

Las problemáticas del personal a contrata y las respuestas de la jurisprudencia judicial y administrativa

i. Introducción:

Al interior de la Administración Pública conviven distintas categorías de trabajadores producto de la diversidad de regímenes jurídicos aplicables.

En términos generales, se pueden distinguir las siguientes categorías:

1. Personal funcional, regido por el estatuto administrativo general y/o particulares. Nos referimos al personal de planta y de contrata;
2. Personal laboral, que está regido por el Código del Trabajo, de acuerdo a la ley orgánica que crea el servicio;
3. Personal a honorarios, que en principio, se rige por su respectivo convenio y las normas del derecho civil.

Hace algunos años, la temática de las relaciones laborales al interior de la Administración Pública se ha tornado en polémica y atractiva, especialmente por la recepción positiva que han tenido los tribunales laborales para resolver los conflictos que se suscitan en su interior. Esto a la vez, va de la mano con la constante precarización del empleo público, que ha planteado interesantes problemáticas al mundo jurídico.

En lo que se refiere al personal a contrata, estas problemáticas se han centrado en:

1. Vulneración de derechos fundamentales, tanto durante el desarrollo de la relación laboral, como a raíz de su término –no renovaciones de contratos–, problemática que ha tenido una gran repercusión en tribunales a raíz de la reforma procesal laboral, la que por primera vez consagró un mecanismo de tutela judicial ante las vulneraciones de los derechos fundamentales de los trabajadores, demandando los funcionarios públicos su aplicación supletoria, dado que el Estatuto Administrativo no consagra un mecanismo judicial similar para la tutela de los derechos fundamentales de este colectivo de trabajadores;
2. La desnaturalización del empleo a contrata por medio de las renovaciones sucesivas, donde las dos preguntas centrales son: ¿Qué pasa cuando un empleo a contrata pierde el carácter de transitorio?; ¿se pueden aplicar las normas del CT relativas a la transformación de los contratos a plazo fijo en indefinido?
3. Término anticipado de la contrata, dado su carácter transitorio y su vinculación con las necesidades del servicio, entendiéndose la autoridad administrativa que detenta una facultad discrecional para disponer el cese de una contrata antes de la fecha indicada en la resolución de nombramiento.

A continuación, pasaremos a analizar las principales doctrinas de la jurisprudencia judicial y administrativa que progresivamente han puesto límites a la precarización del empleo público.

ii. Las principales problemáticas del personal a contrata

a. *Las contrata que se prolongan o extienden en el tiempo: la desnaturalización del empleo a contrata*

Resulta obvio decir que cuando una contrata se prolonga en el tiempo, y por ende, pierde su carácter de transitorio,¹ genera una situación preliminarmente favorable para el trabajador que es renovado año a año. Sin embargo, esa sensación de estabilidad es relativa, primero porque pasa por la voluntad de la autoridad de turno, lo que genera una situación de incertidumbre al menos en un período del año (al acercarse el proceso de notificaciones de renovaciones a finales del mes de noviembre de cada año. Segundo, porque en caso de no renovarse una contrata que se prolongó por mucho tiempo, el trabajador queda sin su fuente de trabajo, y en principio, sin derecho a obtener reparación por un eventual despido injustificado, arbitrario y/o vulneratorio de derechos fundamentales, a lo que se añade, sin derecho a recibir cobertura por cesantía, como lo tienen los trabajadores del sector privado a través del seguro de cesantía.

Ese oscuro panorama que viven los trabajadores a contrata cuando son despedidos por medio de la figura de la no renovación, ha ido cambiando y dando luces de esperanza, por la vía jurisprudencial (administrativa y judicial), resultando paradójico que esa mayor protección a trabajadores sujetos a condiciones de precariedad no venga dada por el poder legislativo o ejecutivo.

Pues bien, una de esas luces de esperanza está marcada por el cambio de jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, la que, en un vuelco copernicano, ha otorgado cierta estabilidad en sus funciones al personal a contrata, en base a dos principios: confianza legítima y continuidad de la relación laboral.

Esta nueva doctrina está contenida en el dictamen N° 22.766 de 24-03-2016, de la Contraloría General de la República. En lo medular, se señala que las renovaciones de contrata (a lo menos 2), torna permanente y constante el vínculo, lo que determina una práctica administrativa que genera en los trabajadores una legítima expectativa que los induce razonablemente a confiar en la repetición de tal actuación. Entonces, ante la no renovación de las contrata sin explicitar los fundamentos de la decisión, el órgano contralor ordena a los municipios que fueron objeto de la reclamación, renovar los vínculos de los

¹El artículo 3 letra c) del Estatuto Administrativo señala que el empleo a contrata: "es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución".

requirentes para el año 2016 en los mismos términos de su última contratación, reincorporándolos a sus funciones y debiendo pagarles las remuneraciones correspondientes al tiempo durante el cual se vieron separados de sus labores, ya que dicho impedimento proviene de una situación de fuerza mayor, no imputable a aquellos.

b. Término anticipado de las contrataciones

En el término anticipado de las contrataciones clásicamente se distinguen dos situaciones:

1. La resolución de nombramiento de la contrata sólo señala el plazo de término del mismo (hasta el 31 de diciembre, por ejemplo);
2. La resolución de nombramiento de un cargo a contrata señala el plazo de término del nombramiento, agregando la frase: "o hasta que sus servicios sean necesarios".

La jurisprudencia administrativa y judicial, dependiendo de si en la resolución de nombramiento se contiene o no la frase "hasta que sus servicios sean necesarios", ha validado o declarado arbitraria, el ejercicio de la facultad administrativa de término anticipado de las contrataciones.

Así, el órgano contralor, por medio del Dictamen N° 39.562 de 25 de agosto de 2005, respecto de un trabajador de la unidad de farmacias del Hospital San Juan de Dios, que había sido contratado hasta el 31 de diciembre de 2005, con la fórmula "hasta que sus servicios sean necesarios", notificándosele el cese de sus funciones el día 13 de abril de 2005, sostuvo que: "*Los funcionarios contratados gozan del derecho a la estabilidad en el empleo, pero con las limitaciones propias que emanan del carácter transitorio de sus designaciones, de manera que la seguridad en sus cargos que les garantiza la ley estatutaria dice relación con la circunstancia de que su expiración de funciones sólo procede por alguna de las causales legales que ella consulta, a menos que el contrato haya sido dispuesto bajo la fórmula "mientras sean necesarios sus servicios", en cuyo caso, el cese de funciones se producirá a contar de la notificación al afectado de la total tramitación del decreto o resolución que así lo disponga, correspondiendo a la autoridad administrativa calificar las necesidades del servicio que justifiquen el término de los mismos, sin que compete a este órgano Fiscalizador evaluar los motivos que consideró al adoptar esa determinación*". (En el mismo sentido se ha pronunciado en los Dictámenes N°s. 23.019 de 2000; 34.132, de 2001; 16.577, 26.594, 52.536, 52.928 y 54.598, todos del 2010; 20.222 y 58.885 de 2013 y 24.278 de 2014 entre otros, de esta Entidad de Control).

Ahora, si la resolución de nombramiento en un cargo a contrata no contiene la famosa frase "hasta que sus servicios sean necesarios", el órgano contralor, cambia radicalmente su postura, indicando que: "*si no se contiene la cláusula "hasta que sus servicios sean necesarios" la autoridad no se encuentra facultada para ello y en ese caso el funcionario cesará en su cargo por expreso mandato*

de la ley, sólo una vez vencido el término establecido en la resolución de nombramiento respectiva” (Dictamen 66.812 de 2010).

En un primer momento, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia no fue uniforme. Mientras las Cortes de Apelaciones limitaban la facultad de la administración de dar término anticipado a una contrata, la Corte Suprema, revocaba tales pronunciamientos, entendiendo que la precariedad de estos vínculos y su estrecha relación con las necesidades del servicio, dotaba a la autoridad de una facultad implícita para cesar las contratas de manera anticipada.

En efecto, en un recurso de protección seguido ante la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 1466-2000, interpuesto por un trabajador a contrata que había sufrido su desvinculación anticipada, sin que se contuviera en su resolución de nombramiento la ya tantas veces citada frase, “hasta que sus servicios sean necesarios”, se resolvió que el referido término vulneraba las garantías del artículo 19 N° 2 y 24 de la Constitución Política, ya que el recurrido no tenía la facultad de poner término anticipado a las funciones desempeñadas por el recurrente. La Corte Suprema, en causa Rol 200-2011, revoca el fallo, teniendo en consideración que la resolución de nombramiento señalaba que “por razones de buen servicio, se hace necesario contratar a las personas que se indican”. En consecuencia, el fundamento de la contrata fueron razones de buen servicio, y si se tiene en vista el carácter transitorio del vínculo, se desprende implícitamente la facultad de la autoridad para poner término anticipado a la contrata.²

Ahora, como el término anticipado de una contrata supone la expedición de un acto administrativo, cabe preguntarse si tal acto requiere una motivación o fundamentación que vaya más allá de la genérica frase de que los servicios ya no son necesarios.³ Ello, en aplicación de los principios de publicidad y transparencia consagrados en nuestra carta fundamental, y concretados posteriormente por el legislador.

En efecto, el artículo 8 de la Constitución Política, dispone que: *El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.*

² En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en las causas Rol 7981-2000 y 8441-2012.

³ En general, las resoluciones que ponen término a las contratas no fundamentan el por qué los servicios no son necesarios. La Corte Suprema, en sentencias rol 7981-2010, 200-2011 y 1475-2011, sostuvo que la autoridad está facultada para cesar las contratas, bastando para ello la alusión genérica de la no necesidad de sus servicios.

En el ámbito legislativo, se exige que todos los actos de la administración del Estado estén fundados, de manera que permitan a los ciudadanos comprender los motivos de las decisiones adoptada, especialmente cuando pueda afectar algunos de sus derechos.

Las normas legales en juego son las siguientes: (1) artículo 2 de la Ley 18.575: *Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes;* (2) Artículo 11 bis de la Ley 18.575 incisos 1, 2 y 3º: *Los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.*

La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.

Son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial; (3) Artículo 11 de la Ley 19.880: Principio de imparcialidad. *La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.*

Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

Del marco constitucional y legal expuesto se colige entonces que la Administración, para proceder al cese de una contrata –regular o de manera anticipada–, debe justificar su decisión, no siendo suficiente la expresión genérica de no ser necesarios los servicios de un funcionario determinado.

Por otro lado, debemos tener presente que las causales de término de la función pública están establecidas en el artículo 146 del Estatuto Administrativo. En ninguna de ellas se contempla como causal de cese de funciones la decisión de la autoridad fundada en no ser necesarios los servicios del funcionario a contrata.

Se vulnera de este modo, el principio de legalidad al aplicar una causal de término no prevista en la ley.

Ahora, afortunadamente, y tal como ha ocurrido en otras materias trascendentales para los funcionarios públicos, existe una doctrina incipiente de la Corte Suprema, que va en sentido contrario a los criterios expuestos precedentemente, contenida en las sentencias recaídas en las causas rol 10346- de 2015, de 3 de noviembre de 2015, y 35196-2016, de 3 de octubre de 2016. Esta última causa versó sobre un recurso de protección deducido por un

trabajador a contrata del Instituto de Previsión Social, que detentaba tal calidad desde el año 1996. Ante la continuidad del vínculo a contrata, la corte señaló que, en razón de que prestó servicios de forma ininterrumpida por un lapso de 20 años, la resolución que pone término a sus servicios deben contener un nivel de fundamentación superior a la frase genérica: "por no ser necesarios sus servicios", lo que no ocurre en la especie.

En consecuencia, "el término anticipado de la contrata evidencia ser arbitraria, toda vez que los fundamentos explicitados en la resolución impugnada resultan insuficientes para justificar la terminación de su empleo a contrata, teniendo en especial consideración para ello, como ya se indicó, el prolongado período por el cual se extendió la prestación de servicios bajo la citada modalidad".

Se vulnera la garantía de igualdad ante la ley, "en tanto fue objeto de un trato discriminatorio en relación a aquellas personas que, contratadas en similares o iguales condiciones, no se vieron sometidas a una decisión como la que se consigna".

La Contraloría General de la República también ha cambiado su criterio en torno al término anticipado de las contrata, exigiendo que tal decisión se materialice por medio de un acto administrativo fundado. En efecto, por medio del Dictamen N° 23.518 de 29 de marzo de 2016, el órgano contralor, aplicando correctamente los artículos 11 de la ley N° 19.880 que preceptúa que: "*Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares*"; inciso primero del artículo 16, que dispone: "*El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él*" y, el inciso cuarto del artículo 41 del mismo texto legal que establece: "*Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada*". El juego de las disposiciones transcritas lo llevan a concluir: "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 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".

c. La protección de los derechos fundamentales de los trabajadores públicos

Sin duda un avance muy relevante en el empleo público, ha sido el reconocimiento de la aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales regulada en el Código del Trabajo. El camino hacia esa protección no fue fácil, pero afortunadamente hoy tenemos una jurisprudencia consolidada en la senda

de la aplicación supletoria e la acción de tutela a los trabajadores públicos, dado que el Estatuto Administrativo no consagra un medio de protección equivalente, que permita la tutela efectiva de este colectivo de trabajadores, en caso que sea lesionado alguno de los derechos fundamentales listados en el artículo 485 del Código del Trabajo.

Esta herramienta judicial, ha sido utilizada principalmente por trabajadores a contrata y honorarios, quienes mantienen vínculos precarios con la Administración, cuestión que los coloca en una situación de vulnerabilidad ante el ejercicio abusivo del poder del Estado-empleador.

iii. Conclusiones

No cabe duda que el escenario de las relaciones laborales al interior de la Administración Pública ha cambiado. Ello por varias razones.

Primero, porque se ha evidenciado que se trata de un típica relación de trabajo de mando y obediencia, que merece la tutela del derecho del trabajo. Se ha avanzado así desde una doctrina de total separación del régimen estatutario y laboral, hacia una doctrina de apertura, donde el derecho del trabajo, como legislación común aplicable a todas las prestaciones de servicio que se ejecutan bajo subordinación y dependencia, extiende o expande su ámbito de protección a los trabajadores del sector público.

Segundo, porque se ha hecho patente la situación de precariedad de los trabajadores públicos y los abusos que comete el Estado en su calidad de empleador, cuestión que ha obligado a los tribunales a poner freno a esos abusos, especialmente por medio de:

1. Aplicación de la acción de tutela de derechos fundamentales a los funcionarios públicos, sea personal de planta, contrata, e incluso, honorarios. Esta acción es ejercida directamente ante los Tribunales del Trabajo;
2. Aplicación de la acción declarativa de existencia de relación laboral, y todos los efectos que ello conlleva: pago de cotizaciones de seguridad social y aplicación del régimen indemnizatorio ante el término del vínculo laboral, al personal que presta servicios al Estado bajo régimen honorarios, pero fuera de los supuestos previstos por el legislador. Esta acción se ejerce directamente ante los Tribunales del Trabajo;
3. Aplicación de la sanción de la conocida Ley Bustos cuando el Estado, especialmente en relación al personal a honorarios, no ha pagado las cotizaciones de seguridad social al momento del despido. Acción que también debe ser ejercida ante los Tribunales del Trabajo, conjuntamente con la declaración de existencia de relación laboral respecto del personal a honorarios del Estado;
4. Exigencia de debida fundamentación a las resoluciones que ponen término a las contratas, ya que de lo contrario, la decisión de la autoridad es

estimada arbitraria. En caso que esta fundamentación no se exprese en la resolución que pone término a la misma, el funcionario podrá entablar un requerimiento ante la Contraloría General de la República, o ejercer directamente la acción de protección ante la Corte de Apelaciones respectiva, al existir un acto arbitrario y discriminatorio;

5. Aplicación de la ley de subcontratación y la consecuente responsabilidad solidaria o subsidiaria del Estado, cuando se ha externalizado algún servicio y la empresa contratista o subcontratista ha vulnerado los derechos de sus trabajadores.

En definitiva nos encontramos ante un escenario donde la tutela de los derechos de los trabajadores públicos viene dada por la acción de los tribunales de justicia.