrados un trato igualitario ante los órganos de la Administración del Estado, teniendo en consideración que "el procedimiento administrativo debe servir de base a la composición de variados intereses"<sup>13</sup>.

Según lo estatuido en el artículo 1°, el procedimiento en ella contemplado tiene la característica de ser general, aplicándose en todas aquellas materias en que no se contempla un procedimiento administrativo especial. Además, y como consecuencia de ser un procedimiento general, es supletorio, aplicándose en todos aquellos aspectos no regulados por un procedimiento especial.

Pues bien, en lo que nos interesa para el desarrollo de nuestro trabajo, el inciso 2° del artículo 11 de la Ley N° 19.880, dispone que los actos administrativos desfavorables, deben siempre contener fundamentos de hecho y de derecho.

Por su parte, el artículo 41, referido al contenido de la resolución final por medio de la cual se pone término a un procedimiento administrativo, en su inciso cuarto, dispone que las resoluciones contendrán la decisión final, la que será fundada.

La Contraloría General de la República ha consignado que los actos administrativos desfavorables deben ser fundados<sup>14</sup>. Esto ratifica que los actos administrativos deben estricta sujeción al principio de juridicidad, encontrándose sometidos siempre al cumplimiento de los requisitos y límites que el ordenamiento jurídico establece, siendo uno de ellos, la expresión de sus fundamentos.

La Ley N° 19.880, exige imperativamente, en el artículo 11 inciso segundo, que todo acto administrativo desfavorable, vale decir, aquel que afectare derechos de los particulares, sea que los amenace, limite, restrinja, perturbe o prive su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos, siempre cuenten con motivación, es decir, con la expresión, por escrito en el mismo acto, de los fundamentos de hecho y de derecho en virtud de los cuales se adopta la decisión. Misma exigencia parece desprenderse, para todo acto administrativo terminal, del inciso cuarto del artículo 41 del mismo cuerpo normativo. "Debe tenerse en cuenta que en toda actuación la Administración Pública debe actuar razonable, proporcionada y legalmente

<sup>12</sup> CORDERO 2008, 341.

<sup>13</sup> CORDERO 2008, 345.

<sup>14</sup> Dictamen N° 57.212 (2014).

habilitada..."<sup>15</sup>, cobrando en ese orden de ideas, especial relevancia la expresión de los motivos en los actos administrativos.

Lo anterior parece de justicia, bajo la lógica de que un acto administrativo terminal y/o desfavorable, requiere del acertado entendimiento de su destinatario, ello, para comprender los motivos racionales que llevan a la autoridad a adoptar la decisión y, en su caso, para ejercer el correspondiente derecho a impugnación, ya sea en sede administrativa o judicial. Y es que todo acto administrativo debe tener motivos –fundamentos de hecho y de derecho que justifican su dictación–, ya que de lo contrario, al carecer de ellos, derivaría inmediata e irremediablemente en un acto arbitrario, dictado por la mera voluntad o el capricho, pero solo en aquellos desfavorables, se hace imprescindible estampar dichos motivos en el acto. “Frente a la inexistencia o error en los motivos del acto administrativo, en particular de los motivos de hecho, la resolución adolecerá de un vicio de abuso o exceso de poder y podrá ser tachada de arbitraria”<sup>16</sup>.

Nuestros tribunales de justicia entienden que el exceso de poder, es aquel que se produce cuando el órgano administrativo al ejercer una potestad administrativa, exorbita su competencia, ejerciéndola fuera de los límites de su real potencial jurídico<sup>17</sup>.

Finalmente, cabe precisar que la exigencia de motivación impuesta por la Ley N° 19.880, es categórica y terminante, respecto de los actos administrativos terminales y/o desfavorables –artículos 41 y 11, respectivamente–, no distinguiendo el legislador, si el acto es de naturaleza reglada o discrecional.

### III. Naturaleza del acto administrativo que pone término anticipado a un empleo a contrata. El pronunciamiento de la jurisprudencia administrativa

Teniendo presente el análisis precedente, cabe preguntarnos respecto de la naturaleza jurídica que reviste un acto administrativo, decreto o resolución, por medio del cual se pone término anticipado a una contrata que ha sido dispuesta bajo la cláusula “...mientras sean necesarios sus servicios” u otra equivalente.

Compartimos el criterio sustentado por el Organismo Contralor<sup>18</sup>, en lo referente a que quien debe apreciar y, en definitiva, determinar

<sup>15</sup> BERMÚDEZ 2014, 149.

<sup>16</sup> BERMÚDEZ 2014, 150.

<sup>17</sup> *López Friedly y otros con Inspección Provincial del Trabajo de Concepción* (1998).

<sup>18</sup> Dictamen N° 15.040 (1991); Dictamen N° 14.120 (1993); Dictamen N° 12.752 (1997); Dictamen N° 45.794 (1998); Dictamen N° 9.998 (1999); Dictamen N° 29.914 (1999);

la necesidad de la continuación o no de los servicios contratados bajo la modalidad de empleo a contrata, es la jefatura respectiva del órgano de administración, ya que dicha decisión, obedece a una cuestión de mérito, en principio, exclusiva y privativa del mismo. Es decir, nos encontramos frente a una decisión de naturaleza discrecional, ya que el legislador confiere una amplia latitud de apreciación de las circunstancias de hecho para el ejercicio de la potestad.

No obstante todo lo anterior, no cabe confundir la existencia de un acto administrativo discrecional –cuyo mérito no es controlable por el Organismo Contralor como fue antes revisado–, con la existencia de un acto administrativo terminal y/o desfavorable, ya que es precisamente respecto de esta última categoría de actos, en los cuales el legislador exige la motivación –artículo 11, inciso segundo, Ley N° 19.880–.

Un acto administrativo que pone término anticipado a una contrata es discrecional para la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, ya que aprecia con libertad la necesidad de los servicios, pero consideramos que también, desde la perspectiva del destinatario del mismo, es un acto administrativo que responde a la categoría de acto desfavorable, ya que por medio de él, se priva, de manera anticipada a lo dispuesto por la ley –artículo 10 Ley N° 18.834 y artículo 2 Ley N° 18.883–, del cargo público que se desempeña en dicha calidad, sin que el Estatuto Administrativo contemple pago de indemnizaciones para el caso de término de contratas dispuestas bajo la fórmula "...mientras fueren necesarios sus servicios"<sup>19</sup>.

Así las cosas, es efectivo que la Contraloría no puede examinar el mérito de la decisión –la naturaleza de los fundamentos esgrimidos–, pero sí puede –y creemos debe– controlar el que el acto respectivo, contenga en su texto, los fundamentos de hecho y de derecho, ya que dicha cuestión, se constituye en un control de legalidad y no de mérito, específicamente, en cuanto al cumplimiento de lo previsto en los artículos 11 inciso segundo y 41 inciso cuarto de la Ley N° 19.880.

A mayor abundamiento, resulta plenamente aplicable para reforzar la tesis que venimos desarrollando, el artículo 8° inciso segundo de la Constitución, en cuanto prescribe: "Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen"; como también lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 13 de la Ley N° 18.575, y en el inciso primero del artículo 16 de la Ley N° 19.880, todas normas que reconocen el principio de publicidad y transparencia en la Administración Pública<sup>20</sup>,

---

Dictamen N° 49.574 (1999); Dictamen N° 32.412 (2000); Dictamen N° 39.562 (2005).

<sup>19</sup> Dictamen N° 7.289 (1991); Dictamen N° 38.708 (1998).

<sup>20</sup> FERNÁNDEZ 2006, 1-22.

las cuales, como fue advertido por la doctrina nacional, han venido a generar una transformación del derecho público<sup>21</sup>. Adicionalmente, debemos considerar la regulación proporcionada por la reciente Ley N° 20.285, de 2008, la cual trata en su articulado precisamente el derecho de acceso a la información pública. Estos principios y su regulación constituyen “elementos que no se pueden dejar de lado o en un lugar secundario si se pretende combatir eficazmente la corrupción, preservar las instituciones y entender la democracia como un verdadero proceso participativo”<sup>22</sup>.

Así, la vinculación que existe entre la motivación de los actos administrativos y el principio de publicidad y transparencia de la función pública es estrecha. Lo anterior, dado que no es posible dar cumplimiento a los mandatos que impone dicho principio y su regulación legal –es decir, se hace imposible someter a un escrutinio público el respectivo acto–, cuando nos encontramos frente a una decisión administrativa que oculta o disfraza los fundamentos de hecho o de derecho en virtud de los cuales se emite, los que en atención a las normas antes citadas deben ser públicos.

Cuestionables resultan entonces, pronunciamientos del Organismo Contralor, en los cuales se ha sostenido que en las contrataciones dispuestas con cláusula “mientras sean necesarios sus servicios”, la autoridad puede ponerles término cuando lo estime conveniente, constituyendo la cláusula en sí misma, fundamento suficiente para terminar la designación<sup>23</sup>.

Así, discrepamos rotundamente de la jurisprudencia administrativa en la que invariablemente se ha negado a emitir pronunciamiento sobre la ilegalidad en que incurren los Servicios Públicos y otros órganos de la Administración del Estado, al poner término a contrataciones anticipadamente, dispuestas bajo la cláusula “...mientras sean necesarios sus servicios” u otra equivalente, sin especificar el motivo o razón de hecho, en virtud del cual, los servicios del funcionario, dejan de ser realmente necesarios, dando paso a la arbitrariedad, a la irracionalidad o al capricho de las autoridades de turno, lo que pugna con lo dispuesto en diversos preceptos de la Constitución Política de la República –artículo 19 N° 2; artículo 19 N° 16; artículo 19 N° 22 y artículo 20, disposiciones de las cuales se desprende que la antijuridicidad para el constituyente, no se encuentra limitada solo a la ilegalidad, sino que también se extiende a la arbitrariedad–.

<sup>21</sup> ALLESCH y OBANDO 2005, 35-39.

<sup>22</sup> VIVANCO 2008, 391.

<sup>23</sup> Dictamen N° 56.445 (2008); Dictamen N° 48.621 (2010); Dictamen N° 52.931 (2012); Dictamen N° 68.032 (2013); Dictamen N° 85.297 (2013).



Como ha sido destacado por el profesor Alejandro Vergara refiriéndose al control judicial de la discrecionalidad administrativa, este "...no puede ni debe significar introducirse en la entraña de la decisión discrecional, sino solo verificar la existencia de los motivos que tuvo la administración para obrar, y si ellos son legítimos, validar tal acto, en caso de impugnación"<sup>24</sup>. Consideramos que dicha tesis, resulta plenamente aplicable al control que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República.

Este cuestionable criterio jurisprudencial sostenido en el tiempo por el Organismo Contralor, hace ilusorio el control de la discrecionalidad administrativa, ya que frente al término anticipado de una contrata en que esta lo permite, es imposible verificar la efectiva ocurrencia de los hechos determinantes en virtud de los cuales se adopta la decisión, lo que facilita la consumación de vicios de desviación de poder, es decir, el que la autoridad invoque la falta de necesidad de los servicios –ajustándose a la legalidad formal–, cuando en realidad la intención subjetiva de la misma es remover a un funcionario por otra finalidad.

Si bien hasta el año 2003 podrían haber existido dudas interpretativas al respecto, nos parece que desde la entrada en vigor de la Ley N° 19.880, las dudas quedaron totalmente disipadas, lo que debió motivar un giro en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, cuestión que a la fecha, no ha acontecido.

#### IV. El pronunciamiento de la jurisprudencia judicial

Frente a la imposibilidad de encontrar una respuesta ajustada a derecho ante la Contraloría General de la República, lo que ha generado la total indefensión de los funcionarios públicos empleados a contrata, han proliferado las acciones constitucionales de protección deducidas ante nuestros tribunales superiores de justicia para remediar dicha situación –alegando, mayoritariamente, afectación de las garantías de los numerales 2° y 24° del artículo 19 de la Constitución–, recursos que han corrido dispar suerte, aunque en su mayoría, han sido rechazados, pareciendo ser que hace algún tiempo, la jurisprudencia de la tercera sala de la Corte Suprema se ha ido alineando –salvo contadas excepciones–, en orden a que no resulta exigible la motivación de un acto administrativo terminal y/o desfavorable, que pone término anticipado a una contrata, coincidiendo, desde dicha perspectiva, con la uniforme jurisprudencia de la Contraloría General de la República, lo que implica no observar lo dispuesto por la Ley N° 19.880 sobre la materia.

En efecto, de los pronunciamientos de nuestras Cortes de Apelaciones, se puede colegir la existencia de un criterio errático, ya que en

<sup>24</sup> VERGARA 2002, 347.

algunos casos son acogidos<sup>25</sup> los recursos de protección interpuestos por funcionarios a los que se les ha cesado infundadamente en funciones mediante el uso de la cláusula en comento, mientras en otros casos, han sido rechazados<sup>26</sup>.

No obstante lo anterior, cabe consignar que, durante el último tiempo, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, se ha pronunciado prácticamente de manera uniforme en el sentido de rechazar los recursos deducidos, entendiendo que la precariedad de las contrataciones, no hace necesario fundamentar el acto de cese anticipado, encontrándose legalmente facultada la autoridad para adoptar dicha decisión.

A continuación, revisaremos a modo meramente ejemplar dos pronunciamientos emitidos por nuestros tribunales de justicia, en lo relativo a recursos de protección interpuestos por funcionarios públicos, empleados a contrata, cuya forma de contratación ha sido objeto de un cese anticipado en virtud de la disposición "...mientras sean necesarios sus servicios", sin fundamentarse por la autoridad debidamente la decisión. Estos grafican los principales argumentos que tanto a favor como en contra han sido utilizados por nuestra jurisprudencia judicial.

El 19 de junio de 2012, la Corte de Apelaciones de Santiago, en recurso de protección Rol N° 9.556-2012, se pronunció acogiendo la pretensión de la recurrente, señalando que, "...es pertinente en la especie la norma del artículo 10 del Estatuto Administrativo, que esa misma resolución cita en sus fundamentos de derecho, en la parte que dispone que los empleados a contrata durarán en sus servicios hasta el 31 de diciembre de cada año, y lo es, además, el artículo 41 de la Ley N° 19.880..., el que ordena que debe ser fundada toda decisión del ámbito de las atribuciones propias de esta. En consecuencia, es ilegal la exoneración del recurrente..., funcionario a contrata –aún caracterizados estos empleados por la transitoriedad de sus funciones– antes del término del período en que vence su contratación, pues, no media justificación legal, esto es, la desvinculación anticipada está desprovista de motivos, los que deben consistir en hechos que sirvan de base para ella. Además, como ocurre en este caso, si del examen "ad visu" de la resolución recurrida se aprecia que ella carece de motivos que la justifiquen, esta deviene en que, además de ilegal es arbitraria, en tanto, no se descubre la racionalidad de la misma, debido precisamente a la falta de fundamentación. Y, de esa forma, respecto del cargo a contrata que el recurrente tiene, la resolución en análisis vulnera el derecho de propiedad que le garantiza el N°

<sup>25</sup> *Miranda con Fuentes* (2014); *Valenzuela con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol* (2012).

<sup>26</sup> *Fuenzalida con Subsecretaría de Hacienda* (2012); *Retamales con Dirección General de Aeronáutica Civil* (2014).

24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, agravio que se ha producido en tanto su desafectación anticipada del cargo que ha servido, no ha obedecido a una causa legal o al menos a una consecuencia justificada, desde que la propia autoridad determinó en la contrata la oportunidad legal para prorrogarla o ponerle término" (Considerando 5º)<sup>27</sup>.

La anterior decisión, fue confirmada por la Corte Suprema en fecha 2 de octubre de 2012, en autos Rol N° 5.509-2012. En voto concurrente a la confirmatoria, el Ministro Suplente señor Cerda, expuso que no es razonable una decisión que identifica el término legal "como máximo", con el mero arbitrio del empleador<sup>28</sup>.

El 6 de agosto de 2012, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en recurso de protección Rol N° 768-2012, se pronuncia acogiendo la acción cautelar interpuesta<sup>29</sup>, no obstante, la Corte Suprema en autos Rol N° 6326-2012, revoca la sentencia de primera instancia, rechazando el recurso de protección, con los votos en contra de los Ministros señores Muñoz y Cerda<sup>30</sup>.

Sostiene la Corte Suprema en la sentencia de segundo grado, que "...no existe discusión en cuanto a que respecto a la duración de la contrata de la reclamante se incorporó la frase "...o hasta cuando sus servicios sean necesarios" (Considerando 2º). "Que la cláusula anterior está en armonía con el carácter que tienen los empleos a contrata o a honorarios. En efecto, la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo, en su artículo 3º, luego de definir la planta de personal de un servicio público como el conjunto de cargos permanentes asignados por ley a cada institución, al tratar los empleos a contrata señala que son aquellos de carácter transitorio que se consultan en la dotación de una institución. Enseguida, el mismo texto legal determina en su artículo 10, en relación a la permanencia de esta última clase de cargos, que los empleos a contrata durarán, como máximo, solo hasta el 31 de diciembre de cada año y quienes los sirvan expirarán en su funciones en esa fecha por el solo ministerio de la ley; esto es, figura implícita la facultad de la autoridad para poner término a las funciones del empleado a contrata antes de la fecha recién indicada" (Considerando 3º). "Que es posible considerar entonces que la cláusula referida ha sido usada para permitir en esta clase de nombramientos la existencia de un período de vigencia que sea inferior al que le restare al empleo para finalizar el año en

<sup>27</sup> Valenzuela con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (2012).

<sup>28</sup> Valenzuela con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (2012).

<sup>29</sup> Waghorn con Gobernación de la Provincia de Valparaíso (2012).

<sup>30</sup> Waghorn con Gobernación de la Provincia de Valparaíso (2012).

que los servicios recaigan" (Considerando 4º). "Que de lo que se viene de consignar se colige que la autoridad administrativa denunciada se encontraba legalmente facultada para cesar los servicios a contrata de la recurrente, servicios cuya principal característica es la precariedad en su duración, supeditada a las necesidades de la entidad empleadora, de manera que al acudir la recurrida precisamente a esta causal solo ha hecho uso de la facultad antes descrita. En esas condiciones, no era menester una mayor fundamentación" (Considerando 5º)<sup>31</sup>.

Finalmente, el 12 de mayo de 2014, la Corte de Apelaciones de Santiago, en recurso de protección Rol N° 127.951-2013, se pronunció a favor de la pretensión de la recurrente<sup>32</sup>. Deducido recurso de apelación en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte Suprema la revocó –Rol N° 11.628-2014–, rechazando el recurso de protección interpuesto<sup>33</sup>.

Así, diversos han sido los criterios de nuestros tribunales superiores de justicia al resolver los recursos de protección interpuestos por funcionarios a contrata que son cesados en sus funciones invocando la causal "...mientras sean necesarios sus servicios", sin que la autoridad motive la decisión.

No obstante lo anterior, durante el último tiempo, vislumbramos una cierta uniformidad de criterio en la tercera sala de nuestra Corte Suprema, en el sentido de rechazar los recursos de protección deducidos, manifestándose un yerro en la argumentación que conduce inexorablemente a una desacertada decisión, ya que lo cuestionado por los recurrentes –y por el autor en esta publicación–, no ha sido la existencia y legitimidad de la facultad legal de la autoridad para cesar anticipadamente el empleo a contrata dispuesto bajo la tantas veces mencionada cláusula –aunque creemos podría serlo–, sino que la ausencia de motivación, en lo que refiere a los aspectos fácticos, que justifican el cese anticipado, interpretación judicial que no considera las exigencias de la Ley N° 19.880, configurándose una vulneración de la garantía de igualdad ante la ley y de la no discriminación arbitraria.

En efecto, lo que sostiene la más reciente jurisprudencia de la tercera sala de la Corte Suprema para fundamentar el rechazo de los recursos de protección deducidos, en cuanto a que, habiendo sido dispuesta la contrata con la cláusula "...mientras sean necesarios sus servicios", la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, detentaría la atribución legal de cesar los servicios anticipadamente, no es lo que

<sup>31</sup> *Waghorn con Gobernación de la Provincia de Valparaíso* (2012).

<sup>32</sup> *Miranda con Fuentes* (2014).

<sup>33</sup> *Miranda con Fuentes* (2014).

está en discusión, ya que apunta a un aspecto distinto, no controvertido mayormente por los recurrentes.

Lo que se cuestiona, y que por lo demás, no queda aclarado con la deficitaria argumentación de la Corte, es que la autoridad administrativa, obviando disposiciones expresas de la Ley N° 19.880, no fundamenta adecuadamente, no motive en los hechos y en el derecho, el ejercicio de su potestad administrativa, en orden a poner término anticipado a la contrata, por ya no ser, supuestamente, necesarios los servicios del empleado.

Nos parece que un decreto o resolución que pone término a una contrata anticipadamente, utilizando la expresión "mientras sean necesarios sus servicios", sin que se exprese el por qué han dejado, de un momento a otro, de ser necesarios, implica irremediamente que dicho acto administrativo carece de motivos, falta de fundamentación en la actuación administrativa que impide que el afectado por el acto, pueda conocer o desentrañar las reales o verdaderas razones que se tuvieron en consideración para poner término a la contrata. Dicha falta de fundamentación, aceptada por la jurisprudencia administrativa y judicial, contradice expresamente nuestro ordenamiento jurídico administrativo, sin observar que con dicho criterio, se facilita la desviación de fin en el ejercicio de la función pública, transformándose la facultad discrecional de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, en arbitraria.

Así, no podría sustentarse seriamente, que la sola circunstancia de consignar en el acto administrativo, el término de la contrata "por ya no ser necesarios los servicios del empleado", es motivación suficiente. Lo anterior creemos, sería equivalente a afirmar, en la actualidad, que el solo hecho de señalar en la carta de despido de un trabajador regido por el Código del Trabajo, que se pone término a su contrato en virtud del artículo 161, "por necesidades de la empresa", satisface el estándar de justificación del mismo.

"Por ello es que la fundamentación como requisito de validez del acto administrativo que es (puesto que incide en materia de "competencia"), no se cumple con cualquier fórmula convencional, de cliché, o banal. La fundamentación ha de ser "suficiente", en cuanto debe dar razón y dar cuenta exacta del iter o camino lógico/racional que lleva el autor del decreto o resolución a adoptar la decisión, la cual significa dar solución efectiva y concreta a una necesidad pública específica que el legislador ha puesto a su cargo"<sup>34</sup>, única forma de garantizar y controlar el adecuado y correcto uso de las atribuciones conferidas a un órgano público.

---

<sup>34</sup> SOTO 2010, 396.

Finalmente, resulta interesante destacar, que durante el último tiempo, los funcionarios públicos designados a contrata en sus respectivos cargos, han recurrido a los Juzgados del Trabajo a través de la acción de tutela de derechos fundamentales contemplada en el artículo 489 del Código del Trabajo, lo que ha suscitado una compleja cuestión en cuanto a determinar si estos son competentes para conocer de dichas acciones, con ocasión del término anticipado de las contrata.

Estas acciones han dado lugar con posterioridad, a recursos de unificación de jurisprudencia –dos hasta marzo de 2014<sup>35</sup>–, de los cuales era posible colegir, que los Juzgados Laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos fundamentales incoada por una funcionaria pública designada en calidad de contrata<sup>36</sup>.

No obstante lo anterior, el 30 de abril de 2014, la Corte Suprema, variando su jurisprudencia anterior, en autos Rol N° 10.972-2013<sup>37</sup>, estimó que los Juzgados del Trabajo sí eran competentes para conocer de acciones de tutela de derechos fundamentales promovidas por funcionarios públicos, lo que ha abierto una nueva posibilidad de revisión judicial de aquellos casos en que empleados a contrata, sean cesados injustificadamente, con violación de derechos fundamentales, en sus cargos.

## Conclusiones

De conformidad a todo lo antes analizado en este trabajo, nos parece que a partir de la entrada en vigor de la Ley N° 19.880, es imperativo el que los órganos de la Administración del Estado, al poner término anticipado a un empleo a contrata, encontrándose dispuesto bajo la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios” u otra análoga, deban exponer en el texto de la resolución o decreto, los fundamentos, tanto de derecho como de hecho, estos últimos, referidos específicamente a los motivos por los cuales los servicios se transforman, de un momento a otro, en innecesarios.

Adicionalmente, nos parece sumamente criticable la postura asumida al respecto por la Contraloría General de la República, ya que si alguna duda interpretativa existía en forma previa a la dictación de la Ley N° 19.880, con su entrada en vigencia, ellas quedaron disipadas, no habiendo, hasta la fecha, variado o actualizado su jurisprudencia

<sup>35</sup> *Castillo con Intendencia Regional de la Araucanía* (2011); *Gasca con Gobernación Provincial de Valparaíso* (2012).

<sup>36</sup> Poder Judicial, Corte Suprema, Dirección de Estudios, Análisis y Evaluación 2014, 12-13.

<sup>37</sup> *Bussenius con Central Nacional de Abastecimiento* (2014).

administrativa, en cuanto a no emitir pronunciamiento frente a la manifiesta ilegalidad y arbitrariedad que implica el no fundamentar un acto desfavorable que pone término anticipado a una contrata. Con ello, no estamos criticando la existencia y legitimidad de la facultad –la que nos parece dudosa–, ni tampoco nos estamos refiriendo a calificar los fundamentos esgrimidos por la autoridad administrativa, ya que lo primero, es una cuestión que podría desprenderse del ordenamiento jurídico y, lo segundo, es una cuestión de mérito, sino que nuestro reproche va encaminado a la negativa de constatar la efectiva expresión de los motivos en el acto administrativo, lo que es una cuestión totalmente diversa, y ya no de mérito, sino que de legalidad.

Más preocupante aún, nos resulta que en la actualidad, luego de algunas vacilaciones en la jurisprudencia judicial de nuestros tribunales superiores de justicia, pareciera uniformarse el criterio de la tercera sala de la Corte Suprema, rechazando los recursos de protección que se deducen por los funcionarios públicos afectados, bajo similar premisa a la esbozada por la jurisprudencia administrativa, en cuanto a que dicha facultad y decisión sería privativa y exclusiva de la autoridad facultada para efectuar el nombramiento –no controlable–, dada la precariedad de los empleos a contrata, no vislumbrándose ilegalidad ni arbitrariedad en el proceder de los órganos de la administración pública –salvo contadas excepciones–.

Hemos de esperar un pronto cambio de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría, adecuando los criterios hasta ahora pronunciados en la materia a la Ley N° 19.880, y, asimismo, se enmiende el rumbo de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, haciendo una aplicación efectiva de las disposiciones de la Ley N° 19.880 en relación con el artículo 19 N° 2 de la Constitución, ya que nos parece que es urgente, producir un atajo a la arbitrariedad e ilegalidad con que en muchos casos se pone término a los empleos a contrata, ya por motivos de simpatía, de partidismo político, de obediencia irreflexiva o, realmente, por transformarse en servicios innecesarios.

No es dable olvidar que la discrecionalidad, en caso alguno, es sinónimo de arbitrariedad, aunque lamentablemente, la falta de control administrativo y judicial en esta específica materia, los está transformando en concepto análogos.

### Bibliografía citada

- ALLESCH, Johann y OBANDO, Iván (2005): "Aproximación Dogmática y Jurisprudencial a los Principios de Transparencia y Publicidad de los Actos e Información Administrativa", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, Semestre II, pp. 31-88.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters) 794 pp.

- CASTILLO, Eduardo (2011): "Regulación Jurídica del término del empleo a contrata en la Administración Pública", en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N° 2, pp. 181-196.
- CORDERO VEGA, Luis (2008): "El Procedimiento Administrativo: Desarrollo y Perspectivas", en: Pantoja Bauzá, Rolando [coord.], *Derecho Administrativo 120 Años de Cátedra* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 325-355.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2006): "El Principio Constitucional de Publicidad". Disponible en: [http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el\\_principio\\_constitucional\\_de\\_publicidad.pdf](http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/el_principio_constitucional_de_publicidad.pdf) [fecha de consulta: 9 Diciembre 2015].
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2007): *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 145 pp.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2010): *Derecho Administrativo Temas Fundamentales* (Santiago, AbeledoPerrot) 862 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2002): "La Motivación de los Actos Administrativos". Disponible en: <http://www.vergarablanca.cl/Publicaciones/II.%20Derecho%20Administrativo/AVB%2011%2011%202002%20ADMINISTRATIVO%20motivacion%20actos%20administrativos.PDF> [fecha de consulta: 7 Diciembre 2015].
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2008): "Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado: Una normativa para Chile", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 35, N° 2, pp. 371-391.
- PODER JUDICIAL, CORTE SUPREMA, DIRECCIÓN DE ESTUDIOS, ANÁLISIS Y EVALUACIÓN (2014): *Informe N° 33-2.014. Doctrina establecida por la Corte Suprema en materia laboral a través de los recursos de unificación de jurisprudencia acogidos entre enero 2011 a junio 2014*, 39 pp.

### Normativa citada

- Ley N° 10.336, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. *Diario Oficial*, 10 julio 1964.
- Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 12 noviembre 1986.
- Ley N° 18.834, Aprueba Estatuto Administrativo. *Diario Oficial*, 23 septiembre 1989.
- Ley N° 18.883, Aprueba Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales. *Diario Oficial*, 29 diciembre 1989
- Ley N° 19.880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.
- Ley N° 20.285, sobre Acceso a la Información Pública. *Diario Oficial*, 20 agosto 2008.
- Ley N° 20.713, de Presupuesto del Sector Público año 2014. *Diario Oficial*, 18 diciembre 2013.
- DFL N° 1, fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo. *Diario Oficial*, 16 enero 2003.
- Decreto N° 100, fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.
- Resolución N° 1.600, fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón, de la Contraloría General de la República, 30 octubre 2008.

### Jurisprudencia citada

- López Friedly y otros con Inspección Provincial del Trabajo de Concepción (1998): Corte Suprema, 24 febrero 1998.
- Castillo con Intendencia Regional de la Araucanía (2011): Corte Suprema, 5 octubre 2011.
- Gasca con Gobernación Provincial de Valparaíso (2012): Corte Suprema, 3 octubre 2012.



- Valenzuela con *Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 19 junio 2012.
- Valenzuela con *Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol* (2012): Corte Suprema, 2 octubre 2012.
- Fuenzalida con *Subsecretaría de Hacienda* (2012): Corte de Apelaciones de Santiago, 17 julio 2012.
- Waghorn con *Gobernación de la Provincia de Valparaíso* (2012): Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 agosto 2012.
- Waghorn con *Gobernación de la Provincia de Valparaíso* (2012): Corte Suprema, 7 noviembre 2012.
- Bussenius con *Central Nacional de Abastecimiento* (2014): Corte Suprema, 30 abril 2014.
- Retamales con *Dirección General de Aeronáutica Civil* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 abril 2014.
- Miranda con *Fuentes* (2014): Corte de Apelaciones de Santiago, 12 mayo 2014.
- Miranda con *Fuentes* (2014): Corte Suprema, 14 julio 2014.
- Dictamen N° 9.287 (1990): Contraloría General de la República, 26 marzo 1990.
- Dictamen N° 680 (1991): Contraloría General de la República, 10 enero 1991.
- Dictamen N° 7.289 (1991): Contraloría General de la República, 21 marzo 1991.
- Dictamen N° 15.040 (1991): Contraloría General de la República, 25 junio 1991.
- Dictamen N° 6.902 (1992): Contraloría General de la República, 20 marzo 1992.
- Dictamen N° 13.261 (1992): Contraloría General de la República, 2 junio 1992.
- Dictamen N° 1.932 (1993): Contraloría General de la República, 22 enero 1993.
- Dictamen N° 12.696 (1993): Contraloría General de la República, 20 mayo 1993.
- Dictamen N° 14.120 (1993): Contraloría General de la República, 7 junio 1993.
- Dictamen N° 1.796 (1994): Contraloría General de la República, 17 enero 1994.
- Dictamen N° 3.861 (1994): Contraloría General de la República, 2 febrero 1994.
- Dictamen N° 29.969 (1994): Contraloría General de la República, 30 agosto 1994.
- Dictamen N° 12.752 (1997): Contraloría General de la República, 24 abril 1997.
- Dictamen N° 17.292 (1997): Contraloría General de la República, 6 junio 1997.
- Dictamen N° 38.708 (1998): Contraloría General de la República, 23 octubre 1998.
- Dictamen N° 45.794 (1998): Contraloría General de la República, 10 diciembre 1998.
- Dictamen N° 9.998 (1999): Contraloría General de la República, 23 marzo 1999.
- Dictamen N° 29.914 (1999): Contraloría General de la República, 16 agosto 1999.
- Dictamen N° 49.574 (1999): Contraloría General de la República, 24 diciembre 1999.
- Dictamen N° 7.670 (2000): Contraloría General de la República, 6 marzo 2000.
- Dictamen N° 21.026 (2000): Contraloría General de la República, 9 junio 2000.
- Dictamen N° 32.412 (2000): Contraloría General de la República, 24 agosto 2000.
- Dictamen N° 36.749 (2000): Contraloría General de la República, 27 septiembre 2000.
- Dictamen N° 42.666 (2000): Contraloría General de la República, 8 noviembre 2000.
- Dictamen N° 44.892 (2000): Contraloría General de la República, 22 noviembre 2000.
- Dictamen N° 41.044 (2001): Contraloría General de la República, 6 noviembre 2001.
- Dictamen N° 41.663 bis (2001): Contraloría General de la República, 8 noviembre 2001.
- Dictamen N° 22.209 (2003): Contraloría General de la República, 30 mayo 2003.
- Dictamen N° 39.562 (2005): Contraloría General de la República, 28 agosto 2005.
- Dictamen N° 56.445 (2008): Contraloría General de la República, 28 noviembre 2008.
- Dictamen N° 48.621 (2010): Contraloría General de la República, 23 agosto 2010.
- Dictamen N° 52.931 (2012): Contraloría General de la República, 28 agosto 2012.
- Dictamen N° 68.032 (2013): Contraloría General de la República, 22 octubre 2013.
- Dictamen N° 85.297 (2013): Contraloría General de la República, 30 diciembre 2013.
- Dictamen N° 57.212 (2014): Contraloría General de la República, 28 julio 2014.
- Dictamen N° 77.851 (2014): Contraloría General de la República, 9 octubre 2014.