

LA PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA REGULADO EN LA LEY N° 18.834: UNA CRÍTICA A LA NORMATIVA VIGENTE

*The precautionary employment to
contract regulated in law n° 18.834: A
critical to the regulation in force*

OSCAR OLIVARES JATIB*
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
SANTIAGO, CHILE

* Abogado. Licenciado en Historia con mención en Ciencias Políticas, Licenciado en Derecho, y Magíster en Derecho con mención en Derecho del Trabajo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctorando en Derecho en la Universidad de los Andes. Correo electrónico: <olivaresjatib@gmail.com>.

Artículo recibido el 5 de julio de 2017 y aceptado para publicación el 11 de octubre de 2017.

RESUMEN: La prestación de servicios del funcionario a contrata en el ordenamiento chileno se aparta del tradicional régimen jurídico del personal de planta regido por la Ley N° 18.834. Su estatuto jurídico se asimila, en ocasiones, al contrato de trabajo y, en otros, se distancia del derecho de la función pública. Este artículo efectúa un análisis crítico de la regulación constitucional-legal y de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República, atendido a que fomenta la precariedad de este tipo de empleos al permitir que la autoridad administrativa decida discrecionalmente si ponerle término anticipado o, simplemente, no renovar su contratación. Lo anterior, con la finalidad de promover una reforma a la normativa vigente.

PALABRAS CLAVE: Funcionario a contrata, función pública, jurisprudencia administrativa, precariedad, discrecionalidad.

ABSTRACT: *The provision of services contracted by the civil servant in Chilean law departs from the traditional legal regime of plant personnel governed by Law No. 18.834. Its legal status is sometimes assimilated to the contract of employment and, in others, it distances itself from the regime of the public function. This paper makes a critical analysis of the constitutional-legal regulation and administrative jurisprudence emanated from the Comptroller General of the Republic, which promotes the precariousness of this type of employment by allowing the administrative authority to decide discretionally whether to terminate early or simply not renew your recruitment. The foregoing in order to promote a reform to the current regulations.*

KEYWORDS: *Contract official, public function, administrative jurisprudence, precariousness, discretion.*

INTRODUCCIÓN

El trabajador a contrata¹ no tiene derecho al amparo de la función pública². La legislación, en consonancia con la jurisprudencia administrativa, lo priva de las tradicionales prerrogativas de los funcionarios de planta y tampoco permite que se acoja, en razón de lo dispuesto en el artículo 3° del Código del Trabajo, al estatuto laboral³.

La actual regulación atraviesa por una etapa de agotamiento e insuficiencia. La continuidad de su nombramiento depende de la decisión discrecional del jefe superior del servicio, quien determina, dentro del ámbito de sus atribuciones, si ponerle término anticipado o simplemente no renovar su contratación.

El Derecho chileno fomenta la precariedad de las contrata y no les reconoce siquiera, para efectos de corregir tal situación, derechos de naturaleza

¹ En este artículo se usan indistintamente las expresiones *funcionario a contrata*, *empleado a contrata* y *trabajador a contrata*, y llamaremos *trabajador* o *empleado*, *empleado público*, *trabajador público* y *trabajador del Estado* a todos aquellos que prestan servicios remunerados al interior de la administración pública chilena.

² El término *función pública* admite diversas acepciones. Una de carácter subjetiva vinculada al conjunto de personas naturales (recursos humanos) que laboran al interior del aparato público y el Estado. Y otra de carácter objetiva, que identifica tanto a los servicios públicos y sus fines, como al régimen jurídico y la organización a la que pertenecen. En este artículo refundiremos ambos conceptos en uno solo, entendiendo por función pública al personal que se encuentra bajo la dependencia de un organismo público y contribuye a alcanzar los fines de éste. A través de la función pública se establece una relación mucho más estrecha y duradera entre la Administración y el funcionario, que la que podría producirse en una relación entre privados. Esto es el *derecho a la función*, que consiste en garantizar la permanencia en el empleo de quien ha accedido a él mediante procedimientos legales, en tanto no concurra una causa legal que la extinga. Se trata de una carrera funcionaria que permite ascender, contar con una estabilidad en el empleo y un vínculo que se mantiene incluso más allá de la jornada habitual de labores del funcionario. De no existir el régimen de la función pública, la relación entre el Estado y su personal se explicaría a través del contrato de trabajo. *Vid.* BERMÚDEZ (2014) p. 435.

³ El artículo 1° del Código del Trabajo de 2002 establece el ámbito de aplicación subjetiva de las relaciones laborales y excluye expresamente a los funcionarios de la Administración del Estado, independiente que se desempeñen en la administración centralizada o descentralizada. Estos empleados se sujetarán a las normas del Código del Trabajo en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, y siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.

colectiva⁴. Por estas razones, el vínculo jurídico de estos funcionarios, al interior del aparato estatal, se asimila más a un contrato de trabajo que a una relación de naturaleza estatutaria⁵.

Este artículo tiene por objeto efectuar un análisis crítico del ordenamiento constitucional-legal vigente y de la jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República, relacionada con los funcionarios a contrata sujetos a la Ley N° 18.834 de 1989, que establece el estatuto administrativo general.

⁴ A diferencia del modelo chileno, en España el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley n° 7/2007 de 2007) recoge en el artículo 15, con el carácter de normativa básica, una serie de derechos individuales de ejercicio colectivo, entre ellos: i) el derecho a la libertad sindical; ii) a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo; y iii) al ejercicio de la huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

⁵ En opinión del profesor español LÓPEZ (1995), p. 239, “todo intento de diferenciación material entre la relación laboral y la funcionarial respecto al contenido esencial de las prestaciones resulta inútil. En ambas se dan las notas que caracterizan la relación laboral: voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución”. En similar sentido PÉREZ-BEDMAR (2006), pp.137 y 138. En Chile hay autores que rechazan la idea de que el Derecho del Trabajo pueda regular la prestación de servicios en el aparato público. Por ejemplo, LANATA (2009), p. 4, propone que para que un trabajo sea objeto de regulación por el Derecho del Trabajo debe ser libre, productivo, realizado por cuenta ajena, en subordinación respecto de otra persona, manual o intelectual y en el marco del sector privado. Si no se dan estas características, y siendo de relevancia jurídica, aquel trabajo podrá ser regulado por otra rama del derecho, pero no por el derecho laboral. En España, algunos autores plantean la superación de la dualidad de sistemas laborales y funcionariales y la adopción de un patrón unitario. Esa aspiración monista ha tenido dos manifestaciones contrapuestas: para unos, la unidad se debería alcanzar mediante la “funcionarización” de todos los servidores de la administración, haciendo desaparecer por tanto la figura del trabajador por cuenta de ésta; en el polo opuesto se postula la plena laboralización de la función pública (MONTROYA, 2011 p: 15). La funcionarización es una institución que nace de la necesidad de adaptar el vínculo laboral de los empleados públicos que ocupan puestos de trabajo, cuya cobertura, de conformidad con la ley, corresponde a funcionarios públicos. Al respecto, *vid.* BOLTAINA (2005) p. 309. Por su parte, la laboralización de la función pública es un fenómeno que implica que las relaciones entre un funcionario y la administración del Estado se miren desde una óptica laboralista y, como lógica consecuencia, se pretenda la aplicación de las normas del Código del Trabajo, como asimismo de las instituciones y principios exclusivos de esta rama del Derecho. *Vid.* PIETROBONI (2011) p. 97. Para un mayor estudio de la cuestión en Chile, consúltese las obras de VARAS (2012), CAAMAÑO y CELIS (2015). En la doctrina española son referentes los autores IZQUIERDO y MOLINA (1998), y CANTERO (2001).

Ello, con la finalidad de instar al legislador a reformar la actual normativa y garantizar un régimen que favorezca la estabilidad en el empleo sobre la base del mérito y la capacidad. Se examinará (I) la libertad de trabajo y contratación de los trabajadores públicos; (II) la situación de las contrataciones administrativas en el acceso a la función pública; (III) la regulación contenida en el Estatuto administrativo general; (IV) la extensión de la teoría estatutaria a los funcionarios a contrata; y (V) la doctrina administrativa de los empleos a contrata, el caso de la necesidad de los servicios y la motivación y confianza legítima.

I. LA LIBERTAD DE TRABAJO Y CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR PÚBLICO

El empleado a contrata en Chile accede a su cargo público conforme a la libertad de trabajo consagrada en el artículo 19 numeral 16 de la Constitución Política, y no en virtud del derecho a la función pública, previsto en el artículo 19 numeral 17 del texto fundamental, que ampara a los funcionarios de planta.

El constituyente dispone en el inciso 1° del artículo 19 numeral 16, que se asegura a todas las personas la libertad de trabajo y su protección, el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa remuneración.⁶

El inciso 2° de ese precepto excluye cualquiera discriminación en el empleo que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que

⁶ La libertad de trabajo se encuentra presente en el constitucionalismo hispanoamericano desde el siglo XIX. Las cartas políticas de ese período recurrían a fórmulas abstractas y vacías para amparar todo tipo de trabajo, ya fuera dependiente o independiente, por cuenta propia o por cuenta ajena. Esta técnica, más cercana a una declaración de principios que a una verdadera tutela, no tuvo un real impacto en la forma de concebir las relaciones laborales de otrora. Entrado el S. XX, y en el contexto de la cuestión social, empezaron a regularse derechos constitucionales laborales específicos. La Constitución Política de Querétaro de 1917 (México) fue la primera en el mundo en reconocer derechos típicamente laborales (artículo 123), como la jornada máxima de trabajo de ocho horas, el descanso semanal, el descanso pre y post-natal, el salario mínimo, la sobre-tasa por trabajo de horas extras, el principio de igualdad de trato en el pago de la remuneración, el derecho de huelga y la libertad sindical. La Constitución Política de Weimar (Alemania) de 1919, por su parte, consagró principios generales laborales (artículo 162) individuales y colectivos como el principio protector y la disposición sobre el trabajo adecuado, y derechos concretos como la libertad sindical, el derecho de huelga y la negociación colectiva. Finalmente, cabe recordar que nuestra Constitución Política de 1925 en el numeral 14 del artículo 19 establecía, con un evidente afán programático, la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social.

la ley pueda exigir la nacionalidad chilena⁷ o límites de edad para determinados casos.

La Comisión de Estudios para una Nueva Constitución analizó el contenido de la libertad de trabajo y su protección en la sesión n° 199, del 7 de abril de 1976, teniendo como antecedente normativo el artículo 10 n° 14 de la Constitución de 1925.

Del estudio del acta de la sesión n° 199 se advierte que se trata de una disposición que ampara, además de empleados y obreros, a profesionales, técnicos y artistas⁸. BULNES ALDUNATE precisa que el “derecho consagrado debe ser lo más amplio posible, de manera que comprenda no sólo al trabajador asalariado, sino que también al trabajador independiente”⁹.

Para el constituyente, todos son trabajadores y únicamente varía el ámbito de acción entre unos y otros. Hubo consenso en la comisión que el trabajo en cuanto derecho es una expresión de la dignidad¹⁰ y de la actividad del ser humano, que merece la protección del Estado¹¹.

En el debate suscitado anteriormente en la sesión n° 196, a propósito de las normas constitucionales sobre derechos de los trabajadores, la Comisión tuvo a la vista algunos oficios de la Asociación Nacional de Empleados Fiscales

⁷ El artículo 19 del Código del Trabajo de 2002 ordena que el 85 por ciento, a lo menos, de los trabajadores que sirvan a un mismo empleador será de nacionalidad chilena, estando exceptuado el empleador que no ocupa más de veinticinco trabajadores.

⁸ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución*, 1976, Tomo VI, Sesiones 182 a 214. Disponible en: <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf>, fecha de consulta: 2 de octubre de 2017, pp. 525 y ss.

⁹ BULNES (1980) p.124.

¹⁰ Para el constitucionalismo moderno, la dignidad de la persona se constituye en una premisa que determina la norma constitucional tanto en contenido como en desarrollo. El texto constitucional no sienta un “ordenamiento valorativo neutro”, sino un “sistema valorativo centrado en la personalidad humana y en las posibilidades de desarrollo en libertad del individuo dentro de la comunidad social”, y que, por tanto, su dignidad tiene que valer, en cuanto decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del Derecho. OEHLING (2011) p.139.

¹¹ *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución*, 1976, Tomo VI, Sesiones 182 a 214. Disponible en: <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_VI_Comision_Ortuzar.pdf>, fecha de consulta: 2 de octubre de 2017, p. 531.

(ANEF), en que manifestaban su parecer. Lo curioso es que la opinión de esa entidad gremial iba en la línea opuesta a lo esperado, pues señala: “no cabe extender las mismas normas del sector privado, porque es evidente que entre trabajadores públicos y privados existen innumerables y profundas diferencias. Algunas de ellas surgen del hecho de que los trabajadores públicos son agentes públicos y por ser el Estado el empleador. Naturalmente, esta circunstancia ha determinado que se rijan por el *statuto* Administrativo y no por el Código del Trabajo”¹².

Para la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF), el Código del Trabajo no se aplica al empleado fiscal, quien se rige únicamente por el Estatuto Administrativo.

En la sesión n°199, del 7 de abril de 1976, se reiteró la idea que, en el sector privado, es un derecho indiscutible que las empresas seleccionan libremente a su personal y establecen condiciones para otorgar un empleo, libertad que existe en menor medida en el sector público, por cuanto es el Estado el que actúa como empleador¹³.

Se reconoce explícitamente que el Estado es empleador de los funcionarios públicos, de allí que sea habitual que la Comisión emplee expresiones como “trabajadores fiscales y/o trabajadores públicos” para referirse a todos aquellos que laboran, independiente de su calidad jurídica, en la Administración Pública.

Se insiste que la única causa válida para que una persona pueda ser admitida o no al trabajo es su capacidad o idoneidad personal¹⁴.

La Contraloría General de la República ha sostenido que la “calidad de empleado público no puede ser impuesta forzosamente al individuo, pues éste sólo se incorpora a ese régimen jurídico a condición de que así lo decida libremente”¹⁵. Igualmente, “la superioridad no puede dejar transcurrir un tiempo más allá del razonable para pronunciarse sobre la dimisión presentada, pues en tal evento se configuraría, por una parte, una retención indebida de su renuncia y, por otra, se impondría a la afectada la carga de continuar prestando servicios contra su voluntad, lo que resulta improcedente teniendo

¹² *Ídem.*, p. 424.

¹³ *Ídem.*, p. 536.

¹⁴ *Ídem.*, p. 538.

¹⁵ Contraloría General de la República, Dictamen n° 31.386 de 1982.

especialmente en cuenta la garantía constitucional de la libertad de trabajo, establecida en el artículo 19, n° 16, de la Carta Fundamental¹⁶.

De lo dicho se infiere que para la jurisprudencia administrativa la libertad de trabajo, en el caso de los funcionarios a contrata, se manifiesta en dos momentos diferenciados, al inicio de la relación laboral y al término de su nombramiento. Interpretación que no compartimos, toda vez que la voluntad de este trabajador, efectivamente, juega un rol importante en el acceso al cargo, aspecto en que se asimila al trabajador del sector privado, pero en los casos de desvinculación, ya sea por término anticipado o no renovación de su contratación (como veremos más adelante), no interesa en lo más mínimo, salvo que se trate de la dimisión.

II. LA SITUACIÓN DE LAS CONTRATAS ADMINISTRATIVAS EN EL ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

Tal como se anticipó en el acápite anterior, el numeral 17 del artículo 19 de la Constitución Política de la República garantiza la igual admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes.

Los comisionados entendieron claramente la disposición constitucional como una explicación del principio de igualdad¹⁷, no pudiendo, en consecuencia, la autoridad establecer un trato desigual o discriminatorio respecto

¹⁶ Contraloría General de la República, Dictámenes n°s 44.480 de 2005, 45.279 de 2010, 37.463 de 2012 y 13.039 de 2013.

¹⁷ La redacción de las cláusulas constitucionales de igualdad varían entre aquellas que la tratan como un principio y/o valor general de derecho constitucional, y las que se refieren a un derecho individual a la igualdad. También es común que un ordenamiento contemple ambos tipos de cláusulas simultáneamente. Tratar la igualdad como principio o valor implica, entre otras cosas, que aquella sirve como un estándar de evaluación de normas y actos jurídicos, como inspirador de los mismos e incluso como criterio de interpretación. Un ejemplo de este primer tipo es la norma contenida en el inciso 1 del artículo 1° de la Constitución Política de la República de 1980: “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En cambio, establecer la igualdad como un derecho implica, a lo menos, la imposición de límites a la actividad de las autoridades públicas (dimensión negativa). Ejemplo de este segundo tipo es la norma del numeral 17 del artículo 19: “la igual admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes”. Adicionalmente puede requerir la promoción de la igualdad por parte de tales autoridades (dimensión positiva), o extender a los otros particulares la obligación de respeto o no vulneración (horizontalidad del derecho). Esta-

de los postulantes, deseando con ello garantizar que toda persona que quiera acceder a un cargo público pueda hacerlo cumpliendo con los requisitos previstos en la Constitución y las leyes¹⁸.

De este modo, la regla que está a la base en la selección del personal que ingresa a la Administración del Estado. Es la igualdad. Este principio general se manifiesta en dos sub-principios: el mérito y la capacidad.

Estos sub-principios son los únicos parámetros que dotan de contenido al principio de igualdad en el acceso a la función pública¹⁹.

El principio de igualdad está recogido, a su vez, en el artículo 38 de la Carta Fundamental que dispone que una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes.

Los citados preceptos constitucionales no constituyen compartimentos estancos que hayan de interpretarse y aplicarse por separado, sino que una lectura e interpretación correcta de los mismos pasa por reconocer la interrelación existente entre ambos, y no sólo en lo referente al acceso a la función pública, sino también en lo relativo a la permanencia en ella²⁰.

Por su parte, el artículo 16, inciso 1°, de la Ley n° 18.575, de 1986, establece que para ingresar a la Administración del Estado debe cumplirse con los requisitos generales que determine el respectivo estatuto y con los que prevé el Título III de ese texto legal, además de los exigidos para el cargo que se provea.

Añade el artículo 44 de esa ley que el ingreso en condición de titular se hará por concurso público y la selección de los postulantes se efectuará mediante procedimientos técnicos, imparciales e idóneos que aseguren una apreciación objetiva de sus aptitudes y méritos.

Esta última norma consagra expresamente el principio del mérito en el ingreso a la planta de personal. En cambio, el principio de capacidad, al no

blecer la igualdad como derecho conlleva también el proveer acciones jurisdiccionales de protección directa. DÍAZ (2015) p.168.

¹⁸ HUIDOBRO (1999) p.194.

¹⁹ GARCÍA (2008) p.133.

²⁰ *Ídem.*, p.132.

recibir formulación explícita en las disposiciones que regulan el acceso a la función pública, debe necesariamente extraerse de la prohibición constitucional del numeral 16 del artículo 19 de la Constitución Política, que erradica toda discriminación que no se base en la idoneidad y capacidad personal.

Para la Contraloría General de la República, el acceso a los cargos públicos, a través de certámenes que garanticen el mérito y la capacidad, se predica únicamente del personal de planta²¹.

En cambio, tratándose de los trabajadores a contrata, el organismo de control entiende que es facultativo para el Servicio “utilizar el sistema que estime conveniente, atendido que la ley N° 18.834 no contiene reglas explícitas sobre el desarrollo de los certámenes para proveer cargos en la indicada calidad, debiendo respetar los lineamientos que estipule, los cuales, a su vez, no deben contradecir los principios generales de los concursos, los que se desprenden de los artículos 16 y 44 de la ley N° 18.575 y del párrafo 1° del Título II de la ley N° 18.834, tal como lo ha precisado el dictamen N° 76.755, de 2013, de esta procedencia”²².

Pero, en caso de utilizarlo, tiene prohibido imponer requisitos de postulación adicionales a los previstos en la Constitución y las leyes, ya que “vulnera las garantías individuales contempladas en el artículo 19, N° 2, inciso segundo, y 17 de la Constitución Política, que le impiden establecer diferencias arbitrarias y aseguran la admisión a todas las funciones o empleos públicos, sin otras exigencias que las que impongan la Carta Fundamental y las leyes, como asimismo, el principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Ley Suprema”²³.

De acuerdo con las normas transcritas y jurisprudencia citada, se advierte una flagrante vulneración al principio de igualdad, en relación con los funcionarios a contrata. El ingreso a la función pública mediante concurso público, se utilizará solo si la autoridad así lo decide.

²¹ El Dictamen n° 83.347 de 2015, establece que en los casos en que se origine la creación de nuevos cargos de carrera se fijen nuevas plantas de personal que los incluyan o se autoricen reestructuraciones o fusiones que den lugar a nuevas plazas de esa naturaleza. La primera designación en ellos se hará siempre por un proceso concursal público.

²² Contraloría General de la República, Dictamen n° 59.373 de 2015.

²³ Contraloría General de la República, Dictámenes n° 15.951 de 2001, 48.870 de 2005 y 19.333 de 2008.

Ello implica, inevitablemente, abrir las puertas a la discriminación laboral y discrecionalidad administrativa (instituto que estudiaremos en el acápite subsiguiente), vulnerando la prohibición constitucional de no hacer distinciones sino en base a la idoneidad y capacidad personal.

III. LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ESTATUTO ADMINISTRATIVO GENERAL

El Derecho Administrativo es aquella disciplina jurídica que tiene por objeto de estudio a la Administración Pública, entramado orgánico en que confluyen un conjunto de entidades que se relacionan directa o indirectamente con el Presidente de la República. Su finalidad es satisfacer necesidades colectivas de manera regular y continua²⁴. Esta perspectiva orgánica implica olvidarse del componente humano que está a la base del sistema. Son los trabajadores públicos los encargados de hacer funcionar la máquina pública. Los órganos administrativos son meras entidades ficticias al servicio de la ciudadanía, que sin el hombre que está detrás ejecutándolas, no prestarían utilidad alguna²⁵.

En la Ley n° 18.834, de 1989, se regulan tres clases de empleados²⁶ que prestan servicios en el aparato público chileno; los funcionarios de planta, los funcionarios a contrata y los empleados a honorarios²⁷.

²⁴ En similar sentido, el profesor Soto Kloss (2012) p. 27, postula que el Derecho Administrativo regula la relación jurídica entre las personas y el Estado/Administración en la función que éste desarrolla de promover el bien común satisfaciendo las necesidades públicas concretas a través de la prestación de bienes y servicios.

²⁵ En Derecho Administrativo, toda actuación jurídica realizada por un funcionario público, ya sea de la administración central o descentralizada, se imputa, por regla general, a la institución/órgano que representa (Estado). Este mecanismo de actuación y de responsabilidad recibe el nombre de *teoría del órgano*.

²⁶ En el Derecho español, *empleado público* es todo aquel que presta funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. Estos se clasifican en: (I) funcionarios de carrera; (II) funcionarios interinos; (III) personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal; y (IV) personal eventual. Lo interesante es que coexisten dos tipos de trabajadores públicos, los funcionarios públicos propiamente tales (de carrera e interinos) y el personal laboral. Dentro de esta última categoría se comprende a todos quienes en virtud de un contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, prestan servicios retribuidos en las Administraciones Públicas. Atendida la duración del contrato, la prestación puede ser a plazo fijo, indefinido o temporal.

²⁷ Dado el propósito y extensión de este artículo, hemos debido prescindir de pronunciarnos acerca de los funcionarios a contrata regidos por otros cuerpos legales. Sin embargo,

El artículo 3°, letra c) de ese cuerpo estatutario, prevé que el empleo a contrata es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución.

Añade el artículo 10 de ese texto legal que los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos. El número de funcionarios a contrata de una institución no podrá exceder de una cantidad equivalente al veinte por ciento del total de los cargos de la planta de personal.

Para Alejandro Cárcamo, 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, suelen ser estables y excesivamente rígidas²⁸.

En el año 1985, el profesor Argandoña opinaba que “a todo funcionario público ha de exigírsele rigurosamente el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, pues de ello depende la eficacia en el rodaje de esa máquina tan vasta y compleja que es la Administración, que es impulsada precisamente por la actividad funcionaria; afortunadamente, todavía es el elemento humano el más importante en toda organización, no obstante el prodigioso

se hace necesario referirnos brevemente a los funcionarios municipales sujetos a la Ley n° 18.883 de 1989, por cuanto en su caso particular se replican los mismos problemas denunciados aquí respecto de los empleados a contrata. En dicho cuerpo estatutario se establecen tres tipos de calidades en que puede desempeñarse una persona: en la planta, a contrata y a honorarios. Los funcionarios a contrata estarán sujetos a esta ley en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de sus cargos. De acuerdo al artículo 2°, los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan cesarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido dispuesta la prórroga con treinta días de anticipación, a lo menos. Los cargos a contrata, en su conjunto, no podrán representar un gasto superior al cuarenta por ciento del gasto de remuneraciones de la planta municipal. Sin embargo, en las municipalidades con planta de menos de veinte cargos podrán contratarse hasta ocho personas. Podrán existir empleos a contrata con jornada parcial y, en tal caso, la correspondiente remuneración será proporcional a dicha jornada.

²⁸ CÁRCAMO (2016) p. 159.

avance de la técnica. Pero, justamente porque es persona, el funcionario también tiene derechos que deben serle reconocidos formalmente y en su legítimo ejercicio, si se quiere que la función administrativa se desempeñe dignamente. A éstos, sin embargo, se les suele considerar peyorativamente y a veces por desgracia, por quienes debieran tener especial preocupación por su cautela²⁹.

Posteriormente, el día 24 de agosto de 1988, y pese a lo categórico de la antedicha advertencia, la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno en su informe sobre juridicidad de fondo y de forma del proyecto de ley, que regularía, entre otras materias, los derechos y deberes del personal de la administración civil, la responsabilidad administrativa, la cesación de funciones y la carrera funcionaria, sostuvo que “el personal a contrata que cumple una función pública carece de dicho amparo y por lo tanto su estabilidad laboral es precaria, lo que viene a significar que tiene las obligaciones pero no los derechos del funcionario público³⁰.”

Pero no podemos olvidar que para legitimarse, el poder político debe prestar a la comunidad determinados servicios públicos, para cuyo propósito requiere inevitablemente el auxilio de las personas naturales que están a la base del sistema³¹.

Para el actual contralor y académico Bermúdez Soto, hay una zona de fricción en la relación de los funcionarios con el Derecho Laboral³², que se agudiza especialmente tratándose de los empleados a contrata.

En las administraciones públicas es una práctica habitual que existan trabajadores cuyos contratos terminen por la expiración del plazo de su nombramiento³³, lo que no implica reproche alguno. Lo que sí es cuestionable es que la permanencia del funcionaria a contrata esté ligada, por regla general, a la continuidad de la autoridad que le nombró. No por algo con cada cambio de Gobierno un grupo importante de personas se ven afectadas con la no renovación de su contratación, ya sea por no simpatizar con la administración

²⁹ ARGANDOÑA (1985) p. 272.

³⁰ Historia de la Ley n° 18.834. Aprueba el Estatuto Administrativo, *Diario Oficial*, 23 de septiembre de 1989. Boletín n° 987-06, p. 283.

³¹ VERGARA (2015) p. 178.

³² BERMÚDEZ (2014) p. 39.

³³ LÓPEZ (1999) pp. 229-247. Ejemplos de este tipo en el Derecho Administrativo chileno encontramos en las Leyes n°s 19.070 de 1991, 19.378 de 1995 y 19.464 de 1996.

entrante o derechamente por manifestarse contrarios. El mérito y la capacidad no interesan en lo más mínimo.

En este escenario no hay manera alguna de garantizar la continuidad de estos trabajadores en la función pública, ya que la relación está constituida *ad personam*. Ello deviene en la idea que los funcionarios a contrata carecen de vinculación con la entidad administrativa en que prestan servicios y no pueden ser equiparados en derechos con los funcionarios de planta.

De este modo, su estabilidad laboral es precaria y, aunque cumplan una función pública, sólo se les reconocen las obligaciones pero no los derechos de todo funcionario público³⁴.

IV. LA TEORÍA ESTATUTARIA Y LOS FUNCIONARIOS A CONTRATA

Mayoritariamente se ha insistido que el principio de autonomía de la voluntad, que otorga fundamento y validez a las relaciones laborales en el sector privado, es reemplazado en el ámbito público por la teoría estatutaria que liga al empleado con la administración y según la cual éste se halla sujeto a un vínculo jurídico determinado unilateralmente por el Estado, cuyo fundamento se encuentra representado, precisamente, por el concepto de estatuto administrativo³⁵.

Eso significa que el funcionario público está en una situación impersonal y objetiva, cuyos derechos y deberes dependen de lo que en cada momento establezcan las leyes, reglamentos y jurisprudencia vigente.

Los trabajadores públicos no tienen un derecho adquirido, frente a la ley, para que se mantengan las condiciones de empleo que existían al momento de su ingreso o que alcanzaron a lo largo de su carrera³⁶.

Esto se explica por cuanto los modelos constitucionales de la postguerra, que partieron del modelo tradicional franco-germánico en que el empleado público forma parte integrante de la burocracia gubernamental y se encuentra separado de los trabajadores del sector privado, recogieron la doctrina de que los funcionarios públicos se identifican sin conflicto con la administración y

³⁴ Historia de la Ley n° 18.834. Aprueba el Estatuto Administrativo, *Diario Oficial*, 23 de septiembre de 1989. Boletín n° 987-06, p. 283.

³⁵ PANTOJA (1994) p.19

³⁶ Contraloría General de la República, Dictamen n° 60.690 de 1979, citado por PANTOJA (1994) p. 87.

gozan de una situación unilateral estatutaria, como garantía imprescindible para permitir la actuación del Estado a través de aquéllos³⁷.

De acuerdo con la teoría estatutaria, la condición de funcionario se adquiere en virtud de un nombramiento legal, es decir, de un acto administrativo de nombramiento adoptado por el órgano competente y no a través de un contrato, aunque aquel acto precisa de la aceptación del funcionario (libertad de trabajo), manifestada en el acta de acatamiento y la toma de posesión. Así, la relación jurídica que une al empleado con la administración no es de carácter contractual sino estatutaria y está regulada por el Derecho administrativo, no por el Derecho del trabajo³⁸.

Sobre la base del reconocimiento del derecho a la función es posible ejercer todos los demás derechos, pecuniarios y de otra índole, que se otorgan a los que invisten la calidad de funcionarios de la administración.

La jurisprudencia de la Contraloría General ha reconocido que el vínculo estatutario que une a los funcionarios con la administración supone la sujeción de éstos a un régimen de Derecho público preestablecido, unilateral, objetivo e impersonal, fijado por el Estado, cualquiera sea el nombre específico que pudieran recibir los diversos cuerpos estatutarios que los rijan y sea cual fuere la naturaleza del servicio en que se desempeñen³⁹.

Dicho vínculo implica, por una parte, una garantía para el servidor en el sentido de que su relación laboral con la administración está regulada por la ley de acuerdo a lo prescrito en el artículo 38 de la Constitución Política, y por la otra, una adscripción a un estatuto jurídico público que regula integralmente sus derechos, obligaciones y modalidades de desempeño, que le es siempre exigible desde su incorporación voluntaria, expresión de la libertad de trabajo, a prestar servicios en la administración del Estado y mientras dure dicha relación⁴⁰.

Manifestación de lo anterior es que a los funcionarios de planta se les reconoce un conjunto de facultades, prerrogativas y derechos propios de su cargo: percibir en forma regular y completa las remuneraciones y demás asignaciones que establezca la ley; ascender en los casos y condiciones previstas

³⁷ PÉREZ-BEDMAR (2006) p. 138.

³⁸ SÁNCHEZ *et al.* (2008) p. 87. En el mismo sentido, PALOMAR (2013) y PARADA (2012).

³⁹ *Vid.* CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2002) p. 17, y dictámenes de ese organismo de control n°s. 27.438 de 1957 y 31.386 de 1982.

⁴⁰ Contraloría General de la República, Dictamen n° 31.100 de 2008.

en la ley; participar de los concursos públicos; hacer uso de feriados, permisos y licencias; participar en acciones de capacitación, acceder a las prestaciones y beneficios que contemplan los sistemas de previsión y bienestar social, de acuerdo con la ley⁴¹, y, por supuesto, estabilidad en el empleo.

Los trabajadores a contrata, por el contrario, se vinculan con la organización de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley n° 18.834, de 1989, como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos⁴².

Esta disposición fomenta la precariedad de las contrata, debido a que la permanencia en el puesto depende de lo que discrecionalmente decida la autoridad administrativa⁴³.

En el Derecho comparado español, y ante una problemática similar relacionada con el personal laboral que se desempeña en forma temporal en el aparato estatal, un sector de la doctrina es partidaria de la incorporación de un sistema objetivo de acceso a la función pública, ya que el funcionario le sirve al Estado y no a quien en un momento determinado ostenta el poder. Así se garantiza un sistema de *merits system* y no de *spoils system*⁴⁴.

En este sistema, el mérito y la capacidad juegan un rol importantísimo en los diversos momentos de la relación laboral, y no únicamente al inicio de ésta.

Al respecto, el profesor español Parada Vásquez ofrece un interesante método de análisis para determinar la situación jurídica de los empleados regidos por el estatuto del trabajo al interior de las administraciones públicas españolas. Tal diagnóstico requiere del análisis de tres variables, (I) la realidad de la extensión de la contratación laboral en el sector público; (II) la presión sindical a favor de la contratación laboral; y (III) la debilidad de la jurisprudencia administrativa.⁴⁵

⁴¹ Historia de la Ley n° 18.834. Aprueba el Estatuto Administrativo, *Diario Oficial*, 23 de septiembre de 1989. Boletín n° 987-06, p. 430.

⁴² Existe mucha doctrina comparada en la materia, Entre las obras más importantes se sugiere consultar: AGUILERA (2011) p. 318, VALVERDE (2004) p. 1674, CAMPOS (2013) pp. 167-168, LÓPEZ (2009) pp. 331 y ss., y RAMOS (2011) p. 616.

⁴³ Este tema será abordado en profundidad en el acápite V.

⁴⁴ PALOMAR (2013) p. 131.

⁴⁵ PARADA (2007) p. 98.

Hemos querido replicar dicha técnica a la realidad chilena, con el objeto de evaluar la situación jurídica de los empleados a contrata en el aparato público nacional.

En primer lugar, la contratación laboral en el sector público se aleja con creces del límite del 20% del total de los cargos de planta de la respectiva entidad administrativa, como establece el inciso 2° de la ley N° 18.834, del Estatuto Administrativo General.

Los siguientes cuadros comparativos demuestran lo aseverado⁴⁶:

TABLA N° 1. Personal civil del Gobierno Central según calidad jurídica.

CALIDAD JURÍDICA	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
PLANTA	89,454	87,119	86,069	86,352	85,547	84,387	85,024	84,819	85,085	81,644
CONTRATA (a)	79,954	88,366	97,430	106,473	113,823	119,043	125,528	131,705	138,672	150,979
CÓDIGO DEL TRABAJO (b)	2,545	2,607	3,529	3,747	3,714	4,005	4,190	4,196	4,103	4,104
HONORARIOS ASIMILADOS	64	37	24	14	9	11	13	14	9	9
TOTAL GOBIERNO	172,017	178,129	187,052	196,586	203,093	207,446	214,755	220,734	227,869	236,736

TABLA N° 2. Personal civil del Gobierno Central según calidad jurídica y SEXO.

MUJERES	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
PLANTA	48,785	47,372	46,956	46,924	46,354	44,642	44,970	44,622	44,843	42,479
CONTRATA (a)	47,089	52,529	58,025	63,666	68,332	73,697	76,919	81,162	85,619	93,127
CÓDIGO DEL TRABAJO	706	724	823	926	945	1,005	1,142	1,184	1,164	1,175
HONORARIOS	25	10	5	3	3	4	7	8	4	3
TOTAL	96,605	100,635	105,809	111,519	115,634	119,348	123,038	126,976	131,630	136,784

HOMBRES	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
PLANTA	40,669	39,747	39,113	39,428	39,193	39,745	40,054	40,197	40,242	39,165
CONTRATA (a)	32,865	35,837	39,405	42,807	45,491	45,346	48,609	50,543	53,053	57,852
CÓDIGO DEL TRABAJO	1,839	1,883	2,706	2,821	2,769	3,000	3,048	3,012	2,939	2,929
HONORARIOS	39	27	19	11	6	7	6	6	5	6
TOTAL	75,412	77,494	81,243	85,067	87,459	88,098	91,717	93,758	96,239	99,952

De estos datos se infiere que el personal civil que se desempeña a contrata excede con creces la fuerza de trabajo de aquellos que integran las plantas de las diferentes organizaciones públicas.

⁴⁶ “Estadísticas de Recursos Humanos del Sector Público 2006-2015”, publicación de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. Disponible en: <<http://www.dipres.gob.cl/572/w3-propertyvalue-15676.html>>, fecha de consulta: 2 de octubre de 2017.

En segundo lugar, y partiendo de la base que la libertad sindical de los trabajadores públicos está severamente truncada, en razón de que la Constitución Política en los incisos 5° y 6° del numeral 16, del artículo 19, los excluye de la posibilidad de negociar colectivamente y de declararse en huelga⁴⁷, igualmente negocian anualmente a través de la Asociación Nacional de Empleados Fiscales (ANEF) el reajuste de remuneraciones del sector público y otras mejoras establecidas en la ley de presupuesto respectiva, antes de su despacho al Congreso Nacional y durante su tramitación⁴⁸. Sin embargo, no hay presión alguna hacia el Estado por mantener los puestos de trabajo del personal a contrata que es desvinculado diariamente.

En tercer lugar, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República bajo la dirección de Jorge Bermúdez ha reinterpretado las normas que gobiernan a los trabajadores a contrata, extendiéndoles aparentemente el carácter tuitivo y protector del derecho a la función pública.

Si bien es cierto que con esta nueva doctrina se pretende impedir abusos en la terminación de sus nombramientos y reconocerles derechos de los funcionarios de carrera. Lo que se ha hecho es fomentar indirectamente la discrecionalidad administrativa, permitiendo que los servicios decidan si esperar el término natural de sus funciones o ponerle término anticipado a su contrata, siempre que fundamente el acto administrativo de término⁴⁹.

⁴⁷ Aquella prohibición, en opinión de la Contraloría General de la República, guarda armonía con el deber de los órganos de la Administración del Estado de atender las necesidades públicas en forma continua y permanente. Esa doctrina se recoge en los dictámenes n°s. 4.981 de 2004 y 19.973 de 2012.

⁴⁸ CAAMAÑO y CELIS (2015) p. 1024.

⁴⁹ La discrecionalidad administrativa, según SOTO KLOSS (2012) p. 442, es la libertad de apreciación que se le atribuye a un órgano-autoridad para decidir, ante dos o más posibilidades objetivas de actuación, cuál es la más idónea para satisfacer la necesidad pública de que se trata, esto es, la que parece precisamente más oportuna, adecuada y proporcionada, según las circunstancias concretas de tiempo, lugar y personas que concurren en ese instante. Dicho órgano-autoridad no puede guiarse jurídicamente en forma caprichosa y arbitraria, como si se tratase de una persona privada, ya que se encuentra atribuido por el derecho de una función estatal, con poderes de imposición y superordenadores. En similar sentido, PIERRY (1984) pp. 162 y 163 distingue entre “poder discrecional” y “potestad reglada”. Sostiene que hay poder discrecional cuando la ley o el reglamento dejan a la administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste pues en la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer. En cambio, la potestad reglada es aquella norma jurídica que

V. DOCTRINA ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

La Contraloría General de la República ha interpretado la normativa que gobierna a los funcionarios a contrata en el sentido de que la continuidad en el empleo no depende de su capacidad e idoneidad personal, sino que de la discrecionalidad de la autoridad que lo contrató.

Expondremos breve y sistemáticamente los principales pronunciamientos jurídicos relacionados con la doctrina de la necesidad de los servicios y la motivación del acto y confianza legítima.

1. *Necesidad de los servicios*

Para el órgano de control, las plazas a contrata son esencialmente transitorias y durarán como máximo hasta el 31 de diciembre de cada año, autorizándose a la autoridad para establecer una duración inferior a esa fecha. No advertimos equívocos en tal interpretación, dado que la misma normativa contempla esa posibilidad.

El problema comienza cuando se afirma que en virtud de una razonable discrecionalidad⁵⁰, el Servicio está facultado para utilizar la fórmula mientras sean necesarios sus servicios.

Que la Contraloría General entienda que en virtud de la discrecionalidad administrativa⁵¹ la autoridad pública pueda, frente a una misma situación, optar entre dos o más alternativas, basándose en criterios de mérito, oportunidad o conveniencia, nos parece un franco error.

Precisa el organismo fiscalizador, que “cuando una contratación ha sido dispuesta con la expresión ‘mientras sean necesarios sus servicios, la autoridad puede darle término en el momento que estime conveniente, sin que para tal efecto se necesite la aceptación del funcionario, puesto que el carácter

impone al poder público la decisión que se toma, en atención a la existencia de ciertos requisitos que allí establece.

⁵⁰ Vid. Contraloría General de la República, dictámenes n°s 5.822 de 2011, 66.193 y 82.939 de 2013, 15.124 de 2014, 19.218 y 39.516 de 2015.

⁵¹ Por potestad se entiende, en términos generales, aquella situación de poder que habilita a su titular para imponer conductas a terceros mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación del estado material de cosas existentes, Vid. SANTA MARÍA (2009) p. 370.

esencialmente transitorio de esta modalidad de contratación permite entender que, en esta materia, la autoridad cuenta con una razonable discrecionalidad y, por ende, que se encuentra facultada para determinar una extensión menor al 31 de diciembre, sea estableciendo un plazo inferior o mediante el empleo de dicha fórmula⁵².

La cláusula “no resulta arbitraria ni contraviene la normativa estatutaria antes referida, sino que, por el contrario, se adecua a ésta al darle cumplimiento dentro del margen discrecional que la propia ley autoriza”⁵³.

Para el académico español García de Enterría, la potestad discrecional de las administraciones públicas es un caso típico de remisión legal y no un supuesto de libertad frente a la norma. La discrecionalidad surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público. No hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente sólo en virtud de la ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

Añade que es necesario incorporar una medida en las potestades discrecionales lo que se traduce en la aplicación de la mensurabilidad de las

⁵² Vid. Contraloría General de la República, dictámenes n°s 19.920 de 2007, 16.557 y 34.139 de 2010.

⁵³ Aquel razonamiento incluso ha tenido apoyo de la Corte Suprema, *Sáez Zárate con Servicio de Salud de Iquique* (2010, rol n° 8.034-2010), que, conociendo de la apelación a un fallo recaído a un recurso de protección interpuesto por un ex trabajador público, declaró que “la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios”, se encuentra en armonía con el carácter que tienen los empleos a contrata, cuya principal característica es la precariedad en su duración, supeditada a las necesidades de la entidad empleadora, agregando que es una expresión que ha sido establecida para posibilitar en estas designaciones un período de vigencia menor al que reste para finalizar el año en que éstas se efectúen, para terminar rechazando el recurso, añadiendo que en el artículo 10 de la ley n° 18.834, está implícita la facultad de la autoridad para poner término a las funciones de un empleado contratado, antes del 31 de diciembre de cada año”. Cabe agregar que la Corte Suprema ha manifestado el mismo criterio reseñado en las sentencias dictadas en los casos *Aguilera Thomann con Ministerio de Educación* (2011, rol n° 9.621-2010); *Langer Ramírez contra Comisión Nacional de Medio Ambiente* (2011, rol n° 9.089-2010); *Morales Allende contra Servicio Nacional de Capacitación y Empleo* (2011, rol n° 9.499-2010), *Díaz Quiroz y otros con Servicio Nacional de Menores* (2011, rol n° 9.801-2010), *Pisani Arriagada contra Servicio de Salud de Iquique* (2011, rol n° 8.907-2010), *Aguirre Zavala y otros contra Servicio Nacional del Adulto Mayor* (2011, rol n° 9.793-2010) y *Parra Guerra y otros con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2011, rol n° 9.886-2010).

competencias públicas o de su necesaria limitación. La libertad de apreciación sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos⁵⁴.

Precisado lo anterior, el profesor Vergara Blanco, analizando el artículo 10 de la Ley n° 18.834 de 1989, arriba a la idea de que las contrataciones, aunque sean temporales (transitorias), no deben entenderse precarias ni sometidas al arbitrio del jerarca de turno. No parece válido que a pesar de señalarse un plazo determinado en la designación a contrata, al mismo tiempo la Administración incorpore otra cláusula paralela en que se reserva el privilegio de incumplir ese plazo y prescindir en cualquier momento del funcionario, "por necesidades del servicio". Eso rompe cualquier derecho a la estabilidad⁵⁵.

Bajo este paradigma, la cláusula de necesidad de los servicios, al ser una manifestación del ejercicio de una potestad discrecional, podría devenir en un actuar arbitrario por parte de la autoridad administrativa si, por consideraciones valorativas-subjetivas, desea simplemente alejar al funcionario público del servicio sin causa que lo justifique. La ley autoriza únicamente a establecer períodos de contratación no más allá del 31 de diciembre de cada año calendario. Cosa distinta es ponerle término a la prestación de servicios amparándose en una cláusula jurídica que, en nuestra opinión, no encuentra asidero normativo.

Esta errónea interpretación administrativa incluso ha llevado a sostener que *"siempre que en el acto administrativo que contiene la prórroga de la contrata aparezca claramente que esa medida ha sido adoptada en los mismos términos fijados en el vínculo primitivo –esto es, que el cargo del funcionario esté asimilado a igual planta y corresponda a idéntico grado que el del instrumento original–, y éste contemplaba el enunciado mientras sean*

⁵⁴ GARCÍA y FERNÁNDEZ (2011) pp. 452 y 453. En sentido similar SÁNCHEZ (2010) p. 92, y DE FELIPE (1995) p. 21. Es interesante destacar que para Fernández Farreres, la potestad administrativa no es potestad para elegir entre diferentes todas igualmente justas y tampoco existe *a priori* un núcleo de libre y legítima decisión de la administración que debe ser respetada por los tribunales. Citado por DESDENTADO (1999) p. 68. *Vid.* también PAREJO (2012) p. 277, para quien la discrecionalidad es uno de los conceptos claves del derecho administrativo en un Estado de Derecho, dado que cada atribución de discrecionalidad representa la generación de un espacio de modulación de las exigencias propias del principio de legalidad de la actuación administrativa.

⁵⁵ VERGARA (2016).

*necesarios sus servicios, debe entenderse que dicha estipulación rige también respecto de su extensión*⁵⁶.

Esto implica que cuando en la renovación se ha omitido la anotada fórmula, la contrata mantiene su estado original, facultándose a la autoridad para ponerle término anticipado a tal designación.

2. Motivación y confianza legítima

A fines del año 2016, el actual contralor Jorge Bermúdez Soto emitió dos pronunciamientos jurídicos que modificaron parcialmente la jurisprudencia vigente en materia de terminación de contrata administrativas. La nueva doctrina incorpora el principio de protección, proveniente del Derecho comparado, de la confianza legítima y establece mayores exigencias en la motivación del acto administrativo que prescinde de los servicios del funcionario a contrata.

Los dos pronunciamientos jurídicos a que nos referimos corresponden a los dictámenes n°s. 22.766 y 23.518, de 2016.

El primero resolvió, en el ámbito municipal, que la recontractación reiterada de los empleados afectados tornó en permanente y constante la mantención del vínculo de los mismos, lo que determinó, en definitiva, que los municipios involucrados incurrieran en una práctica administrativa que generó para los recurrentes una legítima expectativa que les indujo razonablemente a confiar en la repetición de tal actuación.

Señala asimismo ese documento que al ser renovada durante 15 y 4 años, en cada caso, la vinculación de los municipios con los petitionarios, a estos últimos les asistió –al amparo de los principios que indica– la confianza legítima de que serían recontractados para el año 2016, añadiendo que la mencionada confianza legítima se traduce en que no resulta procedente que la Administración pueda cambiar su práctica, ya sea con efectos retroactivos o de forma sorpresiva, cuando una actuación continuada haya generado en la persona la convicción de que se le tratará, en lo sucesivo y bajo circunstancias similares, de igual manera que lo ha sido anteriormente⁵⁷.

⁵⁶ Vid. Contraloría General de la República, dictámenes n°s 12.769 de 2008, 36.956 de 2011 y 52.385 de 2014.

⁵⁷ Vid. Contraloría General de la República, Dictamen n° 85.700 de 2016, que imparte instrucciones y establece criterios complementarios para la aplicación de los Dictámenes n°s 22.766 y 23.518 de 2016.

Por ello, concluye que, teniendo en cuenta que las reiteradas renovaciones de las contrataciones –desde la segunda renovación al menos–, generan en los servidores municipales que se desempeñan sujetos a esa modalidad, la confianza legítima de que tal práctica será reiterada en el futuro. De este modo, para adoptar una determinación diversa, es menester que la autoridad municipal emita un acto administrativo que explicita los fundamentos que motiven tal decisión.

Por su parte, el Dictamen n° 23.518, de 2016, estableció que el término anticipado de una designación a contrata dispuesta con la fórmula “mientras sea necesarios sus servicios”, debe materializarse por un acto administrativo fundado, correspondiendo, por tanto, que la autoridad que lo dicta exprese los motivos –esto es, las condiciones que posibilitan y justifican su emisión–, los razonamientos y los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de sustento y conforme a los cuales ha adoptado su decisión, sin que sea suficiente la simple referencia formal, de manera que su sola lectura permita conocer cuál fue el raciocinio para la adopción de su decisión.

En el Dictamen n° 22.766 se invoca el principio de la confianza legítima, institución que se relaciona con la posibilidad con que cuenta la Administración Pública para dejar sin efecto actos de contenido favorable, situaciones jurídicas ya regladas o reglándolas, si no lo estaban o resolviéndolas de manera que altera la tendencia o dirección de la actuación que había mantenido hasta ese momento⁵⁸.

Sin embargo, lo que realmente precisa ese pronunciamiento jurídico, al igual que el Dictamen n° 23.518, es la obligación de los servicios públicos, contenida en el artículo 11 de la Ley n° 19.880 de 2003, de expresar las razones y fundamentos de hecho, como de derecho, en que apoyan su decisión de desvinculación del funcionario a contrata.

Para que un acto administrativo esté motivado sólo se exige que su parte dispositiva o resolutoria establezca las razones o fundamentos que justificaron la decisión de la Administración.

Esta doctrina administrativa se traduce en la afirmación positiva de que para ponerle término anticipado a la contratación o simplemente no renovarla, basta que el organismo respectivo motive suficientemente el acto administrativo. Si supera aquel estándar de actuación, la decisión es válida y ante ello nada puede hacer el trabajador público, incluso si pretendiera judicializar el asunto tampoco tendría éxito.

⁵⁸ BERMÚDEZ (2005) pp. 83-105.

Al efecto, algunos tribunales de letras del trabajo y Cortes de Apelaciones han entendido que si el acto mediante el cual se pone término al vínculo subordinado que une al Estado con el funcionario a contrata se encuentra fundamentado y cumple con las instrucciones impartidas por la Contraloría General de la República, se ajusta a Derecho y no merece reproche alguno.

La expiración de funciones se produce *ipso iure*, sin que sea necesario expresión de causa, toda vez que la justificación de la decisión administrativa tiene su origen en la ley y solamente podría impugnarse y dejarse sin efecto por la vía ordinaria en el caso de que fuera infundada o careciera de mérito. El amparo judicial se admite solamente en los casos que exista arbitrariedad en la medida, se vulneren derechos fundamentales durante la relación laboral o con ocasión del despido o que sea una represalia en contra del trabajador público⁵⁹.

Obviamente este planteamiento refuerza la discrecionalidad de la autoridad, ya que por tratarse de una actuación adoptada en el ejercicio de una potestad legal, cuya finalidad es proveer un cargo que en un momento determinado no puede ser servido por un funcionario de planta, se tolera ponerle término anticipado a la contratación o derechamente no renovarla.

Incluso la Corte Suprema ha llegado a sostener que este tipo de contrataciones deriva de la necesidad de contar con un empleado adicional, por tiempo limitado, con relativo dinamismo⁶⁰. Reflexión que no compartimos, por cuanto este tipo de declaración fomenta aún más la precariedad de los nombramientos a contrata en el aparato público.

CONCLUSIONES

Llegados a este punto podemos reafirmar, sin temor a equivocarnos, que los funcionarios a contrata no gozan de estabilidad en el empleo y carecen por completo del amparo de la función pública.

⁵⁹ Consúltese las sentencias dictadas por el Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, *González con Serviu V Región* (2017, R.I.T.: T-133-2017); 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, *Serri con Junji* (2017, R.I.T.: T-60-2017) y Corte de Apelaciones de Santiago, *Serri con Junji* (rol n° 1097-2017).

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, *Langer Ramírez contra Comisión Nacional de Medio Ambiente* (rol n° 9.089-2010).

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República autoriza, sobre de la base de la normativa estudiada, que su continuidad laboral dependa de la decisión de discrecionalidad de la autoridad estatal que efectuó el nombramiento y no de sus méritos y calificaciones.

Para poner término anticipado o no renovar su contratación se exige únicamente la motivación del acto administrativo de desvinculación.

Esta desafortunada interpretación ha sido validada en sede judicial. Hay consenso en la idea de que la separación del trabajador público tiene fundamento jurídico y obedece a una actuación en el marco de las potestades conferidas por la ley.

La crítica no pasa por reparos de constitucionalidad, sino por el sentido y alcance dado al artículo 10 de la Ley n° 18.834, de 1989. La existencia de esa disposición permite inferir, aunque en forma equivocada, que el órgano-autoridad está facultado para utilizar la fórmula mientras sean necesarios sus servicios.

Se hace imperativo entonces introducirle cambios de fondo al actual régimen jurídico imperante en el país, derogando y/o modificando este tipo de reglas y reemplazándolas por otras que favorezcan la estabilidad del funcionario a contrata en los diversos momentos de la relación laboral. Sólo así habrá una simbiosis entre la normativa legal y constitucional, y se eliminará todo atisbo de precariedad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUILERA, Raquel (2011): "La extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas: algunas singularidades", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n° 93: pp. 317-342.

ARGANDOÑA, Manuel (1985): "El derecho a la función y su protección jurídica", *Revista de Derecho Público*, n°s 37 y 38: pp. 271-302.

BERMÚDEZ, Jorge (2005): "El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria", *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XVIII n° 2: pp. 83-105.

_____ (2014): *Derecho Administrativo General* (3ª edición, Santiago, Editorial Legal Publishing, Thomson Reuters).

- BOLTAINA, Xavier (2005): “La funcionarización del personal laboral de las administraciones públicas. Consecuencias sobre el nuevo vínculo jurídico: ¿un tertiumgenus transitorio funcionarial?”, *Revista de Administración Pública*, n° 168: pp. 309-505.
- BULNES, LUZ (1980): “La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho Público*, n° 28: pp. 121-138.
- CAAMAÑO, Eduardo y CELIS, Carolina (2015): *Colonizando la tierra de nadie: Algunas consideraciones para avanzar hacia la laboralización de la función pública* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- CAMPOS, José (2013): *La extinción de la relación de servicio de los empleados públicos. Personal funcionario y laboral* (Barcelona, Editorial Bosch).
- CANTERO, Josefa (2001): *El Empleo Público: Entre Estatuto Funcionario y Contrato Laboral* (Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales).
- CÁRCAMO, Alejandro (2016): “El empleado a contrata ‘mientras sean necesarios sus servicios’: Una interpretación jurisprudencial de espaldas a la Ley n° 19.880”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n° 22: pp. 159-175.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2002). *Estatuto Administrativo Interpretado. Coordinado y Comentado* (Santiago, Ediciones Contraloría General de la República).
- DE FELIPE, Miguel (1995): *Discrecionalidad Administrativa y Constitución* (Madrid, Editorial Tecnos).
- DESDENTADO, Eva (1999): *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico* (Pamplona, Aranzadi Editores).
- DÍAZ, José (2015): “La igualdad constitucional: múltiple y compleja”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n° 1: pp. 153-187.
- GARCÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Ramón (2011): *I Curso de Derecho Administrativo* (15ª edición, Madrid, Editorial Civitas, S.A.).
- GARCÍA, María (2008). “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el estatuto del empleado público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 15: pp. 129-156.

- HUIDOBRO, Ramón (1999): "La admisión a todas las funciones y empleos públicos. Antecedentes en las Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución", *Revista de Derecho Público*, n° 61: pp. 194-198.
- IZQUIERDO, FRANCISCO y MOLINA, MÓNICA (1998): *La laboralización de los funcionarios públicos* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- LANATA, Gabriela (2009): *Contrato Individual de Trabajo* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- LÓPEZ, José (1995): *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas* (Madrid, España, Editorial Civitas).
- _____ (1999): "La relación laboral especial de función pública del personal laboral de las Administraciones Públicas", *Revista de Derecho Social*, vol. 7.
- _____ (2009): *La relación laboral especial de empleo público* (Navarra, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor).
- MONTOYA, Alfredo (2011): "Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n° 93: pp.13-46.
- OEHLING, Alberto (2011): "El concepto constitucional de dignidad de la persona", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 91: pp. 135-178.
- PALOMAR, Alberto (2013): *Derecho de la función pública* (10ª edición, Madrid, Editorial Dykinson).
- PANTOJA, Rolando (1994): *Estatuto administrativo interpretado* (5ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PARADA, José (2007): *Derecho del empleo público* (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- _____ (2012): *II Derecho Administrativo. Organización y empleo público* (22ª edición, Madrid, Editorial Marcial Pons).
- PAREJO, Luciano (2012): *Lecciones de Derecho Administrativo* (5ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch).

- PÉREZ-BEDMAR, María (2006): *Empleo y prestación de servicios en la administración pública* (Valladolid, Editorial LexNova).
- PIERRY, Pedro (1984): “El control de la discrecionalidad administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 8: pp. 479-491.
- PIETROBONI, Carla (2011): “La laboralización de la función pública: la cesación del vínculo de los funcionarios de la atención primaria de la salud dependientes de una corporación municipal”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 2, n° 3: pp. 97-112.
- RAMOS, Francisco (2011): *El personal laboral de las Administraciones Públicas* (Madrid, Editorial La Ley).
- SÁNCHEZ, Miguel (2010): *Derecho Administrativo. Parte General* (6ª edición, Madrid, Editorial Tecnos).
- SÁNCHEZ, Miguel, CASTILLO, Federico, PALOMAR, Alberto y SALA, Tomás (2008): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (2ª edición, Valladolid, Editorial Lex Nova).
- SANTA MARÍA, Juan (2009): *I Principios de Derecho Administrativo* (2ª edición, Madrid, Editorial Iustel).
- SOTO KLOSS, Eduardo (2012): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (3ª edición, Santiago, Abeledo Perrot).
- VALVERDE, Antonio (2004): “Especialidades de la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, (*Revista de Actualidad Laboral*), n° 14: pp. 193-210.
- VARAS, Karla (2012): *Laboralización de la función pública* (Tesis de Magister, Universidad de Talca).
- VERGARA, Alejandro (2016): “Término anticipado del empleo administrativo a contrata: lo transitorio no significa precariedad”, *El Mercurio Legal*, 2 de diciembre de 2016. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Jurídico/2016/12/02/Término-anticipado-del-empleo-administrativo-a-contrata-lo-transitorio-no-significa-precariedad.aspx>>, fecha de consulta: 2 de octubre de 2017.

VERGARA, Hernán (2015): “¿Rige el Derecho del trabajo en la función pública colombiana? Un estudio desde la justicia administrativa”, (*Revista de Opinión Jurídica*), vol. 14, n° 27: pp. 175-192.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Código del Trabajo, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley n° 1, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, del 31 de julio de 2002, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo del 2003.

Constitución Política de Querétaro (México) del 5 de febrero de 1917.

Constitución Política de Weimar (Alemania) del 11 de noviembre de 1919.

Constitución Política de la República (Chile) del 18 de octubre de 1925.

Constitución Política de la República (Chile) del 11 de marzo de 1980.

Ley n° 7/2007 del 12 de abril de 2007, que aprueba el estatuto básico del empleado público en España.

Ley n° 18.575 del 12 de noviembre de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley n° 18.834 del 23 de septiembre de 1989, que aprueba el Estatuto Administrativo.

Ley n° 18.883 del 29 de diciembre de 1989, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.

Ley n° 19.070 del 1 de julio de 1991, que aprueba el Estatuto de los Profesionales de la Educación.

Ley n° 19.378 del 13 de abril de 1995, que establece el Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.

Ley n° 19.464 del 5 de agosto de 1996, que establece normas y concede aumento de remuneraciones para el personal no docente de establecimientos educacionales que indica.

Ley n° 19.880 del 29 de mayo de 2003, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

JURISPRUDENCIA CITADA

Contraloría General de la República, Dictamen n° 4.981, de 2004.

_____, Dictamen n° 5.822, de 2011.

_____, Dictamen n° 12.769, de 2008.

_____, Dictamen n° 13.039, de 2013.

_____, Dictamen n° 15.124, de 2014.

_____, Dictamen n° 15.951, de 2001.

_____, Dictamen n° 16.557, de 2010.

_____, Dictamen n° 19.218, de 2015.

_____, Dictamen n° 19.333, de 2008.

_____, Dictamen n° 19.920, de 2007.

_____, Dictamen n° 19.973, de 2012.

_____, Dictamen n° 22.766, de 2016.

_____, Dictamen n° 23.518, de 2016.

_____, Dictamen n° 27.438, de 1957.

_____, Dictamen n° 31.100, de 2008.

_____, Dictamen n° 31.386, de 1982.

_____, Dictamen n° 34.139, de 2010.

_____, Dictamen n° 36.956, de 2011.

_____, Dictamen n° 37.463, de 2012.

_____, Dictamen n° 39.516, de 2015.

_____, Dictamen n° 44.480, de 2005.

_____, Dictamen n° 45.279, de 2010.

_____, Dictamen n° 48.870, de 2005.

_____, Dictamen n° 52.385, de 2014.

_____, Dictamen n° 59.373, de 2015.

_____, Dictamen n° 60.690, de 1979.

_____, Dictamen n° 66.193, de 2013.

_____, Dictamen n° 76.755, de 2013

_____, Dictamen n° 82.939, de 2013.

_____, Dictamen n° 83.347, de 2015.

_____, Dictamen n° 85.700, de 2016.

Corte de Apelaciones de Santiago, *Serri con Junji* (2017): 13 de septiembre de 2017, rol n° 1097-2017, recurso de nulidad laboral.

Corte Suprema, *Aguilera Thomann con Ministerio de Educación* (2011): 13 de enero de 2011, rol n° 9.621-2010, recurso de protección.

_____, *Aguirre Zavala y otros contra Servicio Nacional del Adulto Mayor* (2011): 28 de enero de 2011, rol n° 9.793-2010, recurso de protección.

_____, *Díaz Quiroz y otros con Servicio Nacional de Menores* (2011): 19 de enero de 2011, rol n° 9.801-2010, recurso de protección.

_____, *Langer Ramírez contra Comisión Nacional de Medio Ambiente* (2011): 18 de enero de 2011, rol n° 9.089-2011, recurso de protección.

_____, *Morales Allende contra Servicio Nacional de Capacitación y Empleo* (2011): 19 de enero de 2011, rol n° 9.499-2011, recurso de protección.

OLIVARES JATIB, OSCAR (2017): LA PRECARIEDAD DEL EMPLEO A CONTRATA REGULADO EN LA LEY N° 18.834: UNA CRÍTICA A LA NORMATIVA VIGENTE.

_____, *Parra Guerra y otros con Fondo de Solidaridad e Inversión Social* (2011): 28 de enero de 2011, rol n° 9.886-2010, recurso de protección.

_____, *Pisani Arriagada contra Servicio de Salud de Iquique* (2011): 26 de enero de 2011, rol n° 8.907-2010, recurso de protección.

_____, *Sáez Zárate con Servicio de Salud de Iquique* (2010): 13 de diciembre de 2010, rol N° 8.034-2010, recurso de protección.

Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, *González con Serviu V Región* (2017): 1 de septiembre de 2017, R.I.T. T-133-2017, sentencia de tutela laboral.

2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, *Serri con Junji* (2017): 5 de mayo de 2017, R.I.T. T-60-2017, sentencia de tutela laboral.