



Tesis para optar al grado de Magister en Derecho

**ANÁLISIS CRÍTICO AL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN
LOS EMPLEOS PÚBLICOS A CONTRATA.
ANÁLISIS DOGMÁTICO Y JURISPRUDENCIAL**

Nombre: Nicolás Domínguez Celedón

Profesor Guía: Christian Rojas Calderón

Octubre 2022

Resumen

El presente trabajo analiza el Principio de la Protección de la Confianza Legítima desde un punto de vista dogmático y práctica a la luz de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema a fin de efectuar un análisis crítico de los efectos de su aplicación en el empleo público.

Palabras clave: Confianza legítima – Empleo público - Función pública

Introducción

A partir de los dictámenes N^{os} 85.700, de 2016, y 6.400, de 2018, ambos de la Contraloría General de la República, los cuales impartieron instrucciones generales a los órganos sujetos a su fiscalización, se reconoció la aplicación del principio de confianza legítima en los empleos a contrata, produciéndose un cambio de paradigma a nivel jurisprudencial y doctrinal que vino a poner en tela de juicio el carácter transitorio que tenían este tipo de funcionarios, y cuyo término era indefectiblemente el 31 de diciembre de cada año, a menos que la autoridad resolviera su prórroga con a lo menos 30 días de anticipación.

La evolución de la jurisprudencia emanada del ente de control y recogida *a posteriori* por la Corte Suprema de Justicia ha tenido un marcado objetivo protector de la función pública (Gómez, 2019: p. 145), en particular de los empleos a contrata a quienes la ley ha puesto en una situación jurídica “precarizada” (Phillips, 2020: p. 88).

En términos generales, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha señalado que luego de la segunda renovación surge para el funcionario la legítima confianza que será renovado en las mismas condiciones, a menos que la autoridad, mediante un acto administrativo fundado, 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 decisión¹ de no renovar.

Por su parte, la Corte Suprema ha ido más allá y ha señalado, luego de una rápida evolución jurisprudencial que, a partir de la segunda renovación existe la confianza legítima por parte del servidor público de ser renovado en iguales términos, solo pudiendo procederse a su desvinculación por calificación deficiente o por medida de destitución previo sumario administrativo². Dicha postura fue recogida por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República quien, luego de la emisión del dictamen N° E156769, de 17 de noviembre de 2021, impartió nuevas instrucciones en el mismo sentido, produciéndose una unificación de criterio en sede administrativa y judicial

¹ Dictamen N° 6.400, de 02 de marzo de 2018.

² Sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 38.888-2019.

Esta tesis dominante claramente cambió radicalmente la forma en que los órganos de la Administración del Estado operaban históricamente, produciéndose una suerte de rigidez respecto de las dotaciones del personal a contrata, lo que ha producido relevantes consecuencias en cuanto al ejercicio de las específicas potestades de organización, dirección y presupuestarias con las que cuentan los jefes superiores de los servicios públicos.

El robustecimiento de la protección sobre la base del mencionado principio también ha traído una serie de consecuencias incipientes en otras figuras jurídicas. Así, la extrapolación del Principio de la Confianza Legítima ha servido de límite a modificaciones en los grados de asimilación en los funcionarios a contrata³, cuando estos tienen por objeto su disminución, así como, recientemente, estimar que los servidores a honorarios que desarrollan labores permanentes en la Institución son asimilables al personal a contrata, con todas las consecuencias que dicha aseveración conlleva⁴.

Así las cosas, en el último tiempo la tesis dominante ha comenzado a presentar incipientes voces disidentes que se han materializado fundamentalmente en votos de minoría de diversos fallos de la Corte Suprema⁵, que han venido a intentar morigerar la aplicación de dicho principio en la función pública.

En relación a lo señalado, el presente trabajo se propone como objetivo efectuar un análisis crítico del Principio de la Confianza Legítima en los empleos a contrata, para lo cual se partirá con una breve exposición de nociones generales sobre el empleo o función pública y el Principio de la Confianza Legítima. Luego se presentará el estado actual de la cuestión en la jurisprudencia reciente de la Contraloría General de la República y de la Corte Suprema. En una tercera parte, se propone identificar los efectos del referido principio en el empleo público, y los principales problemas prácticos que se han producido en los órganos de la Administración del Estado como consecuencia de la aplicación del referido principio, para luego culminar con conclusiones sobre lo expuesto.

³ Sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 12589-2019.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema (2021), Rol 66.367-2021.

⁵ Véase Castillo, 2021, donde el autor efectúa un análisis pormenorizado de los votos de minoría de diversas sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian en forma disidente o efectúan prevenciones respecto de la aplicación del Principio de Confianza Legítima en los empleos a contrata.

I. Nociones generales sobre el empleo a contrata y el Principio de la Confianza Legítima y su aplicación a la función pública

1. El empleo a contrata

En el sistema chileno de empleo público existen cuatro categorías de personas que prestan servicios en la Administración.

En primer término, están los funcionarios de “planta”, quienes, conforme el literal b) del Estatuto Administrativo, constituyen el personal permanente de una institución, lo que se encuentra asignado por ley.

Luego, en segundo término, se encuentra el personal “a contrata”, definido en la letra c) del artículo 3° del indicado cuerpo estatutario como aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución. El artículo 10 agrega que “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 inciso 2° establece un límite para los empleos a contrata, los que en proporción no pueden exceder del 20% del personal de planta (Bermúdez, 2014: p. 441).

En tercer lugar “están aquellos profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias que prestan servicios a “honorarios”, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución. Estos últimos no son calificados jurídicamente como “funcionarios públicos”, rigiéndose solo por lo dispuesto en sus respectivos contratos de prestación de servicios” (Gómez, 2020: p. 129).

Finalmente, en algunos casos como acontece con las Municipalidades⁶, se agrega la figura de quien presta servicios mediante un contrato de trabajo, lo cual solo puede acontecer en la medida que la ley lo autorice.

Tal como lo ha sostenido Rosa Gómez, a propósito de estas cuatro categorías, “el personal de carrera o de planta, esto es, aquel que de acuerdo a la Constitución conformaba la columna vertebral del sistema, ha retrocedido dramáticamente hasta transformarse en una categoría minoritaria y que no responde a las demandas actuales de las relaciones

⁶ Artículo 3° de la Ley N° 18.883, que aprueba estatuto administrativo para funcionarios municipales.

funcionariales entre los funcionarios y los servicios públicos, en desmedro, al pujante crecimiento de las contrata y, en menor medida, de los honorarios” (Gómez, 2020: p. 129).

En el mismo sentido se ha pronunciado Bermúdez cuando aborda el límite del 20% establecido en el Estatuto Administrativo respecto del personal a contrata en relación con los funcionarios de planta, indicando que “es una realidad evidente que este límite es superado en casi todos los órganos de la Administración del Estado, ya que éstos sin la colaboración de sus funcionarios a contrata no podrían lograr los fines para los que fueron creados” (Bermúdez, 2014: p. 441). Así, la forma que habitualmente se ha empleado para soslayar este límite ha sido mediante las diversas leyes de presupuesto que anualmente, en las respectivas partidas presupuestarias de los órganos de la Administración del Estado, fijan la dotación de personal en calidad jurídica “contrata” y “honorarios”, que se encuentran autorizados a contratar para el siguiente año calendario.

Para Cárcamo “[e]l empleo a contrata constituye un mecanismo de contratación de personal que la Administración del Estado utiliza profusa y permanentemente con la finalidad de cubrir las necesidades o contingencias propias de la función administrativa, que no logran ser satisfechas adecuadamente con el personal de la planta del respectivo servicio, plantas de personal que al ser materia propia de ley, de iniciativa exclusiva del Presidente de la República –artículo 65 inciso 4° N° 2 Carta Fundamental–, suelen ser estables y, por lo tanto, excesivamente rígidas” (Cárcamo, 2016; p. 159).

Como indica Castillo este cambio se ha producido a través de diversos mecanismos en el tiempo, a saber: 1) la creación de servicios públicos descentralizados con platas exiguas que deben ejercer múltiples funciones; 2) la imposibilidad de reponer los cargos vacantes por jubilación o estímulos al retiro, norma establecida anualmente en las leyes de Presupuestos donde se permite reponer solo el 50% de dichas vacantes y siempre que el servicio respectivo cuente disponibilidad de fondos; 3) la eliminación del límite de las contrata establecido en el artículo 10 inciso 2° del Estatuto Administrativo; y 4) la autorización legal a los funcionarios a contrata para ejercer jefaturas (Castillo, 2011: p. 182).

En este sentido, y como afirma el mismo autor “[e]n la realidad las contrata no son cargos excepcionales porque constituyen la mayoría del empleo público en los servicios centralizados y descentralizados, salvo en las Municipalidades; el vínculo entre el funcionario y la Administración generalmente es estable porque se prolonga por años (hay

casos de más de 20 años de un funcionario a contrata); y, como ya se dijo, ejercen jefaturas autorizados por la ley” (Castillo, 2011: p. 186):

Lo anterior ha sido una consecuencia que pugna con la finalidad que tuvo el legislador al momento de establecer el empleo a contrata, toda vez que, como puede apreciarse en el informe de la Cuarta Comisión Legislativa, de 19 de junio de 1989, el propósito de esta figura era que pudiera dar una flexibilidad a la Administración para que pudiese hacer frente a hechos imprevistos que podían implicar un recargo en los funcionarios permanentes de la institución⁷, de suerte tal que, afrontada la situación excepcional que motivó su designación, al 31 de diciembre del respectivo año estas culminaban *ipso iure*.

Sin embargo, las crecientes demandas de la ciudadanía, el aumento exponencial de Órganos de la Administración del Estado para atender diversos sectores regulados, las más frecuentes catástrofes naturales que afectan al país, entre otras múltiples razones, han implicado una fuerte intervención del aparato estatal que necesariamente implican una mayor dotación de burócratas, realidad que, teniendo presente el actual modelo de función pública se encuentra obsoleto y superado (Gómez, 2020: p. 148).

En cuanto al tema que nos convoca, cual es el término de las contrata y su vinculación con el Principio de la Confianza Legítima⁸, tradicionalmente se sostenía que estas culminaban por la llegada del plazo señalado en el nombramiento respectivo o por aplicación de la fórmula “mientras sean necesarios sus servicios” (Castillo, 2011: p. 187).

Alejandro Cárcamo sostenía sobre el particular que a la respectiva jefatura del órgano Administrativo le correspondía determinar la necesidad de la continuación o no de los servicios de un funcionario a contrata, ya que dicha decisión obedecía a una cuestión de mérito, enmarcándose dentro de las facultades discrecionales de la Administración (Cárcamo, 2016: p. 165).

⁷ Informe de la Cuarta Comisión Legislativa, de 19 de junio de 1989, señala lo siguiente: “La posibilidad de que el empleo a contrata también pueda corresponder a una función pública propiamente tal, se debe a la necesaria flexibilidad que las modernas técnicas de administración de personal recomiendan, pues muchas veces el Estado debe concurrir con su acción a situaciones imprevistas, o asumir un recargo de trabajo que puede tener múltiples y variadas causas”. El referido informe agrega que “*la Comisión Conjunta estima atendible que la Administración tenga algún grado de flexibilidad para enfrentar contingencias, pero considera que debe tratarse siempre de una situación excepcional, pues de lo contrario se violaría el claro mandato constitucional y de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, en orden a que la función pública está amparada con un régimen de carrera funcionaria*”.

⁸ Lo cual será tratado en los capítulos siguientes.

En esta misma línea, Olivares compartía la jurisprudencia de la Contraloría General de la República la cual dictaminada que los empleados a contrata eran esencialmente transitorios, estando la autoridad autorizada para establecer una duración inferior a esa fecha, sin perjuicio de cuestionar la fórmula “mientras sean necesario sus servicios”, toda vez que, a su juicio, dicha cláusula podía implicar un actuar arbitrario basado en consideraciones valorativas-subjetivas, cuya finalidad era simplemente alejar al funcionario público del servicio sin causa justificada (Olivares, 2017: p. 91).

En similar sentido, Cárcamo cuestionaba la jurisprudencia de la Corte Suprema de la época, la cual consideraba en sentencia Rol 200-2011, la relación de los funcionarios a contrata con el Estado como “precaria”, sosteniendo al efecto que el máximo tribunal confundía los conceptos de precariedad y transitoriedad, ya que si bien el nombramiento a contrata podía calificarse de transitorio, no era precario, por cuanto la autoridad no podía ponerle término a su arbitrio antes del vencimiento del plazo; pero sí podía ponerle fin por razones fundamentadas en el buen servicio (Cárcamo, 2011: pp. 189-190).

Así las cosas, era un hecho que la realidad había superado a las normas legales y la tradicional postura de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema, la cual dejaba en absoluta indefensión a los empleados a contrata que eran desvinculados de los órganos de la Administración del Estado, cuestión que, como se verá, era una situación que debía solucionar el legislador, pero que se intentó “remediar” mediante una aplicación, a nuestro juicio errónea, del Principio de la Confianza Legítima.

2. La configuración del Principio de la Confianza Legítima

Se ha señalado que el Principio de la Confianza Legítima constituye una garantía en el ámbito público, que consiste en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste (Bermúdez, 2005: p. 87).

Millar Silva ha referido que constituye un “instrumento de protección frente a la actuación de los poderes estatales, procurando la estabilidad de las situaciones jurídicas basadas en actuaciones administrativas que han generado en los particulares una confianza digna de protección” (Millar, 2012: p. 417).

Asimismo, se ha dicho que si bien el mencionado principio no cuenta con reconocimiento constitucional (Letelier, 2014: p. 621 y Bermúdez, 2014: p. 111), sí encontraría sustento de la conjugación de los principios de legalidad y seguridad jurídica (Phillips, 2018: p. 22).

En dicho sentido, desde el punto de vista del principio de legalidad, son las autoridades quienes dirigen el actuar de los particulares mediante sus actos, quienes tienen el deber de obedecerlos, pudiendo esperar, por tanto, que las consecuencias jurídicas de los actos de los órganos estatales sean las que señalan los respectivos funcionarios. Luego, desde la óptica del principio de seguridad jurídica, los destinatarios de las normas jurídicas tienen que estar en la situación de poder prever cuáles serán las consecuencias de sus actos.

Esa previsión que realizan los particulares de las consecuencias de sus actos se traduce, desde un punto de vista subjetivo, en el hecho de que estos se forman expectativas sobre las consecuencias posibles de su conducta, de acuerdo a las normas legales vigentes (Phillips, 2018: p. 22).

En efecto, el Principio de Protección de la Confianza Legítima encontraría su fundamento normativo en los principios constitucionales de Estado de Derecho contenidos en los artículos 5°, 6°, 7° y 8° de la Constitución Política de Chile, y de seguridad jurídica consagrado en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental (Bermúdez, 2014: p. 111).

Según expone, si bien la Carta Magna no ha reconocido expresamente el referido principio, puede desprenderse de una interpretación progresiva de esta, lo cual es una cuestión que ha acontecido con muchos principios generales del Derecho Administrativo, los que en un primer momento fueron desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia y más tarde recogidos por el legislador.

Así las cosas, respecto del Principio de la Confianza Legítima este se desprende de una comprensión amplia de los principios de legalidad y seguridad jurídica, indicando que el primero impide a la Administración Pública actuar en ejercicio de sus potestades de manera abusiva o en exceso de poder, de suerte tal que si la actuación supone una alteración en la interpretación de la norma o un cambio en la manera de regular o resolver, podrá hacerlo en la medida que respete la confianza que los administrados -refiriéndose a los particulares-, han depositado en la forma o dirección de la actuación (Bermúdez, 2014: pp. 111-112).

Por su parte, otros autores señalan que el singularizado principio sería una especificación del principio de buena fe, constituyendo una elaboración propia del Derecho Administrativo general, aplicable como límite a la potestad invalidatoria de la Administración respecto de cualquier acto administrativo (Boettiger, 2009: p. 313). Entonces, lo que se espera es que la Administración sea coherente en su actuación conforme las reglas que ella misma ha venido aplicando consistentemente en el tiempo, de suerte tal que todo cambio de criterio intempestivo lesionará las legítimas expectativas de los administrados quienes, de buena fe, han obrado conforme el referido criterio.

Abundando en ello, Boettiger sostiene que aplicando el Principio de Protección de la Confianza Legítima a la invalidación “se admite mantener los efectos generados por actos ilegales si la situación en los hechos cumple con tres fases de revisiones: i) determinar si en el acto concurren circunstancias que eliminarían la posibilidad del reconocimiento de una situación de confianza (por ejemplo, si el destinatario ha obtenido el acto dolosamente a través de fraude, intimidación o cohecho, dando informaciones incorrectas o incompletas al órgano administrativo, o si conocía la ilegalidad del acto); ii) determinar si en el supuesto concreto se ha producido una manifestación de la confianza invertida por el ciudadano; y, ii) una fase en la que se pondera el interés público en la revisión del acto” (Boettiger, 2009: p. 313)

Se ha sostenido que este principio implica una serie de reglas que debe observar la Administración.

En tal sentido, Phillips señala que, asociado al principio de legalidad “el particular puede suponer que el conjunto de actos que conforman la política cumplen con el principio de legalidad (regla N° 1), y el acto dado por la autoridad se mantendrá vigente en forma indefinida, mientras no sea derogado de manera expresa (regla N° 2)” (Phillips, 2018: p. 22). Luego, agrega que “se espera que la actuación de la autoridad sea acorde con su política vigente, no apartándose de ella en casos particulares (regla N° 3); que, resuelto un determinado caso con un criterio, los casos que presenten una semejanza suficiente serán resueltos con el mismo criterio (regla N° 4); que, si modifica su política, lo hará dando aviso y razón suficiente para cambiarla (regla N° 5)” (Phillips, 2018: p. 23)⁹.

⁹ En un sentido similar se ha pronunciado Bermúdez, 2014, donde pormenoriza diversos deberes que se desprenden de la confianza legítima, a saber, i) deber de actuación coherente; ii) vinculatoriedad del precedente

Abundando sobre ello, es claro que tal principio fue reconocido, en un comienzo, por la jurisprudencia administrativa, judicial y constitucional como una forma de limitar el ejercicio de la potestad invalidatoria de la Administración (Bermúdez, 2014, pp. 120-124), así como para proteger a los administrados de cambios interpretativos efectuados por determinados servicios públicos¹⁰.

En suma, el postulado de protección de la confianza particular se encuentra asociado a la emisión de actos administrativos favorables que, en atención a su naturaleza singularizada y su aparente legalidad generan una esperanza razonable en su mantenimiento (Ponce de León, 2014: p. 433).

En tal sentido, hasta antes de la dictación de los dictámenes N^{os} 85.700, de 2016, y 6.400, de 2018, de la Contraloría General de la República, la regla era que tal principio no resultaba aplicable a los actos administrativos cuyos destinatarios eran los propios funcionarios públicos.

El cambio jurisprudencial en sede administrativa, y luego recogido en sede jurisdiccional, vino en incorporar dos elementos que mutaron el principio de la confianza legítima de la forma que tradicionalmente se había entendido doctrinariamente, a saber: a) la incorporación de la figura del funcionario público como sujeto de protección; y b) el hecho de no ser necesaria la dictación de un acto administrativo de invalidación o que consignara una nueva interpretación.

Respecto del primer punto, tradicionalmente se ha señalado que el principio en cuestión tiene por objeto proteger a los administrados –ciudadanos– para que su confianza en la actuación pública no sea traicionada (Bermúdez, 2014: p. 113). En el mismo sentido, se entiende que “[e]l principio legitima a los ciudadanos y a los particulares a exigir de la Administración un determinado comportamiento, obligación extensible a todas las

administrativo; iii) deber de anticipación o anuncio del cambio de conducta; iv) deber de otorgar un plazo para el conocimiento a plazo de transitoriedad; y v) deber de actuación legal en la nueva actuación.

¹⁰ V. gr. el inciso primero del artículo 26 del Código Tributario señala: “No procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentada por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular”. Sobre la aplicación del Principio de Confianza Legítima con ocasión de este artículo, véase Phillips, 2018, pp. 19-68.

Administraciones Públicas en cualquiera de sus actividades” (Lorenzo De Membiela, 2006: p. 255)¹¹.

Como puede apreciarse, el elemento esencial es la protección a los ciudadanos de que las confianzas depositadas en determinadas normas puestas en el ordenamiento jurídico en un momento específico no sean vulneradas por cambios intempestivos en la regulación (Letelier, 2014: p. 610).

3. Aplicación del principio de confianza legítima

Así las cosas, si se analiza la particular aplicación que se hace del principio en comento respecto de las contrataciones, este tiene una aplicación que podría denominarse “introspectiva”, por cuanto quien es el destinatario es el propio personal de la Administración del Estado, quien, desde el punto de vista subjetivo forma parte esencial de la función pública.

En concordancia con expuesto, conviene recordar lo dicho por Aránguiz, quien ha señalado, a propósito de la función pública, que esta “ha sido entendida desde dos perspectivas: como el conjunto de recursos humanos que se encuentran directamente al servicio del Estado; y también como las funciones y servicios públicos que éste desempeña y el régimen jurídico y la organización en que se encuadran, en virtud de un vínculo jurídico mucho más estricto que en el ámbito de las relaciones laborales de carácter privado” (Aránguiz, 2017: p. 20).

Por otra parte, algunos autores han señalado que lo que se pretende proteger sobre la base de este principio no sería solo una especie de invariabilidad de las decisiones públicas sino también una suerte de buena fe de los administrados que confían legítimamente que aquellas decisiones que les han entregado ciertas ventajas o derechos se mantendrán en el tiempo (Letelier, 2014: pág. 610).

Esta última perspectiva es la que, tal como se verá, a mi juicio, subyace en la aplicación de este principio en las contrataciones. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones que se dan entre los particulares con la Administración, “en el ámbito público, por la teoría estatutaria que liga al empleado con el Estado; según ella, el funcionario se halla

¹¹ En el mismo sentido, Díez Sastre, Silvia, el precedente administrativo, fundamento y eficacia vinculante, Ed Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 375-376, citada por Bermúdez, 2014, p. 110. Asimismo, Reina García, 2010: p. 259.

sujeto a un vínculo jurídico determinado unilateralmente por el Estado, cuyo fundamento se encuentra representado, precisamente, por el concepto de Estatuto Administrativo. En su sentido amplio, Estatuto Administrativo es todo ordenamiento positivo que regule las relaciones entre la Administración y sus agentes” (Pantoja, 2011: pp. 88-89).

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, contenida en el dictamen N° 33.051, de 23 de septiembre de 1994, señalando al efecto que “los funcionarios de la administración civil del Estado se rigen por Ley N° 18.834, salvo las excepciones que dicho texto o la ley contemplan expresamente y no por normas laborales de la legislación común. Por ende, están sometidos a un régimen estatutario de derecho público fijado soberana y unilateralmente por el legislador, que constituye un marco jurídico preestablecido e impersonal. En consecuencia, quien ingresa a un cargo público se incorpora voluntariamente a un sistema que regula de manera integral, entre otros aspectos, sus derechos, obligaciones y modalidades de desempeño”.

De lo señalado, es posible afirmar que la aplicación de este principio a relaciones regladas de índole estatutarias, a lo menos, resulta forzada teniendo presente, por una parte, que su finalidad siempre estuvo dirigida a la protección de los ciudadanos frente a los cambios de criterios intempestivos por parte de los órganos de la Administración del Estado; y, por otro lado, que las relaciones entre los funcionarios públicos a contrata y el Estado se encuentran regladas, adscribiéndose íntegramente a un régimen estatutario, de manera tal que mal podría señalarse que se configuran los elementos de la confianza legítima respecto de sus relaciones que, como se verá, han ido más allá de lo que respecta a las renovaciones de las mismas.

No obstante, es cierto que hay un problema relevante para la marcha regular de la Administración -la falta de dotación de funcionarios públicos-, que se ha ido posponiendo, y cuya vía de solución ha sido ésta a objeto de generar cierta estabilidad en el empleo público. Si bien esto es cierto, cabe agregar, que esto es una solución que ha proveído el sistema jurídico que podríamos calificar de “parche”.

Sobre el segundo punto, cabe recordar que, como lo señala Jara, tradicionalmente el efecto derivado de la aplicación del principio de confianza legítima implicaba que la autoridad administrativa, de encontrarse frente a un acto administrativo que vulnerara el ordenamiento jurídico, decidiera no ejercer la potestad invalidatoria, optando, en

consecuencia, por conservar el acto viciado, pues de lo contrario se producirían efectos más perjudiciales, vulnerando la confianza legítima depositada en el actuar de la Administración. En palabras de la autora “en estos casos el principio en estudio operará como un límite de la potestad invalidatoria de que goza la autoridad administrativa y que en nuestro país se encuentra consagrada en el artículo 53 de la ley N° 19.880” (Jara, 2016: p. 131).

Conviene recordar que la potestad invalidatoria se materializa mediante un “acto de contrario imperio que dicta la Administración como consecuencia de un procedimiento administrativo revisor o impugnatorio y por cuya virtud se anula una medida anterior, que es estimada ilegal y para así restablecer el orden jurídico quebrantado” (Moraga, 2010: p. 263). Sobre esto, Bermúdez señala que “consiste en la extinción del acto administrativo en razón de haber sido dictado éste en contra del ordenamiento jurídico, producto de un acto posterior en sentido contrario de la propia Administración Pública que lo ha dictado” (2005: pág. 89).

Tal como lo indica Guerra, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880 se reconocieron límites a la potestad invalidatoria por parte de la autoridad administrativa, a saber: debe hacerlo “previa audiencia del interesado” y “dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto”. Agrega el autor que la invalidación puede ser total o parcial, en cuyo último caso no se verán afectadas las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada; y en todo caso, el acto invalidatorio es siempre impugnante ante los Tribunales de Justicia, en procedimiento breve y sumario (Guerra, 2015: p. 47).

En esta línea, de una lectura sistemática de dicho cuerpo normativo, se puede detectar otro límite a la potestad invalidatoria, cual es “la intensidad de la vulneración del Derecho por el acto administrativo cuestionado”. En este sentido, es la propia ley la que introduce un criterio de valoración que corresponde a la esencialidad del vicio que afecta al acto irregular (Guerra, 2015: p. 47).

En cualquier caso, el efecto de la dictación del acto administrativo invalidatorio es dejar sin efecto un acto anterior que se encuentra viciado, produciendo el efecto *ex tunc* propio de las anulaciones (Guerra, 2015: p. 48). No obstante, siguiendo al mismo autor, “la doctrina y jurisprudencia chilena han elaborado límites a dicha potestad en atención al valor de la situación jurídica creada por el acto contrario a derecho, en otras palabras, mediante la

creación de principios” (Guerra, 2015: p. 48), siendo, en concreto, la aplicación del principio de la confianza legítima.

En este punto, siguiendo a Bermúdez, se plantea que el principio de protección de la confianza operará impidiendo del todo la invalidación (Bermúdez, 2005: p. 103), distinguiendo tres situaciones, a saber:

En primer lugar, respecto de un acto administrativo tomado de razón por parte de la Contraloría General de la República, no podría la Administración activa variar la apreciación sobre la validez del acto que aquél ha hecho, salvo en aquellos casos en que la ilegalidad derive de situaciones no tenidas a la vista al momento de adoptar la decisión o de cambios en el ordenamiento jurídico que ocasionan la ilegalidad sobreviniente del acto administrativo.

En segundo término, respecto de un acto administrativo con más de dos años de antigüedad, la Administración no podría ejercer su potestad invalidatoria al haber transcurrido el plazo que la ley estableció para ello, correspondiendo a un supuesto de caducidad en el ejercicio del poder invalidatorio de la Administración respecto de un acto administrativo particular, sin perjuicio de quedar a salvo la acción de nulidad que puede ejercer respecto de su propio acto ante los tribunales de justicia.

Finalmente, en cuanto a un acto administrativo desfavorable o de gravamen válido la Administración no podría dejarlo sin efecto cuando dicho acto ha sido aplicado a más de un ciudadano, o se ha repetido respecto de otros en una situación similar. En tal caso la protección de la confianza de aquéllos que no se benefician con la revocación del acto administrativo desfavorable, fundada además en el principio de igualdad en la aplicación de la ley, impone que dicho acto se conserve.

Como puede apreciarse, doctrinariamente el Principio de Protección de la Confianza Legítima estuvo concebido como un límite para el ejercicio de la potestad invalidatoria, lo que supone necesariamente la dictación de un acto administrativo viciado.

Sin embargo, conviene recordar que en materia de empleo público el decreto o resolución de término anticipado de una contrata se hace sobre la base de una disposición legal que autoriza a poner término anticipado por la llegada del plazo –lo que no supone desconocer el abuso de esta figura cuando existen razones meramente subjetivas para adoptar la decisión–. En otros términos, se trata de actos ajustados a Derecho que se declaran ilegales

no por inobservancia a normas jurídicas, sino por contravenir un principio de aplicación forzada para salvar una materia que debiera ser regulada por el legislador.

Es más, tal como se verá en el apartado siguiente, la supuesta ilegalidad del acto que pone término anticipado a una contrata puede cumplir con todos los requisitos establecidos por la ley y encontrarse debidamente fundado. Sin embargo, es la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de los tribunales de justicia, quienes se han arrogado la facultad de determinar cuál es el plazo para generar la confianza legítima en los funcionarios públicos en orden a que se les renovará su contratación –sin indicar el razonamiento empleado para llegar a dicho plazo– y cuáles son los motivos que son susceptibles de quebrar esta confianza, estableciendo, al efecto, una suerte de causales a las cuales la Administración activa puede acudir o no para ejercer sus atribuciones legales, lo que claramente invade las competencias discrecionales entregadas por ley a los jefes de servicio.

En este sentido, puede deducirse que se está en presencia de una especie de derecho adquirido por parte de los funcionarios públicos, el cual se ha generado por las sucesivas renovaciones emanadas de actos administrativos dictados por la autoridad, derecho que se ve afectado por un nuevo acto administrativo que lo lesiona, pero que resulta perfectamente legal.

Así, en línea con lo señalado por Millar, “ante una situación de hecho que autoriza el ejercicio de la potestad invalidatoria —acto contrario a derecho-, el legislador no ha contemplado a la existencia de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente como un límite a la invalidación, porque cuando se está frente a dicha causal, simplemente los efectos del acto no se han "adquirido legítimamente". Es decir, no se han incorporado aún al patrimonio. Luego, no se está en presencia de un derecho adquirido” (Millar, 2008: p. 282).

Por lo tanto, mal podría concluirse que pueda surgir un derecho a favor del funcionario, toda vez que, si no se ha contemplado por el legislador dicha posibilidad en ejercicio de la potestad invalidatoria, menos podría deducirse que se generan respecto de actos que se subsumen en los supuestos previstos por la ley y que no dejan dudas en cuanto a su ámbito de aplicación.

II. El estado actual de la cuestión en la jurisprudencia

1. La jurisprudencia de la Contraloría General de la República, sus fundamentos y críticas

La jurisprudencia tradicional de la Contraloría General de la República sostuvo durante mucho tiempo que cuando una designación a contrata hubiera sido dispuesta con la fórmula “mientras sean necesarios sus servicios”, la máxima jefatura del servicio podía ponerle término en el momento que juzgara conveniente, sin que para tal efecto se requiriera la aceptación del afectado¹², toda vez que los empleados que se desempeñaban en dicha calidad, expiraban automáticamente en sus cargos vencido el plazo de su contratación¹³.

Tal razonamiento, como se señaló *ut supra*, era compartido por la doctrina, toda vez que la misma normativa contemplaba esa posibilidad (Olivares, 2017: p. 89).

Como indica Harris, en virtud de dicha fórmula es posible afirmar que en el Derecho chileno existen dos regímenes a contrata: uno de estabilidad relativa y otro de inestabilidad absoluta. El primero es aplicable a funcionarios nombrados a contrata, pero respecto de los cuales no ha operado la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios” u otras análogas, hipótesis en la cual el cese deberá operar el 31 de diciembre de cada año respectivo. El segundo régimen, en cambio, rige para los funcionarios que sí poseen una cláusula en este sentido, caso en la cual el cese podrá tener lugar a cualquier época (Harris, 2020: p. 82).

Esta situación amparada en la jurisprudencia constante y uniforme del ente contralor y de la Corte Suprema¹⁴, llevó a la generalización de una práctica consistente en hacer las designaciones de los funcionarios introduciendo una cláusula que indicaba que el empleo duraría hasta el 31 de diciembre o hasta que fueran necesarios sus servicios (Phillips, 2018: p. 89).

Así las cosas, la discusión se centraba en la posibilidad que la autoridad de turno adoptara la decisión de no renovar por cuestiones que no eran factibles de considerar dentro de las potestades discrecionales con las que cuenta la Administración, sino que derechamente

¹² Dictámenes N^{os} 46.647, de 2007, 24.256, de 2010 y 48.251, de 2010.

¹³ Dictámenes N^{os} 32.412, de 2000 y 19.385, de 2001.

¹⁴ Véanse, v. gr., las sentencias de la Corte Suprema, rol 25.475-2015, de 31 de diciembre de 2015 y rol 4.227-2016, de 22 de marzo de 2016.

en un actuar arbitrario motivado en consideraciones valorativas-subjetivas (Olivares, 2017: p. 91).

A propósito de esta interpretación tradicional del ente Contralor, Cárcamo señalaba que quien debía apreciar y, en definitiva, determinar la necesidad de la continuación o no de los servicios contratados bajo la modalidad de empleo a contrata, era la jefatura respectiva del órgano de la Administración, ya que dicha decisión, obedecía a una cuestión de mérito, en principio, exclusiva y privativa del mismo, de suerte que se estaba en presencia de una potestad discrecional (Cárcamo, 2016: p. 165); de manera que el acto administrativo que ponía término anticipado a una contrata, tenía la naturaleza de discrecional para la autoridad facultada para efectuar el nombramiento, ya que era ésta quien debía apreciar con la situación de acuerdo a la necesidad del servicio. Sin embargo, desde el punto de vista del destinatario de la decisión –el funcionario– se trataba de un acto administrativo desfavorable ya que, por medio de él, se privaba, de manera anticipada a lo dispuesto por la ley del cargo público que se desempeñaba en dicha calidad, sin que el Estatuto Administrativo contemplara pago de indemnizaciones (Cárcamo, 2016: p. 165).

Tal paradigma sufrió un giro radical con la emisión del dictamen N° 22.766, de 2016, del órgano de control, donde se estableció que a dos funcionarios municipales a quienes se les había renovado por 15 y 4 años, respectivamente, “les asistió -al amparo de los principios de juridicidad y seguridad jurídica y los consagrados en los artículos 5°, 8° y 19 N° 26 de la Constitución Política de la Republica- la confianza legítima de que serían recontratados para el año 2016”.

En tal pronunciamiento la Contraloría estableció el criterio que se transformaría, como se verá, en la regla matriz respecto de las renovaciones en materia de contrata, disponiendo al efecto 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 suerte tal que, si la autoridad quisiera disponer lo contrario, debería emitir un acto administrativo fundado.

Posteriormente, dicho criterio fue reafirmado y complementado en el dictamen N° 23.518, de 2016, donde estableció “que el término anticipado de una designación a contrata dispuesta con la fórmula "mientras sean necesarios sus servicios", debe materializarse en 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”.

A raíz de lo anterior, con el objeto de impartir Instrucciones sobre el particular, la Contraloría General de la República emitió el dictamen N° 85.700, de 2016 -el cual ha sido reconsiderado y complementado por los pronunciamientos jurídicos contenidos en los dictámenes N° 6.400, de 2018, y E156769, de 2021-, y cuyos lineamientos generales pueden resumirse de la siguiente forma:

a) La aplicación del principio de confianza legítima, en esta materia, solo abarca a los funcionarios a contrata y no a los servidores a honorarios.

b) Para que se configure la confianza legítima basta que los servicios hayan sido requeridos a través de designaciones a contratas sucesivamente, lo que hace suponer que la última designación permitirá renovar por el siguiente periodo, sea anual o por parcialidades que abarquen una anualidad, en el mismo grado y estamento de asimilación.

c) No debe existir interrupción entre una designación y la siguiente.

d) La expectativa se genera a partir de la segunda renovación, la que debe implicar dos anualidades, a lo menos.

Luego, se establecen una serie de reglas que expanden los efectos del principio de confianza legítima a otras figuras jurídicas, a saber:

a) Los funcionarios que finalizan su periodo legal en cargos de jefes de departamento pueden invocar la confianza legítima a fin de ser renovados en la misma repartición pública donde se desempeñan, al menos, en los mismos términos de la última de sus designaciones en calidad de contrata antes de haber asumido la jefatura de que se trata, siempre que se hayan cumplido los requisitos establecidos previamente.

b) Los servidores traspasados desde la calidad de honorarios a la contrata en virtud de las leyes de presupuestos, pueden considerar sus prestaciones a honorarios previas para efectos de invocar la confianza legítima, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

I. Tengan una antigüedad continua en el organismo de, a lo menos un año previo a dicho cambio de condición jurídica;

II. Mantengan un contrato a honorarios vigente al momento del traspaso a la contrata; y

III. El servicio prestado sea un cometido específico de naturaleza habitual en la institución, en base a una jornada completa.

c) Funcionarios que en virtud de leyes especiales se traspasen sin solución de continuidad de una entidad pública a otra, pueden invocar el principio de la confianza legítima¹⁵.

Pues bien, establecido el campo de aplicación de la jurisprudencia administrativa en cuanto sus destinatarios, cabe referirse a cuáles son las situaciones protegidas en virtud de este principio.

En efecto, si bien la principal consecuencia del principio en cuestión es proteger a los funcionarios a contrata de una eventual desvinculación, existen otras circunstancias que la Contraloría General de la República ha estimado que se encuentran subsumidas en las legítimas expectativas de los servidores públicos a contrata. Estas situaciones son:

a) No renovación de una designación;

b) Renovación en condiciones diversas, lo que incluye:

I. Renovación por un plazo inferior a un año;

II. Renovación en un grado inferior;

III. Renovación en un estamento inferior;

IV. Reducción de la carga horaria.

c) Poner término anticipado a una designación.

Como puede apreciarse, todas estas hipótesis tienen como elemento común que implican una modificación sustancial en las condiciones labores del funcionario,

¹⁵ Tal es el caso de docentes de una corporación de educación municipal traspasados a un servicio local de educación pública, en virtud del mandato de la ley N° 21.040. Misma situación respecto de funcionarios a contrata que se traspasaron sin solución de continuidad en igual calidad desde el Servicio Nacional de Menores al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, en virtud de lo dispuesto en el artículo primero transitorio de la ley N° 21.302. Un caso particular donde también se reconoció la aplicación del principio de la confianza legítima, se refiere a aquellos funcionarios que participaron en el concurso cerrado dispuesto por la Ley N° 21.094 que se desempeñaban en los departamentos de administración de educación municipal y de las corporaciones municipales y que resultaron ganadores de dichos certámenes pasando a formar parte de la dotación de los servicios locales de educación.

produciéndole un perjuicio directo e inmediato. Sin embargo, no se trata de cualquier perjuicio, sino que uno de tal intensidad que afecta la estabilidad en el empleo y acarrea consecuencias pecuniarias importantes en el empleado público.

Realizando una evaluación, Harris afirma que la interpretación seguida por la jurisprudencia administrativa en Chile ha sido favorable a la creación de una base de confianza, fundada en la convicción que esta renovación podrá también continuar en otra oportunidad (Harris, 2020: p. 85). El autor agrega, a propósito de la interpretación efectuada por el órgano de control que una vez surgida la base de la confianza del funcionario público acerca de su estabilidad bajo el nombramiento a contrata, será posible que el acto administrativo que lo desvincula pueda decepcionar efectivamente la convicción acerca de su permanencia en el cargo. Si bien este control se integra al principio de confianza legítima en términos muy amplios, puede adoptar diferentes formas, según la naturaleza del examen que se ejerza (Harris, 2020: p. 86). Siguiendo al mismo autor, el requisito de motivación impone entonces un requisito adicional: que la Administración dicte un acto si el funcionario hubiera ejercido el cargo por tres períodos (Harris, 2020: p. 86), lo cual no equivale a tres anualidades continuas, sino dos renovaciones sucesivas.

Gómez, a su turno, señala que a partir de este nuevo criterio la terminación deja de ser automática, debiendo ponerse término a la contrata por medio de un acto administrativo especialmente motivado y que permita dar cuenta de las razones que han llevado a un cambio en el proceder de la Administración (Gómez, 2020: p. 143).

Claramente, la no renovación de una designación y el término anticipado constituyen las situaciones más graves que pueden afectar a cualquier funcionario público, cuestiones que -previo al reconocimiento de este principio en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República-, era frecuente que se suscitara con ocasión de cambios de Gobierno, donde un grupo importante de personas se veían afectadas con la no renovación de su contratación, ya sea por no simpatizar con la administración entrante o derechamente por manifestarse contrarios (Olivares, 2017: pág. 84).

En este orden de ideas, las instrucciones o consideraciones de la Contraloría General de la República contenidas, en concreto en el dictamen N° E156769, de 2021, han insistido en que “los citados pronunciamientos no afectan las facultades que tienen las autoridades competentes en torno a las contrataciones -u otras figuras de designación semejantes-, en particular

en cuanto a la atribución de decidir su no renovación o el término anticipado de aquellas en que rija la cláusula antes referida u otra similar, de conformidad con las disposiciones legales respectivas [...] El mismo razonamiento es aplicable a las renovaciones dispuestas en términos diferentes, por ejemplo, rebajando el grado asimilado de la contrata o reduciendo las horas asignadas en la designación anterior”, agregando, dicha jurisprudencia que “los aludidos pronunciamientos solo han resuelto que la decisión de no renovar o desvincular al funcionario antes del vencimiento del plazo de la designación, debe materializarse a través de un acto administrativo fundado debidamente comunicado al interesado”.

De esta última frase, podría equívocamente pensarse que la exigencia de dictar un acto administrativo fundado solo aplica a los supuestos de no renovación. Sin embargo, es la propia entidad contralora quien, al momento de hacerse cargo de la motivación, incluye los otros dos grandes supuestos¹⁶.

En efecto, el estándar de motivación que exige la Contraloría para adoptar cualquiera de sus decisiones que puedan encasillarse en alguna de las circunstancias señaladas *ut supra*, es alto, pudiendo resumirse las reglas de la siguiente forma:

- a) No basta la frase “por no ser necesarios sus servicios” u otras similares;
- b) No es suficiente una mera referencia formal a los motivos esgrimidos por la autoridad;
- c) Son insuficientes alusiones a circunstancias futuras, eventuales e hipotéticas;
- d) No constituyen argumentos válidos aquellos de carácter genéricos que podrían justificar la decisión respecto de cualquier funcionario a contrata.
- e) No resulta procedente invocar una mala evaluación del desempeño, particular, especial o *ad hoc*, para fundar una no renovación de una contrata o para disponer su término anticipado.

Al efecto, es útil destacar lo señalado por Rosa Gómez respecto del estándar de motivación, toda vez la decisión de no renovar una designación debe contener el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derecho en que se sustenta, lo cual también rige cuando se desea poner término anticipado a las contrataciones que contienen la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios” u otras análogas, lo que se sustenta en el artículo 11 de la Ley 19.880, en cuanto establece que los actos que afecten derechos de los

¹⁶ Numeral 2) punto VI del dictamen N° E156769, de 2021.

particulares deben estar fundados; y en el artículo 41 de la misma norma, en cuanto establece que deben estar fundadas las resoluciones finales que contienen una decisión (Gómez,2020; p. 144).

En la misma línea se ha pronunciado Olivares, indicando que lo que ha señalado la Contraloría General de la República 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 (Olivares, 2017: p. 92).

Es importante señalar, a propósito de la motivación, que la Contraloría no solo determina que “causales” no sirven como fundamento para desvirtuar la legítima confianza del funcionario, sino que, además, establece cuales son a las que puede acudir la Administración, siempre que se encuentren acreditados, a saber:

- a) La modificación de las funciones del órgano y/o su reestructuración, que hagan innecesarios los servicios del empleado o requieran que este desarrolle funciones diversas a las desempeñadas, o por un lapso inferior al año calendario;
- b) La supresión o modificación de planes, programas o similares, o una alteración de su prioridad, que determinen que las labores del funcionario ya no sean necesarias o dejen de serlo antes de completarse el año siguiente;
- c) Nuevas condiciones presupuestarias o de dotación del servicio que obliguen a reducir personal;
- d) Reducción de la dotación docente o de la dotación del sector de atención primaria de salud, conforme a lo prescrito en las leyes N^{os} 19.070 y 19.378, respectivamente.

En este sentido, nos parece importante relevar que, en estricto rigor, el establecimiento de causales no taxativas, no previstas por el legislador, para poner término a una contrata, constituye una manifestación de facultades normativas, y no de interpretación, conforme las atribuciones contenidas en la Ley N^o 10.336, constituyendo, *a priori*, un exceso en las competencias otorgadas por la legislación al Órgano Contralor.

Resulta relevante incorporar dentro de estas causales aquella que dice relación con la postulación a un proceso de selección interno, el que conlleva aparejado un mayor grado de asimilación, y que cesa por las causales previstas en las bases que rigieron el concurso, tales

como el cumplimiento del plazo por el cual se proveyó el cargo, tras lo cual se procede a designar en el mismo grado que tenía el funcionario previamente. En este supuesto, la Contraloría, en su dictamen N° E271802, de 28 de octubre de 2022, no advierte contravención al Principio de Protección de la Confianza Legítima, toda vez que “no solo no pudo generarse en él –funcionario– una expectativa de mantener dicho grado más allá del desarrollo de esa función, sino que, por el contrario, debe entenderse que estaba en pleno conocimiento de que, una vez concluida la asignación de funciones, sería designado en un empleo del grado que poseía al momento de adjudicarse el concurso”.

Si bien ha sido la Contraloría General de la República la que ha ido a la vanguardia en esta materia, fue la jurisprudencia constante y uniforme de la Corte Suprema -como se revisará en el apartado siguiente-, la que motivó que el Ente de Control reconsiderara y complementara su jurisprudencia en orden a señalar que una mala evaluación de desempeño¹⁷, o infracciones a los deberes u obligaciones funcionarios, no pueden ser esgrimidos como fundamento para no renovar o poner término anticipado la contrata de un empleado público, de suerte tal que solo podrá procederse a ello por calificación deficiente o una vez adoptada la sanción de destitución luego de un procedimiento disciplinario.

2. La jurisprudencia de la Corte Suprema

En la primera parte de este apartado seguiremos el estudio realizado por Muñoz, entre el año 2015 y 2019, respecto del comportamiento de la Tercera Sala de la Corte Suprema frente a las acciones de protección deducidas por funcionarios cuya contrata no fue prorrogada.

En un primer momento, respecto de las acciones de protección correspondientes a los años 2015 y 2016, intentadas por funcionarios públicos cuya contrata no fue renovada desde el año 2014 para el 2015 y de este último para el año 2016, fueron rechazadas en su totalidad (Muñoz, 2020: p. 3).

Siguiendo al autor, la tesis de la Corte Suprema se amparaba en el tenor literal del artículo 10 del Estatuto Administrativo, que establece que las contratas durarán como

¹⁷ El dictamen N° E156769, de 2021, reconsideró en ese punto lo dispuesto en los dictámenes N°s 85.700, de 2016 y 6.400, de 2018.

máximo hasta el 31 de diciembre de cada año, de suerte que se trataba de una facultad exclusiva de la Administración la renovación o no (Muñoz, 2020: p. 3).

Cárcamo señalaba sobre el particular que la jurisprudencia de la Corte Suprema entendía que la precariedad de las contrataciones no hacía necesario fundamentar el acto de cese anticipado, encontrándose legalmente facultada la autoridad para adoptar dicha decisión (Cárcamo, 2016: p. 168).

En efecto, la Corte Suprema en sentencia rol N° 6.326-2012 sostuvo en su considerando cuarto lo siguiente: “Que de lo que se viene de consignar se colige que la autoridad administrativa denunciada se encontraba legalmente facultada para cesar los servicios a contrata de la recurrente, servicios cuya principal característica es la precariedad en su duración, supeditada a las necesidades de la entidad empleadora, de manera que al acudir la recurrida precisamente a esta causal solo ha hecho uso de la facultad antes descrita. En esas condiciones, no era menester una mayor fundamentación”.

Castillo criticaba esta postura indicando que la Corte Suprema, en el ejercicio de la interpretación de una resolución administrativa, otorga a la autoridad facultades -en realidad debiera decir potestades- implícitas que no se desprenden de la ley, sino que crea nuevas facultades a partir del texto de una resolución, lo que no solo constituye una vulneración del principio de legalidad contenido en el artículo 7° de la Constitución Política de la República, sino que además abre las puertas a la arbitrariedad en la afectación de los derechos garantizados por la Carta Fundamental (Castillo, 2011: p. 189).

Luego, entre el año 2017 y mediados del 2019, según expone Muñoz, de forma aislada se acogen algunas acciones de protección intentadas por funcionarios públicos, resolviendo que el acto administrativo de no renovación debía estar debidamente fundado y que los razonamientos que en él se expliciten, debían guardar relación con hechos objetivos, y no el mero empleo de frases genéricas (Muñoz, 2020: p. 4), coincidiendo también con el cambio de criterio jurisprudencial en sede administrativa, sin perjuicio que la mayoría de los casos en sede judicial eran desfavorables para los funcionarios públicos.

Así las cosas, en el año 2017 se acoge la primera acción de protección deducida por un funcionario público cuya contrata no fue renovada (Muñoz, 2020: p. 4), haciendo mención en sus considerandos a los dictámenes N° 22.766 y 85.700 del año 2016 de la Contraloría, ya referidos anteriormente (Muñoz, 2020: p. 6).

El fundamento del rechazo de otras acciones de protección basado en similares hechos, a juicio de Muñoz, se explica en que los integrantes de la Tercera Sala no contaban con un elemento jurídicamente válido que reconociera la protección de la confianza legítima en materia de no renovación de las contrataciones (Muñoz, 2020: p. 6).

En concreto, en el año 2018, el número de casos acogidos a favor de los funcionarios públicos cuyas contrataciones no se renovaron si bien aumentaron, siguió constituyendo la excepción en sede judicial, toda vez que dependía si la integración de la Sala coincidía con quienes estaban por reconocer el principio de protección de la confianza legítima (Muñoz, 2020: p. 6).

En el año 2019, y conforme el estudio efectuado por el autor, resulta relevante destacar que, en los casos acogidos por la Corte Suprema, los recurrentes, además de cumplir con las dos renovaciones necesarias para configurar dicho principio, llevaban más de 10 años vinculados al servicio en cuestión, pudiendo concluirse que el elemento decisor en estos casos, fue la extensa vinculación con la Administración (Muñoz, 2020: p. 7).

En este contexto, el año 2019 marca un hito en lo que se convertirá en la jurisprudencia reiterada y, en general, uniforme del máximo tribunal, el cual señaló que eran necesarios 10 años de renovación continua para que la confianza legítima amparara a los funcionarios públicos a contrata, pudiendo ser destituidos solo por calificación deficiente o sumario administrativo¹⁸.

El elemento común que tenían todos los casos que hasta ese momento habían tenido un pronunciamiento favorable (Muñoz, 2020: p. 5), era que los funcionarios desvinculados habían desempeñado servicios en la misma institución por un periodo superior a 10 años. A *contrario sensu*, aquellos que no superaban dicho límite temporal no podían invocar el principio de confianza legítima.

Tal situación resultaba cuestionable, toda vez que no se vislumbraba un criterio claro que permitiera sostener las razones jurídicas de por qué, en base a los mismos supuestos de hecho, quienes tenían menos de 10 años veían frustradas sus acciones en sede jurisdiccional,

¹⁸ Véanse sentencias roles N^{os} 10.176-2019, de 21 de agosto de 2019; 9.928-2019, de 26 de agosto de 2019; 12.294-2019, de 26 de agosto de 2019; 12.309-2019, de 11 de septiembre de 2019; 8.180-2019, de 24 de septiembre de 2019; 11.502-2019, de 24 de septiembre de 2019; 11.530-2019, de 07 de mayo de 2019; y 13.300-2019, de 13 de septiembre de 2019; entre otras por mencionar.

en contraste con aquellos que, superando dicho límite de años, obtenían sentencias favorables (Muñoz, 2020: p. 10).

Luego, el 19 diciembre de 2019, la Corte Suprema resolvió que para sumar los 10 años que se requerían para ampararse en la confianza legítima, podía usarse el tiempo en que se había servido en calidad jurídica a contrata en diversos órganos públicos, sin solución de continuidad. Cabe señalar, como particularidad, que en el caso específico la persona no tenía 10 años continuos en el mismo Servicio, pero sí en la Administración Pública¹⁹.

Enseguida, el 08 de enero del año 2020, la Corte, resolviendo sobre el mismo tema, indicó que no podían invocar la confianza legítima aquellos funcionarios que no tenían 10 años continuos. En este punto, parecía ser que la Corte delimitaba finalmente su criterio²⁰.

Este fallo tiene la particularidad que se trataba de diversos funcionarios cuyos contratos se encontraban en ambos lados del límite temporal, y donde los sentenciadores esgrimieron que, respecto de aquellos que se estaban bajo dicha línea de 10 años, debía estarse a la transitoriedad y precariedad de sus contrataciones, por cuanto se trataba de necesidades temporales.

En efecto, el considerando Séptimo de la sentencia señaló: “la autoridad recurrida se encontraba legalmente facultada para no renovar o renovar sólo parcialmente los servicios a contrata de los actores en comento, puesto que, como se dijo, la principal característica de este tipo de vinculación es la precariedad en su duración, supeditada a las necesidades temporales de la entidad administrativa, razón por la que el acto impugnado no puede ser tildado de ilegal o arbitrario”.

En cambio, respecto de aquellos que superaban el límite de los 10 años, los jueces indicaron, en el considerando Cuarto: “Que la circunstancia de haber prestado servicios continuos por más de 10 años [...] generó a sus respectivos la confianza legítima de mantenerse vinculados con la recurrida, de modo tal que sus relaciones estatutarias sólo pueden terminar por sumario administrativo derivado de una falta que motive su destitución o por una calificación anual que así lo permita, supuestos fácticos que no concurren en la especie. Por ello, la decisión de no renovar sus contrataciones, ha devenido en una vulneración a la garantía de igualdad ante la ley en cuanto constituye una discriminación en perjuicio de ellos en relación

¹⁹ Paredes con Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, sentencia de la Corte Suprema (2019), Rol 15.452-2019.

²⁰ Gutiérrez con Brucher, sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 19181-2019.

con otros funcionarios que, en situación jurídica equivalente, no han sido objeto de medidas como las recurridas”.

Sin embargo, transcurrido un mes y 13 días desde la dictación del fallo anterior, la Corte amplió el rango de protección de la confianza legítima en otra sentencia, fijándolo ahora en 8 años²¹.

Posteriormente, con fecha 03 de abril de 2020, la Corte nuevamente cambia su criterio, ampliando el amparo de la confianza legítima esta vez a 5 años.

Cabe señalar que este caso correspondía a un conflicto entre un ex funcionario de la Contraloría General de la República y este mismo órgano. El máximo tribunal no solo confirmó su línea jurisprudencial -y extendió aún más el límite temporal protector-, sino que además indicó que la Contraloría no se encontraba fuera del marco constitucional y, por lo mismo, no podía ir en contra de su propio criterio, ya que en este caso el ente contralor alegaba que sus funcionarios eran de confianza y, atendida la transitoriedad de la contrata, podía ponerle término²².

En efecto, el considerando Sexto señala: “la recurrida no se ha ceñido a su propia jurisprudencia administrativa, toda vez que la principal motivación contenida en la resolución cuestionada -la externalización de los servicios de vigilancia del recinto recreacional de Pelancura- deja en la penumbra las razones por las que el funcionario no puede ser destinado a la ejecución de otras tareas o funciones, máxime si se considera que la relación estatutaria entre las partes se prolongó por cinco años y seis meses, generándose -como se dijo- la confianza legítima en el actor de que su contrata sería renovada y, por lo tanto, que se mantendría prestando servicios en la institución en tanto no medie una medida disciplinaria expulsiva, previo sumario administrativo, o una calificación deficiente de conformidad a la ley”.

Agregó en el considerando Séptimo lo siguiente: “en cuanto al argumento de que el Contralor General puede nombrar, promover y remover a su entera libertad a los empleados de la Contraloría “con entera independencia de toda otra autoridad”, facultad contenida en el artículo 3 de la Ley N° 10.336, es evidente que la misma no otorga al recurrido poderes

²¹ Chales de Beaulieu con Gobierno Regional Metropolitano, sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 28857-2019

²² Cáceres Rivera Diego Alejandro con Contraloría General de la Republica, sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 38.853-2019.

omnínimos para decidir acerca de la remoción de los funcionarios que prestan servicios en la Contraloría al margen de la ley, pues si bien la Contraloría General de la República no forma parte de lo que se denomina como “Administración Activa”, no cabe duda alguna que se encuentra sometida -como todos los órganos del Estado- a los principios de juridicidad y de supremacía constitucional establecidos en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental”.

Transcurrido menos de un mes desde el fallo precedente, con fecha 29 de abril de 2020, la Corte nuevamente amplía el rango de protección a las contratadas, indicando, al efecto, que bastaban solo 3 años de renovación en dicha calidad jurídica²³.

Finalmente, con fecha 06 de mayo de 2020, y siendo el criterio que se ha mantenido predominante, el máximo tribunal del país resolvió que la confianza legítima puede invocarse respecto de aquellos funcionarios en calidad jurídica a contrata luego de dos renovaciones, solo pudiendo ser destituido por calificación deficiente o sumario administrativo. Nuevamente se trató de un caso que se llevó en contra de la Contraloría General de la República²⁴.

Resulta interesante destacar -como se adelantó en el apartado anterior-, que esta línea jurisprudencial motivó a que la Contraloría General de la República reconsiderara las instrucciones contenidas en los dictámenes N^{os} 85.700, de 2016 y 6.400, de 2018, produciéndose una unificación de criterios en sede administrativa y judicial.

Sobre el particular, esta línea de actuación uniforme también se ha materializado en otras situaciones similares, *v. gr.* sostener que los cargos de exclusiva confianza no se encuentran amparados en este principio para efectos de permanecer en sus cargos²⁵.

Por otra parte, y sin alejarse del criterio asentado, la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha encargado de resolver situaciones donde no aplica el mencionado principio, a pesar de concurrir, al menos, el elemento de temporalidad. Tal es la situación que acontece con aquellos funcionarios que luego de jubilar sirven en la Administración del Estado, aunque sea por 10 años, toda vez que se desnaturaliza el principio de confianza legítima²⁶.

²³ Ríos con Universidad de la Serena, sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 18.881-2020.

²⁴ Stull con Contraloría General de la República, sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 38.888-2019.

²⁵ Raúl Godoy Fierro con Ilustre Municipalidad de Concepción y otra, sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 20.184-2019; y dictamen N^o 27.143, de 2018, de la Contraloría General de la República.

²⁶ Crisóstomo con Fisco de Chile - C.D.E., sentencia de la Corte Suprema (2020), Rol 104.385-2020. Mismo criterio se aplicó en las sentencias Roles N^{os} 85.155-2020 y 92.146-2020.

Esta sentencia reviste importancia, toda vez que la Corte Suprema refiere a cuál es el objeto de la confianza legítima, cuestión que no se observa en los dictámenes de la Contraloría, indicando en su considerando Séptimo lo siguiente: “el principio de confianza legítima en materia de contratación por parte del Estado, específicamente en lo que atañe a las contrata, sólo resulta aplicable en aquellos casos en que la contrata es la única fuente de ingreso del empleado público en su relación estatutaria con el Estado, independiente de que la contratación se haya verificado con posterioridad a la obtención de la pensión, o antes, como ocurre en la especie; toda vez que lo que se busca proteger mediante la aplicación de dicho principio es el trabajo en sí mismo como derecho fundamental, en tanto fuente de ingresos para la persona, en los términos del artículo 19 N° 16 de la Constitución Política de la República”.

Como puede observarse, lo que subyace en la aplicación de este principio es “resguardar una de las características fundamentales de la carrera funcionaria, como lo es la estabilidad en el empleo de aquellos funcionarios públicos que han prestado sus servicios a la Administración durante un cierto periodo de tiempo y que venían siendo desvinculados del órgano sin un fundamento razonable” (Gómez, 2019: p. 145).

Pues bien, asentado el criterio temporal y el fin que tiene la aplicación del Principio de la Protección de la Confianza Legítima en el empleo público, la discusión se ha centrado en torno a cuáles argumentos son insuficientes para poner término a una contrata. Un ejemplo de esto lo encontramos en sentencia Rol 13.625-2022, de 02 de junio de 2022, donde la Corte Suprema confirmó la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, que acogió el recurso de protección interpuesto por un funcionario de la Municipalidad de San Miguel, en contra del municipio, por no renovar su contrata para el año 2022, señalando, al efecto, lo siguiente: “(...) es del caso señalar que, en el caso de autos, no es discutible que la Administración cuenta con la habilitación legal para poner término a la contrata, pero, habida cuenta de la aplicación del principio de “confianza legítima”, debe fundamentar adecuadamente tal decisión, lo que no ocurre en el caso que se examina, pues no se han expresado las reales motivaciones que le impulsan a adoptar tal determinación, puesto que los argumentos esgrimidos son, en definitiva, la existencia de deficiencia presupuestaria en el ente edilicio recurrido, cuya generalidad, en definitiva, los tornan insustanciales a estos efectos”. La Corte estima que la actuación del Municipio vulneró los artículos 11 y 41 de la

Ley N° 19.880 y la igualdad ante la ley y el derecho de propiedad del actor sobre sus remuneraciones, garantizados en los numerales 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de suerte que declaró el decreto alcaldicio como ilegal y arbitrario.

En el sentido expuesto, si bien resulta destacable que la Corte Suprema haya buscado una forma de protección que resguarde la estabilidad en el empleo público de los funcionarios a contrata ante la evidente despreocupación del legislador por dar una adecuada respuesta a esta problemática, la solución empleada, cual es acudir al principio de la confianza legítima, no constituye a nuestro juicio una forma óptima de protección, toda vez que se trata de una solución que se encuentra sometida al criterio dominante de los integrantes de la Tercera Sala de la Corte Suprema y que eventualmente puede variar radicalmente.

Además, resulta evidente la falta de respaldo jurídico sobre el cual se construye la base temporal de la confianza legítima. ¿Cuál es la razón por la que son dos renovaciones sucesivas y no tres o más? De la jurisprudencia administrativa y judicial no se desprende ninguna línea argumental que permita dar una respuesta que dé certeza jurídica a dicha cuestión y que resulta clave en pos de argumentar en favor del principio de la confianza legítima.

III. Efectos del Principio de la Confianza Legítima en el empleo público.

1) La configuración de los efectos generales del PCL

La Contraloría General de la República ha señalado que de no dictarse el acto administrativo que fundamente la no renovación o prórroga de la contrata, o en el evento que se resuelva disponer la renovación pero en un grado, estamento o asignación horaria inferior, o por un plazo menor a una anualidad, o que no se encuentren debidamente fundadas esas decisiones, y el afectado reclame oportunamente, corresponde entender, si es acogida su presentación, que la contratación del servidor debe ser prorrogada en iguales términos a la existente al 31 de diciembre de la anualidad respectiva -o a la fecha que corresponda de acuerdo a la preceptiva aplicable-, y por todo el año siguiente²⁷.

²⁷ Dictamen N° E156769, de 18 de noviembre de 2021.

El citado pronunciamiento agrega que, además, en el evento de que el servidor hubiere sido separado de sus labores a causa de una irregular medida, procederá que el servicio respectivo lo reincorpore a sus funciones y le pague las remuneraciones correspondientes al tiempo en que, por motivos no imputables a sus actuaciones, no pudo desempeñarse en la calidad que le incumbía.

Por su parte, la Corte Suprema, en concordancia con lo dictaminado por la Contraloría General de la República, ha resuelto, en concreto, dejar sin efecto la resolución que dispone la no renovación de la contrata del funcionario, disponiéndose que ésta se renueve para la anualidad correspondiente, ordenándose, asimismo, el pago de todas las remuneraciones devengadas mientras el empleado público haya permanecido separado del servicio²⁸.

Sin embargo, el máximo tribunal ha ido más allá.

Así, en sentencia rol 7852-2022, además de dejar sin efecto la resolución por la cual se dispuso la no renovación de la contrata del funcionario, resolvió renovar para la anualidad correspondiente y *siguientes, permaneciendo en el cargo* el respectivo funcionario en tanto no concluya por calificación deficiente o sanción adoptada en un sumario administrativo legalmente tramitado²⁹.

2) La concreción en efectos específicos

En definitiva, puede colegirse que en tanto en la sede contralora como en la jurisdiccional, se reconoce una suerte de inamovilidad en el cargo, toda vez que la autoridad, frente a una declaración de ilegalidad del respectivo acto administrativo, se encuentra compelida no solo a reintegrar al funcionario en el cargo que desempeñaba, sino que, además, debe renovarlo para la siguiente anualidad y posteriores. Lo anterior, obviamente no impide a la autoridad dictar un nuevo acto que contenga un estándar mayor de fundamentación, o bien, aplicar los mecanismos de calificación o procedimientos disciplinarios para desvincular a un funcionario a contrata.

²⁸ Véase sentencias roles 131.064-2020, de 03 de marzo de 2021; 119.277-2020, de 24 de febrero de 2021; 112.869-2020, de 21 de diciembre de 2020; entre otras por mencionar.

²⁹ En el mismo sentido sentencia rol 139.884-2020, de 01 de diciembre de 2020.

La reincorporación del funcionario a contrata al interior de la Administración tiene importantes efectos jurídicos respecto de los cuales la doctrina y la jurisprudencia no se han hecho cargo en profundidad.

En primer término, mediante las respectivas glosas presupuestarias se establecen anualmente la dotación máxima de personal a contrata que puede disponer un órgano público, haciendo excepción a la regla contenida en el artículo 10 del Estatuto Administrativo que dispone lo siguiente: “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 de ésta”³⁰. Así, la contratación de personal se encuentra limitada a “cupos” establecidos por ley, los cuales, una vez completados, el órgano público se encuentra impedido de efectuar nuevas contrataciones por haber alcanzado la máxima dotación autorizada para la anualidad respectiva.

En la práctica, puede producirse la situación en que la dotación se encuentre completa por haberse suplido la vacante con una nueva designación. Si el funcionario desvinculado debe ser reincorporado, y así se procede, se estará en contravención de la ley. Lo anterior conlleva a que la Administración, a fin de salvar la situación, *prima facie*, opte por desvincular a la persona contratada quien, con alta probabilidad, no contará con la protección de la legítima confianza.

Lo referido no resulta de justicia si se piensa que la regla general en materia de contratación de personal a contrata se proceda mediante procesos de reclutamiento y selección, conforme lo preceptuado por el artículo 14 de la Resolución Afecta N° 1, de 2017, de la Dirección Nacional del Servicio Civil, siendo la excepción que la autoridad resuelva no aplicarlo, debiendo dictar un acto administrativo que exprese los motivos de dicha decisión³¹.

En este sentido, la Contraloría General de la República ha expresado que “como lo consigna el considerando N° 13 de la aludida resolución N° 1, la emisión de las normas

³⁰ Véase a modo de ejemplo la Partida 05, Capítulo 35, Programa 01 correspondiente al Servicio Nacional de Migraciones para el año 2022, el cual dispone en su Glosa 02 letra a) que la dotación máxima de personal será de 320 personas –incluidas plantas y contrata–, indicando expresamente que “[n]o regirá la limitación establecida en el inciso segundo del artículo 10 del D.F.L. N° 29, de 2005, Ministerio de Hacienda, respecto de los empleos a contrata incluidos en la dotación”. En el mismo sentido se pronuncian las diversas partidas de otros servicios públicos.

³¹ Artículo 14 de la Resolución Afecta N° 1, de 2017, de la Dirección Nacional del Servicio Civil: “El proceso de reclutamiento y selección señalado en el artículo anterior, será aplicado a los ingresos de personas que se incorporen al servicio en calidad jurídica de contrata o Código del Trabajo, salvo que la autoridad, por resolución fundada, resuelva no aplicarlo, informando de ello a la Dirección Nacional del Servicio Civil”.

relativas al cumplimiento de estándares en procesos de reclutamiento y selección tiene precisamente por objetivo generar condiciones para que el ingreso de las personas a los servicios públicos en calidad jurídica de contrata y Código del Trabajo, se realice considerando exclusivamente el mérito, la idoneidad e igualdad de oportunidades, para el cumplimiento de la función pública, y busca asegurar el desarrollo e implementación de tales procedimientos, sujetándose a los principios de objetividad, transparencia, no discriminación, igualdad de condiciones y calidad técnica de los mismos, por lo que el uso permanente de esta preceptiva por parte de los servicios constituye la manera de garantizar que los procesos de ingreso a la Administración sean transparentes y abiertos a toda la ciudadanía”. Agrega que “cabe hacer presente que la existencia de resoluciones que fundadamente determinen la no aplicación de un proceso de selección y dispongan la contratación directa de personal, no basta para establecer que un organismo se encuentra dando cumplimiento cabal a la preceptiva antes comentada, toda vez que, como se indicó, esta en su conjunto propende a que los servicios de la Administración acudan, como regla general, a un proceso de reclutamiento y selección, transparente y objetivo, para buscar a las personas más idóneas para desempeñar los cargos requeridos”.

En este sentido, puede acontecer que el funcionario que esté haciendo uso del cargo en cuestión haya ingresado a la Administración Pública mediante un proceso de reclutamiento y selección, o bien, a través de una contratación directa donde los fundamentos por los cuales la autoridad decidió prescindir de dicho proceso deben constar en un acto administrativo fundado. Cualquiera sea el caso, la persona contratada resulta ser un tercero ajeno a la situación que enfrenta al funcionario que ha obtenido un dictamen o sentencia favorable, según corresponda, y la Administración que debe reincorporarlo a las mismas funciones.

Resulta palpable el conflicto jurídico que involucra a este tercero, quien no solo ve inserto en una situación de la cual es totalmente ajeno, sino que, además, ve gravemente afectadas sus expectativas de continuar en funciones, ya que ese puesto debe ejercerlo el funcionario que debe reintegrarse y, por otra parte, tal como se adelantó, es altamente probable que se trate de una persona que no cuenta con la legítima confianza que sus servicios serán renovados, de suerte que la solución jurídica pasa por la desvinculación de ese funcionario por no ser necesarios sus servicios.

Trayendo a colación la distinción efectuada por Harris, nos encontraríamos frente a un funcionario quien, en tal hipótesis, está sujeto a un régimen de inestabilidad absoluta, no solo por la incorporación de la cláusula de inestabilidad “mientras sean necesarios sus servicios” en su resolución de nombramiento, sino que además por estar en un cargo que, eventualmente, puede ser retomado por quien tenga un dictamen o sentencia favorable por haber operado el Principio de la Confianza Legítima.

Por otro lado, en el evento que la Administración decida no desvincular al funcionario contratado por tener presupuesto y cupos en la dotación respectiva, puede acontecer que el cargo provisto sea de aquellos que podemos denominar, para estos efectos, como “únicos” o “exclusivos”, por ejemplo, de coordinador, encargado de un área, grupo o materia determinada, de un programa o plan concreto, entre otros, y que, por regla general, van asociados a altos grados o asignaciones especiales por el nivel de responsabilidad que conllevan.

En efecto, la reincorporación del funcionario que ejercía dicha función, producirá una situación de duplicidad de funciones que no resultará conveniente para la Administración en miras a los fines del cargo. En tal evento, la Administración deberá asumir la reincorporación del funcionario amparado por la legítima confianza, en desmedro de aquella que no cuenta con ella, produciéndose el inconveniente de determinar que funciones o cargo asignar a este servidor público.

Si bien puede compartirse el objetivo protector a la estabilidad en el empleo público respecto de la precariedad a que están sujetos los funcionarios a contrata, no puede sino concluirse que se ha dejado de lado la situación de aquellos que son ajenos al conflicto que involucra a la Administración y al funcionario amparado en la legítima confianza que ha tenido un pronunciamiento favorable en sede administrativa o judicial, según sea el caso, y cuyas expectativas laborales, paradójicamente, se ven perjudicadas por la aplicación de este criterio que no da respuesta suficiente a las consecuencias prácticas que genera su aplicación.

En segundo término, corresponde analizar la situación de quienes se desempeñan en calidad de servidores a honorarios y como el Principio de Protección de la Confianza Legítima les es aplicable.

Al efecto, debe relevarse la sentencia rol 66.367-2021, de 06 de octubre de 2021, por la cual la Corte Suprema resolvió asimilar un contrato a honorarios a un empleo a contrata.

El máximo tribunal en su considerando tercero dispuso lo siguiente: “Que del examen del contrato que vincula a las partes se puede constatar que no obstante denominarse “contrato a honorarios a suma alzada” sus estipulaciones no responden a esa categoría de contratos porque, en primer lugar, se lo contrata para realizar la función genérica [...] la que debe ser desempeñada entre el 4 de marzo de 2021 y el 31 de diciembre del mismo año; asimismo, se establece la exigencia de cumplir con 44 horas semanales de trabajo en las dependencias de la recurrida y la obligación de registro de control de asistencia; además de una contraprestación en dinero pagadera en 10 cuotas mensuales por los servicios prestados durante igual período.

Agrega: “El elemento aún más ajeno a este tipo de contrato son los derechos que se confieren al prestador de los servicios, a saber, 20 días hábiles durante los cuales no tendrá la obligación de prestar los servicios comprometidos, también podrá ausentarse de sus labores por motivos particulares hasta por 5 días hábiles, dejar de prestar sus servicios por enfermedad o incapacidad temporal, entre otros aspectos”.

El considerando Cuarto señala: “Que, de este modo, en la especie no nos encontramos ante un contrato de honorarios de aquéllos previstos en el artículo 4 de la Ley N°18.883, porque las características que emanan del acto jurídico descrito en el motivo precedente, son propias de los funcionarios a contrata, los que forman parte de la dotación de los organismos públicos aun cuando tengan el carácter de transitorios, debiendo durar, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año”.

Luego, la Corte Suprema expresa que, al estar frente a una contrata, para ponerse término, deben aplicarse las reglas que para ellos existen, esto es, dictar un acto administrativo fundado –considerando Séptimo–.

Resulta importante destacar el considerando Noveno, el cual dispone lo siguiente: “Lo cierto, por último, es que la ilegalidad se funda realmente en un fin diverso del expresado, por cuanto lo que se desea es desvincular al funcionario sin un procedimiento previo que le permita defenderse de las eventuales acusaciones de falta a sus deberes o un deficiente desempeño, como sí ocurriría en una investigación disciplinaria o en el período de calificación anual”.

La Corte Suprema resuelve revocar el acto administrativo que dispuso el término anticipado del contrato a honorarios disponiéndose que se mantendrá vigente por el período pactado, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2021.

La decisión del máximo tribunal constituye un hito en materia de empleo público toda vez que, si bien la sentencia no lo señala expresamente, hace aplicable al Derecho Administrativo un principio propio del derecho laboral, cual es el principio de la primacía de la realidad. Las consecuencias no son baladíes, pues la solución no pasa por aplicar las normas del Código del Trabajo, sino por reconducir la problemática al ámbito propio del Derecho Administrativo.

En suma, un contrato a honorarios suscrito en similares términos –y con todos los derechos y obligaciones propias de los funcionarios públicos– en forma sucesiva, en realidad se trata de una contrata sujeta a la protección del Principio de la Protección de la Confianza Legítima.

3) Un efecto no visualizado hasta ahora: influencia entre la sede contralora y la jurisdiccional

Esta interpretación efectuada por el máximo tribunal hizo eco en sede administrativa, toda vez que la Contraloría General de la República mediante el dictamen N° E173171, de 10 de enero de 2022, instruyó, en términos generales, restringir la contratación de servidores a honorarios para labores específicas pormenorizadas en el numeral 2 del referido pronunciamiento.

Resulta relevante destacar que el organismo contralor señala expresamente la aplicación del principio de primacía de la realidad para orientar la labor interpretativa del Derecho Administrativo, agregando que “en ejercicio de la facultad de contratar a honorarios, en la mayoría de los casos se disponen sucesivas renovaciones de tales convenciones, lo que implica que el órgano público, a través de dichos prestadores de servicios y bajo esa modalidad contractual, termina desarrollando en forma permanente sus labores habituales, desvirtuando el carácter excepcional y eminentemente transitorio de tales contrataciones al igualarlas así con los empleos de planta y a contrata”.

El dictamen agrega que “todas las labores que, por su naturaleza, son inherentes a la función pública, deben desarrollarse por los servidores de planta o a contrata del respectivo organismo y, excepcionalmente, por personas contratadas a honorarios”. Añade que “[I]uego, se debe anotar que, en ejercicio de la facultad de contratar a honorarios, en la mayoría de los casos se disponen sucesivas renovaciones de tales convenciones, lo que implica que el órgano público, a través de dichos prestadores de servicios y bajo esa modalidad contractual, termina desarrollando en forma permanente sus labores habituales, desvirtuando el carácter excepcional y eminentemente transitorio de tales contrataciones al igualarlas así con los empleos de planta y a contrata”.

En definitiva, del razonamiento expuesto, la Contraloría “reconoce la existencia de servidores a honorarios que no han debido tener esta condición, y que, en los hechos desempeñan las mismas funciones que el personal a contrata, pero en condiciones normalmente más desfavorables, resulta necesario que la relación que los una con la Administración sea estatutaria, con los mismos derechos y obligaciones que el legislador ha previsto para el resto de los funcionarios públicos”. Por lo anterior ordena que tales servidores “deberán quedar sometidos al régimen jurídico previsto por el legislador para los funcionarios que no sean de planta, es decir, a contrata o a la figura análoga a ella que se contemple en el pertinente estatuto”.

La consecuencia a mediano plazo del criterio empleado por la Corte Suprema y que en cierta medida hizo suya la Contraloría General de la República, necesariamente implicará reconocer la plena aplicación del Principio de la Protección de la Confianza Legítima a los servidores a honorarios que hayan tenido una relación sucesiva con la Administración por más de dos años consecutivos y que sus contratos terminen el 31 de diciembre de 2022.

Además, cabe recordar que conforme el artículo 11 del Estatuto Administrativo pueden contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias. En este último caso, dicha experticia puede estar dada por una amplia experiencia en determinados oficios o conocimientos que no necesariamente se encuentran relacionados a un título profesional o técnico y que, eventualmente, pueden significar una contraprestación monetaria mayor de la que tendrían si estuvieran en alguna calidad estatutaria.

De esta manera, sobre la base de este dictamen y según el criterio de la Corte Suprema, estas personas debieran prestar servicios en la calidad jurídica a contrata, por lo que, al no cumplir los requisitos exigidos para acceder a los escalafones profesional o técnico, según corresponda, deberán asimilarse al escalafón administrativo o auxiliar, según sea el caso, provocándoles un perjuicio pecuniario o bien, frente a la imposibilidad de asignarles trabajo que sean atingente a tales estamentos, la Administración deberá prescindir de sus servicios.

No puede sino reconocerse el esfuerzo de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República en pos de la protección de la estabilidad en el empleo público, lo que, si bien pueden considerarse soluciones paliativas y cuyas consecuencias aún están por verse, dejan en evidencia la crisis del empleo público en la actualidad y la obsolescencia de la legislación sobre la materia, resultando evidente que el Principio de la Protección de la Confianza Legítima no resulta ser la solución óptima frente a la precarización de los funcionarios a contrata y honorarios.

Tal como lo señala Rosa Gómez el modelo de función pública adoptado en Chile desde el modelo continental o cerrado, por regla general está obsoleto y superado por una práctica que lo ha desnaturalizado (Gómez, 2020: p. 148), siendo imprescindible una reforma legal del empleo público que contribuya a su estabilización y cuya protección no dependa de los vaivenes de la variable jurisprudencia de nuestros tribunales y la Contraloría General de la República.

CONCLUSIONES

Al finalizar este trabajo es posible realizar las siguientes afirmaciones conclusivas, a saber:

La regulación del empleo público en Chile contempla cuatro categorías de trabajadores, siendo los más abundantes quienes sirven en calidad de contrata³², convirtiéndose con el paso de los años en la regla general.

Si bien esta calidad jurídica se caracteriza por su carácter transitorio, según previene el literal c) del artículo 3° en consonancia con el artículo 10 del Estatuto Administrativo, la

³² Véase tabla 1 en Gómez, 2020: p. 130

constante renovación de quienes servían en dicha calidad por el transcurso de los años implicó que en la práctica este tipo de funcionarios se volvieran parte de la dotación habitual y permanente de las instituciones públicas. Sin embargo, atendido su carácter transitorio y la incorporación en sus designaciones de la cláusula “mientras sean necesarios sus servicios”, dichos empleados públicos se vieron sujetos a un régimen precario que permitía a la autoridad desvincularlos sin mayor limitación.

La Contraloría General de la República, a través de su función dictaminadora, hizo aplicable el Principio de la Protección de la Confianza Legítima a los funcionarios contratados en calidad jurídica “contrata”, previniendo, en resumidas cuentas, que a partir de la segunda renovación anual se genera la legítima confianza que su contrato se renovará sucesivamente en el mismo grado y estamento de asimilación. Tal interpretación fue recogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema, produciéndose una unificación de criterios tanto en sede administrativa como judicial.

Si bien tales interpretaciones tienen un marcado rol protector en pos de la precariedad a la que estaban sujetos los funcionarios públicos a contrata, tal solución no resulta la más adecuada en miras a los importantes efectos jurídicos que produce su aplicación, la que, como cuestión fundamental, se encuentra sujeta al criterio del Contralor de turno y, principalmente, a la integración de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

En efecto, en sus orígenes y conforme su aplicación en la doctrina extranjera revisada, no ha sido pensado para ser aplicado por los funcionarios públicos en contra de las decisiones que los afectaran en calidad de tales, sino en favor de los ciudadanos frente a cambios intempestivos de interpretaciones por parte de la Administración.

Así las cosas, la jurisprudencia administrativa y judicial no se ha hecho cargo de las consecuencias jurídicas que produce la reincorporación de un funcionario que ha obtenido un dictamen o fallo favorable en base a la aplicación de este Principio, *v. gr.* como acontece cuando el respectivo servicio público ha alcanzado la dotación máxima de personal en calidad a contrata que puede disponer según la Ley de Presupuesto vigente; o bien, la situación a la que se ve enfrentada aquella persona que ha sido contratada para ocupar un cargo que, posteriormente, debe ser reasumido por aquel servidor público que se vio favorecido por la aplicación del Principio de la Protección de la Confianza Legítima.

Un caso más complejo será la situación de los servidores a honorarios, quienes, en base a la aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad, deberán progresivamente ser asimilados a contrata, lo que implicará, necesariamente, la plena aplicación del Principio de la Protección de la Confianza Legítima a su situación jurídica.

Está por verse como resolverá el ente contralor y nuestros tribunales la aplicación de este principio, considerando todo el tiempo servido en dicha calidad jurídica, así como todos aquellos efectos que tendrá dicha interpretación, tales como el derecho a la percepción de asignaciones por metas o bienes, acumulación de feriados legales, calificaciones, entre otros.

Por lo anterior, a nuestro juicio, si bien el Principio de Protección de la Confianza Legítima ha resultado ser el mecanismo que ha permitido brindar estabilidad en el empleo público respecto de quienes se desempeñan en calidad jurídica contrata, no resulta ser el mecanismo idóneo para los efectos de resolver una problemática que va a allá de la mera conservación del empleo, sino que de las consecuencias jurídicas que derivan de su aplicación y que no armonizan con el resto de las disposiciones estatutarias. Por lo demás, y tal como se indicó, los requisitos y efectos de dicho Principio en el empleo público no vienen dados por una regla de rango legal, sino que provienen de interpretaciones sujetas a los vaivenes jurisprudenciales de la Contraloría General de la República y la Corte Suprema.

Por lo anterior, resulta imperativo una profunda reforma legal que contribuya a ofrecer certeza y seguridad jurídica a quienes prestan servicios en la Administración del Estado tanto respecto de las condiciones de su contratación como de su eventual desvinculación, así como darle al Estado reglas que orienten su actuar a fin de limitar eventuales actuaciones arbitrarias.

BIBLIOGRAFÍA

ARÁNGUIZ, Roxana (2017): “Cesación de funciones en la Administración del Estado chileno y mecanismos de impugnación”, en: Estabilidad en el empleo. Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz, Ediciones Ondemand: pp. 19-44.

BERMÚDEZ, Jorge (2005): “El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria”, en: *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, Vol. 18, N° 2: p. 83-105.

BERMÚDEZ, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*, segunda edición, LegalPublishing, Santiago.

BOETTIGER, Camila (2009): “El principio de la buena fe en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en materia urbanística”, en: *Revista Actualidad Jurídica*, Tomo I, N° 19: pp. 309-326.

CÁRCAMO, Alejandro (2016): “El empleado a contrata “mientras sean necesarios sus servicios”. Una interpretación jurisprudencial de espaldas a la Ley N° 19.880”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 22 [enero-junio 2016]: pp. 159-175.

CASTILLO, Eduardo (2011): “Regulación jurídica del término del empleo a contrata en la administración pública”, en: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 2, N° 2: pp. 181-196.

GUERRA, Felipe (2015): “El principio de confianza legítima como límite al régimen de invalidación en Chile: entre la legalidad y la decisión”, en: *Derecho y Crítica Social*, N° 1: pp. 41- 66

GÓMEZ, Rosa (2020): “Desafíos de la función pública en Chile y medidas para la modernización y buena gestión de las relaciones laborales dentro de la Administración del Estado”, en: *Revista Digital De Derecho Administrativo*, N° 23, primer semestre: pp. 123-160.

HARRIS, Pedro (2020): “El control de la estabilidad en la función pública en Chile”, en: *Revista digital de Derecho Administrativo*, N° 23, primer semestre: pp. 71-91.

JARA, Ana (2016): “Efectos del Principio de Confianza Legítima, aplicado al ejercicio de la Potestad Invalidatoria de la Administración Pública”, Tesis para optar al Grado de Magister en Derecho, Universidad de Concepción.

LETELIER, Raúl (2014): “Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de actos administrativos”, en: Revista Chilena de Derecho, Vol. 41, N° 2: pp. 609-634.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan (2006): “El principio de confianza legítima como criterio ponderativo de la actividad discrecional de la administración pública”, en: Revista de Administración Pública, N° 171, Madrid: pp. 249-263.

MILLAR, Javier (2008): La potestad invalidatoria en el derecho chileno, Tesis Para optar al grado de Doctor en Derecho, Universidad de Chile.

MILLAR, Javier (2012): “El principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República: una revisión a la luz del Estado de derecho”, en A.A.V.V., en: La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012), Santiago, Contraloría General de la República: pp. 417-430

MORAGA, Claudio (2010): “La Actividad Formal de la Administración del Estado”, en: Tratado de derecho administrativo, primera edición, Santiago.

MUÑOZ, Héctor (2020): “La ambivalencia de la excma. Corte Suprema frente a la estabilidad en los empleos de la función pública”, en: Revista Justicia & Derecho, Vol. 3, N° 2: pp. 1-18.

OLIVARES, Oscar (2017): “La precariedad del empleo a contrata regulado en la Ley N° 18.834: una crítica a la normativa vigente, en: Ars Boni et Aequi, Vol. 13 N° 2: pp. 71-102.

PANTOJA, Rolando (2010): “Derecho y administración del Estado”, en: Tratado de derecho administrativo, primera edición, Santiago.

PHILLIPS, Jaime (2018): “El principio de protección de la confianza legítima en el artículo 26 del Código Tributario”, en: Revista Ius et Praxis, Año 24, N° 1: pp. 19-68.

PHILLIPS, Jaime (2020): “La protección de expectativas en el Derecho Administrativo Chileno. Una propuesta para la aplicación del principio de protección de la confianza”, primera edición, Tirant lo Blanch, Valencia.

PONCE DE LEÓN, Viviana (2014): “La problemática invocación a la confianza legítima como límite a la potestad legislativa”, en: Estudios constitucionales, Vol. 12, N° 1: pp. 429-474.

REINA, Óscar (2010): “El principio de confianza legítima como fundamento de la responsabilidad patrimonial del estado legislador en el ordenamiento jurídico español”, en: Iustitia, N° 8: pp. 253-270.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia de la Corte Suprema (2015), Concha Mora Andra con Instituto Nacional de Estadística, Rol 25.475-2015

Sentencia de la Corte Suprema (2015), Ancelovici Valle Sola con Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación de Drogas, Rol 4.227-2016

Sentencia de la Corte Suprema (2015), Karem Waghorn González con Gobernación Provincial de Valparaíso, Rol 6.326-2012

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Márquez con Subsecretaria del Interior, Rol 10.176-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Cabrera con SENDA, Rol 9.928-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Varela con Gobierno Regional Metropolitano, Rol 12.294-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Cabrera con SENDA, Rol 12.309-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Pedro Cament Hormazábal con Subsecretaria de Salud Pública, Rol 8.180-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Miranda con Instituto Nacional del Deporte, Rol 11.502-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Fundación Educacional Vicenta con Superintendencia de Educación, Rol 11.530-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Urrutia con Subsecretaria del Interior, Rol 13.300-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2019): Paredes con Servicio Nacional de la Mujer y Equidad de Género, Rol 15.452-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Stull con Contraloría General de la República Rol 38.888-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2020), Valenzuela con Secretario Regional Ministerial de la región del Maule, Rol 12.589-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Gutiérrez con Brucher, Rol 19.181-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Chales de Beaulieu con Gobierno Regional Metropolitano, Rol 28.857-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Cáceres Rivera Diego Alejandro con Contraloría General de la Republica, Rol 38.853-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Ríos con Universidad de la Serena, Rol 18.881-2020

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Raúl Godoy Fierro con Ilustre Municipalidad de Concepción y otra, Rol 20.184-2019

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Castañeda con Universidad de Santiago de Chile, Rol 112.869-2020

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Arévalo con Comando de Personal de la Fuerza Aérea de Chile, Rol 139.884-2020

Sentencia de la Corte Suprema (2020): Crisóstomo con Fisco de Chile - C.D.E., Rol 104.385-2020

Sentencia de la Corte Suprema (2021), Pino con Municipalidad de Coyhaique, Rol 66.367-2021

Sentencia de la Corte Suprema (2021): González con Fisco Chile - C.D.E., Rol 92.146-2020

Sentencia de la Corte Suprema (2021): Pazols con Fisco Chile - C.D.E., Rol 85.155-2020

Sentencia de la Corte Suprema (2021): Torres con Presidencia de la Republica, Rol 131.064-2020

Sentencia de la Corte Suprema (2021): Muñoz con Delgado, Rol 119.277-2020

Sentencia de la Corte Suprema (2022): Sarmiento con Municipalidad de San Miguel, Rol 13.625-2022

Dictamen N° 33.051, de 23 de septiembre de 1994

Dictamen N° 22.766, de 24 de marzo de 2016

Dictamen N° 23.518, de 29 de marzo de 2016

Dictamen N° 85.700, de 28 de noviembre de 2016

Dictamen N° 6.400, de 02 de marzo de 2018

Dictamen N° 27.143, de 31 de octubre de 2018

Dictamen N° E156769, de 17 de noviembre de 2021

Dictamen N° E173171, de 10 de enero de 2022

Dictamen N° E271802, de 28 de octubre de 2022