



- Publicado en www.diarioconstitucional.cl, columnistas, en fecha 18 de Abril de 2.016.

“Luces y Sombras de los nuevos criterios de la Contraloría General de la República en materia de Empleos a Contrata”.

Dos recientes dictámenes emanados del Organismo Contralor (a saber, dictamen N° 22.766 – 2016, de fecha 24 de Marzo, y 23.518 – 2016, de fecha 29 de Marzo), han modificado diametralmente el recto sentido y alcance que hasta ahora se daba a la regulación legal de los empleados a contrata en la Administración del Estado.

En efecto, a través del primer dictamen citado (22.766-2016), la Contraloría General de la República –reconsiderando toda su jurisprudencia anterior en contrario- se pronuncia sosteniendo que la renovación de una contrata durante varios años, genera para el funcionario la confianza legítima de que la contrata será prorrogada para el año siguiente, correspondiendo entonces, que una determinación distinta, sea adoptada a través de un acto administrativo motivado y debidamente notificado al funcionario.

Discrepamos del criterio sustentado por la entidad contralora en este dictamen. En efecto, la interpretación administrativa esbozada, violenta el tenor literal del artículo 10 de la Ley 18.834 y artículo 2 de la Ley N° 18.883, en cuanto ambos preceptos señalan que *“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”*.

De este modo, es el legislador el que establece expresamente que el 31 de diciembre de cada año, cesan los empleos a contrata, sin necesidad de emitir acto o pronunciamiento alguno al respecto. La exigencia de emitir un acto administrativo, viene impuesta frente a la voluntad del órgano de prorrogar la contrata para el año siguiente.

Así, si conforme al Estatuto Administrativo, no es necesario emitir un acto que decreta el término del empleo a contrata en fecha 31 de diciembre de cada año – ya que opera por el solo ministerio de la ley-, no parece acertado exigir –como lo



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

hace la Contraloría en el dictamen en análisis- la dictación de un acto administrativo motivado que comunique –notifique- la no renovación de la contrata que se ha prolongado por largo espacio de tiempo.

Para arribar a la conclusión en examen, se invoca el principio de la confianza legítima, el cual “*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 anteriormente*”.

El problema que representa la utilización de dicho principio en la especie –no aceptado uniformemente en nuestra doctrina-, es que la decisión del órgano administrativo no tenía efectos retroactivos, ni tampoco podía ser calificada como sorpresiva, desde el momento en que es el legislador el que establece que las contratas cesan, por el solo ministerio de la ley, el 31 de diciembre de cada año, cuestión conocida por los funcionarios a contrata de antemano.

A través de este criterio, a nuestro juicio, ilegal, la Contraloría termina en definitiva legitimando la existencia de empleos a contrata permanentes y constantes en el tiempo –dejándolos sujetos solo a esta restricción-, siendo que su principal característica legal, es la de su transitoriedad o temporalidad.

Por su parte, mediante el segundo dictamen (23.518-2016), se establece que el término anticipado de una contrata dispuesta con cláusula “*mientras sean necesarios sus servicios*”, debe adoptarse siempre mediante un acto administrativo motivado.

La jurisprudencia del Organismo Contralor –por ejemplo en los dictámenes N°s. 74.764, de 2012, y 80.960, de 2014- había concluido que cuando una contratación o su prórroga, ha sido dispuesta con la fórmula “*mientras sean necesarios sus servicios*”, la autoridad administrativa puede ponerle término en el momento que estime conveniente. No obstante lo anterior, en el pronunciamiento en análisis, haciendo una correcta aplicación de los artículos 11, 16 y 41 de la ley N° 19.880, la Contraloría concluye que “*...los actos administrativos que afecten los derechos de los particulares, tanto los de contenido negativo o gravamen como los de contenido favorable, deberán ser fundados, debiendo, por tanto, la autoridad que*



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

los dicta, expresar 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, pues de lo contrario implicaría confundir la discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico con la arbitrariedad, sin que sea suficiente la mera referencia formal, de manera que su sola lectura permita conocer cuál fue el raciocinio para la adopción de su decisión (aplica dictámenes N°s. 91.219, de 2014, y 1.342, de 2015)".

Por lo anterior, es que se concluye que "el decreto alcaldicio mediante el cual la autoridad ponga término anticipado a una contrata, debe necesariamente ser un acto administrativo fundado, pudiendo, en caso contrario, ser tachado de arbitrario y por ende, ilegítimo". Con esto, la Contraloría General de la República reconsidera toda su jurisprudencia anterior en materia de empleos a contrata dispuestos con la mentada cláusula (contenida, entre otros, en los Dictámenes N°s 51.010 - 2.012; 78.399 - 2.012; 37.413 - 2.013), en la cual se concluía que cuando una contrata ha sido ordenada con la cláusula mientras sean necesarios sus servicios, la autoridad puede ponerle término cuando lo estime conveniente, sin que para ello requiera de una especial fundamentación.

El razonamiento utilizado y la conclusión a la que arriba la Contraloría, viene a dar respuesta a una situación de total injusticia –ilegalidad y arbitrariedad- a la que se encontraban expuestos los empleados a contrata con cláusula "mientras sean necesarios sus servicios", los cuales eran cesados anticipadamente en funciones, en la mayoría de los casos, sin conocer los fundamentos de dicha decisión.

Sin perjuicio de lo anterior, llama poderosamente la atención que, en el caso sometido a examen ante la Contraloría, no obstante fijar el precedente anteriormente explicitado, "se advierte que el decreto N° 3.302, de 2015, por el cual se puso término anticipado a la contratación de la peticionaria, no expresa los motivos fácticos que se tuvieron en cuenta en la decisión contenida en dicho acto, no satisfaciendo la exigencia de que se trata, por cuanto no indica los antecedentes de hecho y de derecho en que se sustenta, limitándose a citar en sus vistos el decreto que prorrogó la designación de la ex funcionaria". Pese a esto, el Organismo Contralor entiende que a partir del informe evacuado por la Municipalidad de Recoleta, dicha entidad "fundamentó la desvinculación de la



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

recurrente en una optimización de recursos de personal, agregando que no reemplazó a la ex funcionaria mediante una nueva contratación, sino que su cargo fue provisto de forma interna, realizando sus funciones la servidora que indica, cuestión suficiente para no objetar el decreto N° 3.302, de 2.015, ya que del informe se desprende que los motivos de hecho expuestos en él son atendibles” – desestimando la presentación de la requirente-, pero que en el futuro “la Municipalidad de Recoleta tendrá que dictar actos administrativos fundamentados, en los que deberá incorporar las razones que den lugar a una determinada decisión”.

Estimamos que el dictamen en análisis fija una correcta interpretación en orden a la utilización de la Cláusula “*mientras sean necesarios sus servicios*” para poner término anticipado a los empleos a contrata. No obstante lo anterior, nos parece que en el caso concreto, el Decreto N° 3.302, de 2.015, de la Municipalidad de Recoleta, debió ser cuestionado en su legalidad, ya que no resulta admisible que por acto posterior –en la especie, informe evacuado a requerimiento del Organismo Contralor- se pueda establecer la motivación de un acto que originalmente, frente al destinatario, resultaba del todo infundado y, por tanto, arbitrario. Es de esperar que en el futuro, la Contraloría General de la República no legitime este tipo de situaciones irregulares, y que tal como se señala en el pronunciamiento, se exija que los actos por medio de los cuales se pone término anticipado a una contrata, contengan siempre las razones que dan lugar a la decisión en su texto.

No obstante todo lo anteriormente analizado, rescatamos la línea jurisprudencial seguida en el Dictamen N° 23.518 – 2016. En efecto, consideramos que la jurisprudencia administrativa del Organismo Contralor en dicho pronunciamiento, se está haciendo cargo de una patente ilegalidad –denunciada por la doctrina-, muy extendida en la Administración del Estado, consistente en poner término anticipado a las contrataciones dispuestas con la mencionada cláusula, sin esgrimir fundamento alguno, la cual se materializaba con el silencio cómplice de la misma Contraloría General de la República y de parte importante de la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, facilitando de ese modo, la materialización del vicio de desviación de fin.