

C.A. de Temuco

Temuco, seis de septiembre de dos mil dieciocho.

Al escrito de fecha cinco de septiembre del año en curso presentado por el abogado don Luis Martínez Pezo: Encontrándose agotado su derecho, no ha lugar.

Al escrito de fecha cinco de septiembre del año en curso presentado por la abogada doña Marcela Trujillo Carruz: Téngase presente.

VISTO:

A folio 1 comparece don ÓSCAR ROBERTO HERNÁN GONZÁLEZ NAHUM, chileno, cédula nacional de identidad número 15.747.177-5, casado, ingeniero comercial, domiciliado en Avenida Martín Lutero # 02145/Dpto. 304 B, comuna de Temuco quien interpone Recurso de protección en contra del SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACIÓN REGIÓN DE LA ARAUCANÍA, en adelante SERVIU ARAUCANÍA, Persona Jurídica de Derecho público, Rut: 61.821.000-6, domiciliado en calle Bernardo O'Higgins 366 de la ciudad y comuna de Temuco, representado por su Director Regional (S) don MAURICIO CONTRERAS SÁNCHEZ, por vulneración de las garantías constitucionales consagradas en los art. 19 N°2 y N° 24 de la Constitución Política del Estado.

Funda su recurso indicando que mediante Resolución N° 4 de 01 de Febrero de 2016, de SERVIU REGIÓN DE LA ARAUCANÍA se aprobó su ingreso como Contrata, Profesional, asimilado al Grado 6 E.U.R. RUT: N 15.747.177, 5 Título: INGENIERO COMERCIAL Cargo: Encargado de Control Interno Ejecución Presupuestaria Subtitulo 31 Dependiente: Departamento Técnico SERVIU Región de La Araucanía, prorrogándose la misma el año 2017 y posteriormente en virtud de Resolución Exenta 116855/1214/2017 de 26 de Diciembre de 2017, para el año 2018, a contar del 01 de enero de 2018 y hasta el 31 de diciembre de 2018.



Menciona que se desempeñaba como Encargado de Control Interno Ejecución Presupuestaria y que adicionalmente a las funciones referidas a ese cargo, se le encomendó la Coordinación del Sistema de Integridad, atendido sus características personales en términos de probidad y honradez. Añade en cuanto a su desempeño que siempre fue evaluado con calificaciones sobresalientes.

Agrega que con fecha 19 de Junio de 2018 se le informa del término anticipado de su designación a contrata, tal como consta de Resolución 116855/1662/2018 del SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACIÓN REGIÓN DE LA ARAUCANÍA, que en lo pertinente señala lo siguiente: "CONSIDERANDO; La reestructuración que se encuentra en curso al interior del Departamento Técnico de Construcciones y Urbanización conforme al decreto No 24 que modifica el DS 355/76 Reglamento Orgánico de los Serviu, que implica la supresión y/o modificación de distintas oficinas y secciones del mismo. Consecuente con lo anterior, Don ÓSCAR ROBERTO HERNÁN GONZÁLEZ NAHUM deberá cesar sus funciones a contar del 19 de junio del año 2018; en virtud de lo dispuesto en el DEL N° 29, de Hacienda, de 2004 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo."

Arguye que en consecuencia se puso término en forma intempestiva y sin motivo, pues el argumento de "la supresión y/o modificación de distintas oficinas y secciones del mismo", resulta al menos ambigua.

Añade que como una manifestación de lo arbitrario que resulta esta medida y la manera como se realiza, desde ya se anticipa que el cese se hace efectivo, encontrándose pendiente el trámite de razón por parte de Contraloría, 3 días antes de que se devengaran en su favor pagos asociados a mejoramiento de gestión y no dándome la posibilidad de tomarme los días correspondientes a feriado anual, que se encontraban devengados.



Menciona que la facultad del Sr. Director del Servicio de proveer cargos a contrata contenida en el artículo 18 del D.S n° 355/1976, en caso alguno lo autorizaba para poner término a la contrata del Recurrente, habida cuenta de que no se expresó causa que motiva el término, por lo que no se encuentra debidamente motivada o fundada, en los términos exigidos por el artículo 11 de la Ley 19.880.- y no se corresponde, entre otros pronunciamientos, con lo resuelto en el Dictamen N° 85.700, de 28 de noviembre de 2016 de la Contraloría General de la República, lesionándose así la debida confianza legítima.

A mayor abundamiento señala que el dictamen N° 23.518, de 2016, de la Contraloría General de la República estableció que "el término anticipado de una designación a contrata dispuesta con la fórmula "mientras sea necesarios sus servicios", debe materializarse por un acto administrativo fundado, correspondiendo, por tanto, que la autoridad que lo dicta exprese los motivos -esto es, las condiciones que posibilitan y justifican su emisión-, los razonamientos y los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de sustento y conforme a los cuales ha adoptado su decisión, sin que sea suficiente la simple referencia formal, de manera que su sola lectura permita conocer cuál fue el raciocinio para la adopción de su decisión"

Arguye que se le han vulnerado el derecho a la igualdad ante la Ley, habida cuenta de la arbitrariedad cometida, al ponerse término a la relación contractual, no indicando los motivos de tal decisión y no respetando el principio de la "confianza legítima" y particularmente al vulnerar la ley del contrato, que señala que la renovación contractual tendrá vigencia entre el 01 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2018, ambas fechas inclusive, sin que se encuentre la mención "mientras sus servicios fueren necesarios" u otra similar; y el derecho de propiedad sobre los montos en dinero ya señalados, contraviniendo entre otros el artículo 1545 del Código Civil, en el sentido que por ser el contrato válidamente celebrado una ley para las partes, no puede ser incumplido por una de ellas, por lo que el hecho que la autoridad



administrativa ponga termino anticipado y en forma unilateral el contrato, máxime al no existir como ya se dijo causal alguna que motive el término anticipado, habida cuenta que las sumas adeudadas ya habían ingresado en mi patrimonio, constituyendo así un derecho y no una mera expectativa, y al no cancelarlas se está produciendo un enriquecimiento sin causa a favor de la administración. Agrega que desde el momento que se pone término al mismo, entran en su patrimonio la totalidad de los honorarios pactados, al no haber existido mal desempeño tampoco durante la vigencia del contrato, por lo que no podía ser privado de ello si no por consentimiento mutuo o por causas legales que no se dan en esta situación, sin perjuicio que en parte alguna del contrato se establece la privación del monto por termino unilateral no imputable al suscrito.

Finaliza solicitando se deje sin efecto el término anticipado de la contrata de honorarios que me vincula con el SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACIÓN REGIÓN DE LA ARAUCANÍA, En subsidio se me pague la suma de \$ 15.974.770.-, que guardan relación con mis remuneraciones correspondientes a la parte pendiente del mes de junio de 2018, y las remuneraciones integras de los meses de Julio, Agosto, Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2018 y adoptar todas las medidas necesarias tendientes a tal fin; según el mérito de autos, todo con expresa condenación en costas.

Al primer otrosí acompaña: Resolución N° 04 de fecha 01 de febrero 2016; Toma de Razón 15 de febrero 2016, Resolución Exenta N° 244 de fecha 23 de diciembre 2016, Resolución Exenta RA N2H6855/1214/2017, Resolución Exenta m09B9 de fecha 22 de marzo 2018, Resolución Exenta RA N9116855/1662/2018.

A folio 14 el recurrido evacua informe solicitando el total rechazo del recurso.

Indica que la potestad ejercida por la autoridad administrativa para poner término al vínculo que genera para el funcionario la situación “a contrata” se encuentra regulada en la Ley N° 18.834 sobre



Estatuto Administrativo, norma que en su artículo 2 letra c) establece expresamente que el empleo a contrata se encuentra definido por su duración siempre limitada en el tiempo.

Agrega que el carácter de transitorio del empleo a contrata ha sido reconocido expresamente tanto por la jurisprudencia administrativa como judicial, por lo que la potestad ejercida para poner término anticipado a la designación a contrata es legal, ejercida por la autoridad competente, y se encuentra acorde además con la jurisprudencia administrativa y judicial vigente, según la cual es posible poner término a una contrata en aquellos casos en que los servicios ya no son necesarios, en tanto el acto de desvinculación exprese los fundamentos de hecho y de derecho que lo motivan, presupuesto que se cumple en la especie.

Menciona además que no ha existido afectación al principio de confianza legítima puesto es posible adoptar una decisión distinta a la renovación explicitando los fundamentos que motiven la decisión, como lo ha señalado la Contraloría General de la República al afirmar que los citados dictámenes- referidos al principio de confianza legítima- no afectan las facultades que tienen las autoridades respectivas en torno a las contratas, en cuanto a la atribución de decidir su no renovación o el término anticipado de aquellas en que rija la cláusula referida u otra similar- cláusula de termino anticipado por no ser necesarios sus servicios-

En cuanto al acto recurrido, señala que éste expresó su parte considerativa:

“La reestructuración que se encuentra en curso al interior de la Delegación de Angol conforme al Decreto N° 24 que modifica el D.S 355/76 Reglamento Orgánico de los Serviu, que implica la supresión u/o modificación de distintas Oficinas y Secciones del mismo.”

De lo anterior, se colige que se ha cumplido cabalmente con el requisito de expresar los antecedentes en que se sustenta la decisión de la autoridad, por cuanto la política de austeridad a que alude el acto



administrativo es un hecho de público conocimiento toda vez que las condiciones presupuestarias han dado origen a la necesidad de reestructurar, suprimir o modificar distintas secciones u Oficinas del Servicio.

En ese orden de cosas, con fecha 26 de Junio de 2018 y de acuerdo a la Orden de Servicio N° 111 de 2018 se designó por parte del Director (S) de Serviu Región de la Araucanía don Mauricio Sánchez Contreras, una comisión especial cuya función será la de reorganizar la estructura interna de los diferentes Departamentos del Servicio. En este contexto, con fecha 07 de Agosto de 2018 en el marco de la reestructuración anteriormente mencionada, se dictó por parte del Director del Servicio de Vivienda y Urbanización don Hugo Cruz Véliz, una Orden de Servicio N° 140 la cual suprime la Unidad de Control de Gestión Obras Viales y Urbanas del Organigrama Técnico del Servicio por no ser necesaria conforme a la nueva estructura interna del Servicio, suprimiendo con ello el cargo ocupado por el Sr. González Nahum la cual acredita de manera fehaciente el hecho de no ser necesarios los servicios del actor, prescindiendo de dicha función.

Continúa señalando que el acto recurrido no es ilegal puede serlo, toda vez que su dictación corresponde a una facultad contenida en el nombramiento, es el nombramiento mismo el que establece la posibilidad de ponerle termino anticipado a la contrata cuando a criterio del servicio los servicios del funcionario público dejan de ser necesarios para los fines para los fines de la entidad (se trata de una facultad discrecional del servicio). En caso contrario llegaríamos al absurdo de concluir que es el acto de nombramiento y sus prórrogas las que adolecen de un vicio de ilegalidad por contener dicha cláusula.

Indica además que la Contraloría General de la República tomó razón del nombramiento del recurrente con la expresión “mientras sean necesarios sus servicios”, por lo cual, al haberse controlado la legalidad del nombramiento se entiende que no puede ser calificada



como ilícita la expresión contenida en el mismo, por lo que el desvincular a un funcionario en ejercicio de dicha facultad no puede ser considerado ilegal, ya que solo constituye el ejercicio de una potestad discrecional que se encuentra contenida en el nombramiento mismo.

Por otra parte señala no es arbitrario toda vez que como ya señaló constituye el legítimo ejercicio de una facultad discrecional en el nombramiento y que goza de respaldo legal.

Añade que el recurso de protección no es la vía para dejar sin efecto una resolución administrativa, por ser este de naturaleza extraordinaria cuyo objetivo es restaurar el imperio del derecho cuando se han afectado derechos fundamentales garantizados por la Constitución, por medio de un acto ilegal o arbitrario, y dicho acto u omisión perturbe o amenace las garantías que la Constitución asegura a todas las personas, supuestos que en el caso de marras no se cumplen de acuerdo a lo informado.

Finaliza indicando que habiendo actuado en conformidad a sus facultades otorgadas por ley, no pueden verse afectadas las garantías invocadas por el recurrente.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, corresponde analizar en el presente caso si la decisión adoptada por el SERVICIO DE VIVIENDA Y URBANIZACION DE LA REGION DE LA ARAUCANIA, de poner término en forma anticipada al contrato de OSCAR ROBERTO HERNAN GONZALEZ NAHUM en cuyo favor se recurre, se encuentra ajustada a la legalidad vigente o si por el contrario, este acto administrativo resulta ser ilegal y/o arbitrario, en términos de hacer procedente este recurso cautelar.

SEGUNDO: Que, conforme al artículo 10 de la ley N° 18.834, "los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de



diciembre de cada año, y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos". Asimismo, la práctica y jurisprudencia administrativa han reconocido que lo anterior faculta a la autoridad administrativa para incorporar en forma expresa, si así lo estima pertinente, una fecha anterior de vencimiento, o la cláusula hasta que los servicios sean necesarios, lo que permitiría poner fin a la relación laboral, antes del vencimiento señalado en el acto de contratación.

TERCERO: Que, la Resolución Exenta RA N° 116855/1214/2017 de fecha 26/12/2017 del SERVIU IX Región de La Araucanía, que renovó la contrata para el año 2018 del recurrente, a diferencia de todas las renovaciones anteriores, no contempló la expresión “ o mientras sus servicios sean necesarios”, no pudiéndose sostener que la misma no requiere ser incorporada en las prórrogas de las contrata, alegándose que la contratación mantiene su estado original mientras no se deje expresa constancia de que se ha modificado alguna de sus condiciones, toda vez que dicha expresión es una cláusula accidental del contrato, que no es parte de su naturaleza, no estando expresamente contemplada en el estatuto administrativo, siendo una creación de la práctica administrativa. En este sentido aparece patente la voluntad del administrador al renovar la contrata de no incorporar dicha cláusula accidental en la misma. Así, no puede darse por establecido en el presente caso la posibilidad de terminar de manera anticipada la relación laboral habida entre las partes.

CUARTO: Que, en el evento de estimarse concurrente no obstante su expresa omisión en la renovación para el año 2018 de la cláusula antes indicada, debemos considerar que, la Excm. Corte Suprema por sentencia de fecha 20 de Abril de 2011 (Rol N° 880/2011) ha resuelto que la cláusula “mientras los servicios sean necesarios”, se ha establecido para “permitir la existencia de un período de vigencia que sea inferior al que le restare al empleo para



finalizar el año en que los servicios recaigan”, de manera que la autoridad administrativa “está facultada para hacer cesar un cargo a contrata antes del 31 de diciembre del año por el cual fue nombrado el respectivo funcionario”, pero supeditada a “las necesidades de la entidad contratante, esto es, sólo cuando las prestaciones de dicho empleado ya no fueran de utilidad para la entidad pública”. También se ha resuelto que el acto administrativo de terminación de la contrata debe cumplir con la exigencia de motivación que establece la ley 19.880, debiendo precisar por lo mismo “las razones fácticas que conducen a prescindir de los servicios de la actora, amparándose en una fórmula genérica “no ser necesarios sus servicios” que no pasa de ser una mera afirmación que carece de todo fundamento” (Corte de Apelaciones de Santiago 12 de Mayo de 2014. Rol N°127.951-2013). En efecto, Para subsanar tal vicio basta con consignar los fundamentos de hecho y de derecho tenidos en consideración para decidir el término del contrato de trabajo de los trabajadores afectados y la mantención en sus labores de los demás funcionarios. El no hacerlo vulnera el principio de igualdad ante la ley ya que genera una discriminación en el trato entre las personas que cuya contrata es terminada versus los demás funcionarios de la administración que se encontraban en una idéntica situación y no obstante conservan sus empleos.

QUINTO: Si bien, inicialmente, la Contraloría General de la República, no compartió esta sana evolución jurisprudencial, señalando al respecto que el término de la contrata de un servidor, por no ser necesarios sus servicios, constituye, en sí misma, razón suficiente para concluir la designación de un funcionario contratado (dictámenes N°s. 58.122, de 2009 y 33.111, de 2010), a partir del año 2016 cambio esta doctrina. Así en el dictamen N° 23.518, de 2016, y N° 64.947 de 01-IX-2016 entre otros ha señalado que el acto administrativo en comento debe ser fundado, pues al no explicitarse las condiciones que posibilitan y justifican su emisión, esto es, los razonamientos y los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de sustento y conforme a los cuales se



ha adoptado la decisión, se genera un acto arbitrario e ilegítimo. El órgano contralor al efecto ha precisado que “ dicha prerrogativa tiene que compatibilizarse con lo previsto en los artículos 11, 16 y 41 de la ley N° 19.880, según los cuales los hechos y fundamentos de derecho se expresaran en aquellos actos que afectaren los derechos de los involucrados, pues el procedimiento administrativo debe realizarse con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y motivos de las decisiones que se adopten en él y finalizar con una resolución fundada”.

SEXTO: Que, la Resolución Exenta N° 116855/1662/2018 de fecha 18 de junio de 2018 señala en su considerando único: “La reestructuración que se encuentra en curso al interior de la Delegación de Angol conforme al Decreto N° 24 que modifica el D.S. 355/76 Reglamento Orgánico de los SERVIU, dispone el establecimiento del Departamento Provincial y Oficinas locales. Consecuente con lo anterior, don OSCAR ROBERTO HERNAN GONZALEZ NAHUM deberá cesar sus funciones a contar del 19 de junio del año 2018; en virtud de lo dispuesto en el DFL N° 29, de Hacienda, de 2004 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo”.

SEPTIMO: Que, la declaración anterior no constituye suficiente justificación de la medida adoptada, puesto que la sola frase “la reestructuración que se encuentra en curso”, constituye un argumento de orden genérico que no contiene los razonamientos y los antecedentes de hecho y derecho que sirven de sustento a determinaciones de esa especie, que requieren establecer precisamente los actos administrativo que determinaron el cambio de dicho perfil, cuestión que no se aprecia concurrente, máximo cuando de los propios documentos acompañados por la recurrida, recién por la orden de servicio N° 111 de 26 de Junio de 2018 se designa una Comisión Especial encargada de la reorganización de la estructura interna de los diversos departamentos del servicio recurrido.



OCTAVO: Que, por lo antes expresado, se puede concluir que el acto recurrido es ilegal, porque contraviene lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 19.880 , al carecer de razonabilidad y fundamentos suficientes, cuestión que la resolución administrativa producto de este arbitrio carece, en cuanto a explicitar porqué los servicios de la recurrente ya no son necesarios y se pone término con antelación a la fecha de la resolución de la prórroga en su cargo, no bastando la expresión "por no ser necesarios sus servicios", ya que para evitar cualquier viso de arbitrariedad que pudiera subyacer en la adopción de la decisión y resolución censurada, se la debió fundamentar suficientemente.

NOVENO: Que, la conducta de la recurrida vulnera el derecho de propiedad que respecto a su cargo a contrata tenía la recurrente, estipulado en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues no se ha demostrado que la privación anticipada en los términos que se hizo, haya obedecido a una causa legal o al menos justificada. Con ello se ha producido una privación arbitraria del derecho a permanecer en el cargo hasta el 31 de diciembre de 2018; de ejercerlo, recibir las remuneraciones pactadas y no ser removido por procedimientos ilegítimos. Asimismo se ha conculcado la garantía de igualdad ante la ley, contemplada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, al ser la recurrente discriminada arbitrariamente en comparación a otros empleados, que desempeñándose en cargos a contrata, permanecen en ellos hasta el término legal o hasta que sus servicios dejen de ser efectivamente necesarios por razones concretas y veraces que han de expresarse. Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la república y el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se declara: Que SE ACOGE, el recurso deducido por don OSCAR ROBERTO HERNAN GONZALEZ NAHUM y se decide dejar sin efecto la Resolución N° 116855/1662/2018, con fecha 18 de junio del



2018, dictada por don MAURICIO ESTEBAN CONTRERAS SANCHEZ, Director Subrogante del Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de La Araucanía debiendo reincorporarse a don OSCAR ROBERTO HERNAN GONZALEZ NAHUM a sus funciones, ordenándose se le paguen las remuneraciones correspondientes, como si la relación laboral no hubiera sido interrumpida.

Regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol N° Protección 3585-2018 (cab)



Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Temuco integrada por los Ministros (as) Adriana Cecilia Aravena L., Alejandro Vera Q. y Abogado Integrante Roberto David Contreras E. Temuco, seis de septiembre de dos mil dieciocho.

En Temuco, a seis de septiembre de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.
A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>.