



Defensoria Popular del Trabajador

Minuta de Dictamen CGR sobre medidas de gestión que pueden adoptar los órganos de la Administración del Estado a propósito del brote de COVID-19

El objeto de la presente minuta es ver los alcances del Oficio N°3610 de fecha 17 de marzo de 2020, en donde el órgano contralor establece ciertas directrices respecto de cómo pueden proceder los servicios frente a la contingencia de la pandemia del Coronavirus.

Así, se abordan varias temáticas, las que hemos agrupado en siete puntos centrales:

1. Facultades del jefe de servicio: Lo primero que hace el oficio es recalcar cuáles son las facultades que le entrega la ley a las máximas autoridades de un servicio. Esto sirve como fundamento para todos los puntos que se tratan con posterioridad y se basa en la Ley N°18.575, que prescribe que el jefe superior del servicio tiene las facultades de dirección, administración y organización por lo que es el responsable de adoptar las medidas de gestión interna para hacer frente a la contingencia.

Agrega que según diversos textos normativos, frente a un caso fortuito -contemplado por el artículo 45 del Código Civil- se permite la adopción de medidas especiales, nombrando como ejemplos: *“adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones o plazos, establecer modalidades especiales de desempeño”*.

2. El brote de Covid-19 debe ser considerado como un caso fortuito: Atendida las posibles consecuencias adversas que puede tener la propagación de la enfermedad en la población, la Contraloría califica esta contingencia como un caso fortuito, estimando que los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer que los funcionarios, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, cumplan sus funciones mediante:

- a. Trabajo remoto. En este punto el instrumento aclara que *“se podrá establecer programas especiales de trabajo que permitan el ejercicio del control jerárquico de parte de las jefaturas directas”*.
- b. Ausencia de aquellos funcionarios que puedan realizar su trabajo de manera remota y cuyas funciones no sean imprescindibles. En atención a que la razón de su no asistencia es la de evitar la propagación del virus, se les reconoce expresamente *“igualmente el derecho a percibir de forma íntegra sus remuneraciones”*.
- c. De manera presencial. Determinando qué unidades o grupos deberán permanecer realizando las labores mínimas en forma especial de manera de cumplir con las funciones indispensables. En este caso podrá además establecer horarios de ingreso y salida diferidos para evitar aglomeraciones en el transporte público¹.

3. Forma de concretizar esta forma de trabajo: Se establece de forma expresa que la Dirección del servicio deberá formalizar, mediante un acto administrativo fundado la modalidad que se adopte, mencionando qué unidades o funcionarios y funcionarias deberán desarrollar funciones de manera presencial y qué modalidad tendrán los demás.

Reitera esta orden en el último párrafo del oficio a modo de cierre, pero nuevamente lo limita a *“cualquiera de las decisiones antes indicadas”*, cuestión problemática porque precisamente no contempla una obligación clara de generar un protocolo que abarque todas las esferas de la relación laboral.

¹ Respecto de estos funcionarios y funcionarias, recordar que es plenamente aplicable el Dictamen N 5299, de fecha 21 de febrero de 2019, donde la Contraloría General de la República determinó que el artículo 184 bis. del Código del Trabajo resulta aplicable a los servidores de la Administración del Estado. Este artículo establece que:

“(...)cuando en el lugar de trabajo sobrevenga un riesgo grave e inminente para la vida o salud de los trabajadores, el empleador deberá:

- a) Informar inmediatamente a todos los trabajadores afectados sobre la existencia del mencionado riesgo, así como las medidas adoptadas para eliminarlo o atenuarlo
- b) Adoptar medidas para la suspensión inmediata de las faenas afectadas y la evacuación de los trabajadores, en caso que el riesgo no se pueda eliminar o atenuar.

Con todo, el trabajador tendrá derecho a interrumpir sus labores y, de ser necesario, abandonar el lugar de trabajo cuando considere, por motivos razonables, que continuar con ellas implica un riesgo grave e inminente para su vida o salud. El trabajador que interrumpa sus labores deberá dar cuenta de ese hecho al empleador dentro del más breve plazo, el que deberá informar de la suspensión de las mismas a la Inspección del Trabajo respectiva”.

4. Se prohíbe explícitamente la posibilidad de realizar trabajos extraordinarios por parte del personal sujeto a trabajo a distancia. Entendemos que esto es una referencia a lo señalado en el artículo 66 del Estatuto Administrativo, que permite que el superior jerárquico ordene trabajos extraordinarios a realizarse terminada la jornada ordinaria de trabajo o en fines de semana.

Esto es importante puesto que son estos trabajos extraordinarios los que generan el descanso suplementario. Así al no existir estos trabajos, no debiera tampoco entregarse dicho descanso.

5. No se puede exigir el uso de vacaciones o permisos: Se prohíbe claramente que se le exija a las y los funcionarios solicitar feriados o días de permiso como forma de compensar la inasistencia. En este punto el oficio entrega una regla general: No se podrá exigir de parte del empleador el ejercicio de ningún derecho cuyo ejercicio opere “sólo a requerimiento del interesado”, sin perjuicio de la posibilidad de estos de negarlos, si es que ello se encuentra dentro de sus facultades.

6. Sobre licencias y feriados: Establece que se pueden suspender los feriados en caso de enfermedad ya que la licencia es incompatible con la finalidad del feriado legal.

Hace hincapié en la situación de los trabajadores y trabajadoras a honorario, señalando que las ausencias producidas por contagio de COVID-19, que se encuentren cubiertas por una licencia médica da derecho a las y los trabajadores a honorario a justificar su inasistencia y acceder al respectivo subsidio (siempre y cuando cumpla con su obligación de cotizar).

7. Respecto de procedimientos administrativos: Se le permite a las jefaturas de servicio el desarrollo de procedimientos administrativos por medios electrónicos, así como suspender o extender plazos administrativos. Además, se permite que en casos de urgencia, se reduzcan los plazos.

Como se puede observar, el pronunciamiento se refiere a ciertas modificaciones a cuestiones específicas de la relación laboral, siendo la de mayor importancia el lugar de trabajo.

Luego, existen algunas referencias específicas respecto de la jornada de trabajo, pero limitadas a aquellos funcionarios que deberán prestar servicios de forma presencial y a la improcedencia de que se instruyan trabajos extraordinarios. Debemos entender entonces, que lo que pretende la Contraloría es mantener la prestación de servicios a lo estrictamente necesario, pero conciliando esto con el cumplimiento de la jornada laboral.

Sin embargo, es importante prevenir que de acuerdo a lo sostenido de forma asentada de parte de la Contraloría, en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la Ley N°18.575, el jefe de servicio tiene facultades para “*realizar la gestión del personal acorde las necesidades del servicio*”, basado en principios de servicialidad de la Administración y de la continuidad y regularidad de la función pública.

Así, y en especial a falta de una determinación diversa de parte de la autoridad, debemos entender que todas las otras facetas de la relación laboral se deben mantener en la forma en que con anterioridad a la ocurrencia de la contingencia se establecieron. Lo anterior incluye el respeto por el pago íntegro de remuneración, el cumplimiento de la jornada de trabajo en la forma pactada y el desempeño de las tareas encomendadas en razón de las funciones ejercidas.

Lo que es de suma relevancia, y que sí debe ser regulado de forma expresa por el empleador, es la forma en que se realiza el control del desempeño de las funciones. Y aquí es donde debemos tomar precauciones y estar atentos ante cualquier posible vulneración de derechos fundamentales, como la privacidad. En ese sentido, cualquier forma de control del trabajo debe ser realizada a través de medios idóneos y eficientes para su consecución, prohibiendo así medidas que resulten desproporcionadas al fin que se busca.

Por ejemplo: Es idóneo y proporcionado que se reemplacen las reuniones de equipo o que las instrucciones se den a través de medios electrónicos oficiales durante la jornada de trabajo (correos electrónicos o plataformas de videoconferencias). Por el contrario no es proporcional que se exija estar constantemente en una videollamada, se instalen programas que permitan analizar la totalidad de las gestiones que se realizan en un computador (más aún cuando se prestan servicios desde un computador personal) o se hagan peticiones o se ejerza

control fuera de la jornada de trabajo a través de medios no oficiales de trabajo, tales como celulares personales.

Como se puede observar, el análisis de medidas que puedan ser vulneratorias es caso a caso, y no existen reglas legales que contemplen casos específicos.

Finalmente, es importante señalar que por ser una situación inédita y en desarrollo, no hay claridad en la forma en que el órgano contralor seguirá impartiendo instrucciones ni mucho menos como resolverá eventuales conflictos que se puedan dar a propósito de estas modificaciones respecto de la forma de cumplir las labores.

El llamado es claro: La autoridad debe hacerse responsable de establecer reglas claras respecto de cómo operará el trabajo en esta modalidad a distancia, en especial en la forma en que se realizará el control del trabajo, procurando siempre resguardar los derechos de todos y todas las funcionarias del servicio.

Los demás beneficios y derechos funcionarios deben ser respetados íntegramente, tal como si se estuvieran prestando servicios en forma presencial.