

Base de Dictámenes

COVID-19, facultades CGR, instrucciones, medidas de gestión interna servicios públicos, programas especiales de trabajo, derechos funcionarios, plazos procedimientos administrativos

| | |
|-----------------------|------------------------|
| 003610N20 | FECHA DOCUMENTO |
| NUEVO: | 17-03-2020 |
| NO | REACTIVADO: |
| | SI |
| RECONSIDERADO: | RECONSIDERADO |
| NO | PARCIAL: |
| ACLARADO: | NO |
| NO | ALTERADO: |
| APLICADO: | SI |
| SI | CONFIRMADO: |
| COMPLEMENTADO: | NO |
| SI | CARÁCTER: |
| | NNN |

DICTAMENES RELACIONADOS

Aplica dictámenes 11753/2016, 2803/2020, 14498/2019

| Acción | Dictamen | Año |
|--------|------------------------|------|
| Aplica | 011753 | 2016 |
| Aplica | 002803 | 2020 |
| Aplica | 014498 | 2019 |

FUENTES LEGALES

POL art/1 inc/5 POL art/5 inc/2 POL art/19 num/9 POL art/38 ley 18575 art/3 CCI art/45 ley 19880 art/5 ley 21180 ley 19880 art/32 ley 19880 art/63

MATERIA

Sobre medidas de gestión que pueden adoptar los órganos de la Administración del Estado a propósito del brote de COVID-19.

DOCUMENTO COMPLETO

N° 3.610 Fecha: 17-III-2020

Con ocasión de diversas consultas relacionadas con la incidencia que la situación de emergencia que afecta al país por el brote del Coronavirus 2019 (COVID-19) tiene en el funcionamiento de los organismos de la Administración del Estado, esta Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones que constitucional y legalmente le asisten, ha estimado necesario dictaminar respecto de diferentes aspectos vinculados con la materia.

Como cuestión previa al análisis de los referidos tópicos, es preciso recordar que, conforme lo disponen los artículos 1°, inciso quinto, y 5°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, es deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana garantizados por la Carta Fundamental y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Asimismo, cabe anotar que, en resguardo del derecho a la protección de la salud, garantizado por el artículo 19, N° 9°, de la Constitución Política y en cumplimiento del Reglamento Sanitario Internacional, aprobado por la Organización Mundial de la Salud -de la que Chile es miembro-, mediante el decreto supremo N° 4, de 2020, del Ministerio de Salud, se declaró alerta sanitaria para enfrentar la amenaza a la salud pública producida por la propagación a nivel mundial del Coronavirus 2019.

Del mismo modo, con fecha 11 de marzo de esta anualidad, la Organización Mundial de la Salud calificó como pandemia el brote de dicha enfermedad, la que en la actualidad afecta a más de 100 países.

Por su parte, es menester anotar que, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1°, 38 de la Constitución Política y 3° de la ley N° 18.575, la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente.

En este contexto, ante una pandemia como la que afecta al territorio nacional, corresponde a los órganos de la Administración del Estado adoptar las medidas que el ordenamiento jurídico les confiere a fin de proteger la vida y salud de sus servidores, evitando la exposición innecesaria de estos a un eventual contagio; de resguardar la continuidad del servicio público y de procurar el bienestar general de la población.

En particular, la ley N° 18.575 radica en el jefe superior del respectivo servicio las facultades de dirección, administración y organización, debiendo, al momento de adoptar las medidas de gestión interna para hacer frente a la situación sanitaria en referencia, considerar las particulares condiciones presentes en la actualidad.

A la luz de lo prescrito por el artículo 45 del Código Civil, norma de derecho común y de carácter supletorio, el caso fortuito constituye una situación de excepción que, en diversos textos normativos, permite adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones y plazos, o establecer modalidades especiales de desempeño, entre otras consecuencias que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico.

En la especie, el brote del COVID-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves, consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Administración del Estado, incluidas las municipalidades, con el objeto de resguardar a las personas que en ellos se desempeñan y a la población evitando así la extensión del virus, al tiempo de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos; esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad.

En mérito de lo expuesto, es posible concluir, en primer término, que los jefes superiores de los órganos de la Administración del Estado se encuentran facultados para disponer, ante esta situación de excepción, que los servidores que en ellos se desempeñan, cualquiera sea la naturaleza de su vínculo jurídico, cumplan sus funciones mediante trabajo remoto desde sus domicilios u otros lugares donde se encuentren, siempre que dichas labores puedan ser desarrolladas por esa vía, según determine la superioridad respectiva. En este supuesto, el jefe del servicio podrá establecer programas especiales de trabajo que permitan el ejercicio del control jerárquico de parte de las jefaturas directas.

En segundo término, respecto de los servidores que ejercen tareas que no resultan compatibles con la modalidad, de trabajo a distancia, pero cuya presencia no resulta indispensable en las dependencias del servicio, cabe precisar que el jefe del servicio puede igualmente establecer la no asistencia de dicho personal con el objeto de evitar la propagación del virus al interior del respectivo órgano, eximiéndolos del deber de asistencia al amparo del instituto del caso fortuito, asistiéndoles igualmente el derecho a percibir en forma íntegra sus remuneraciones.

Resulta necesario puntualizar que las medidas recién señaladas pueden ser adoptadas respecto de todos los servidores, con independencia de que se encuentren en grupos de riesgo o no con el objeto de evitar la propagación de la pandemia al interior de los órganos públicos y consecuentemente, en las ciudades y lugares poblados.

Finalmente, el jefe superior del servicio podrá determinar que unidades o grupos de servidores deberán permanecer realizando las labores mínimas en forma presencial, para garantizar la continuidad del cumplimiento de las funciones indispensables de los servicios públicos, y que no necesariamente corresponden a todas las que el ordenamiento les ha asignado, sino únicamente a aquellas que deben continuar prestándose de forma presencial ante situaciones de emergencia como sucede con la atención de salud la

presencial ante situaciones de emergencia, como sucede con la atención de salud, la ayuda humanitaria, el control del orden público, la seguridad exterior, entre otras.

Respecto de dicho personal y en línea con lo señalado en el Instructivo Presidencial N° 3, de 2020, se podrán establecer horarios de ingreso y salida diferidos, con el objeto de evitar aglomeración de personas en la utilización del transporte público.

Para materializar la adopción de alguna de las medidas antes señaladas, la dirección del servicio deberá formalizar la decisión respectiva mediante un acto administrativo fundado, en que se explicita la modalidad que se adopte, indicando las unidades o grupos de servidores que prestan servicios críticos que deberán continuar desarrollando sus funciones de manera presencial, y que modalidades podrán emplearse para el resto del personal.

Del mismo modo, conviene precisar que en caso de que el jefe del servicio resuelva ejercer alguna de las atribuciones señaladas en el presente dictamen en particular, disponer la no asistencia al lugar de trabajo, dicha medida deberá ser estrictamente observada por el personal del servicio, sin que su cumplimiento quede entregado a la mera voluntad de cada servidor.

En lo referente a la posibilidad de realizar trabajos extraordinarios por el personal sujeto a trabajo a distancia como medida dispuesta en el contexto de la contingencia sanitaria, debe concluirse que atendido que dichas labores se prestaran, fuera del lugar de trabajo y sin sujeción a las medidas de control establecidas en situación de normalidad, ello no resulta jurídicamente admisible.

Por otra parte, cabe hacer presente que no corresponde que por causa de la pandemia de que se trata, se exija a los funcionarios o prestadores de servicios a honorarios solicitar los feriados o permisos a que tengan derecho de conformidad con las normas de sus respectivos estatutos o las cláusulas de sus contratos, para justificar la inasistencia a su lugar de trabajo. En efecto, el contexto de caso fortuito antes referido no permite obligar al servidor a hacer uso de aquellos derechos que están concebidos para que su ejercicio opere solo a requerimiento del interesado, sin perjuicio de las facultades que el ordenamiento jurídico -o el convenio, según sea el caso- contemple para la autoridad respectiva una vez que el funcionario ha solicitado hacer uso de algunos de esos beneficios.

Enseguida, en lo relativo al otorgamiento de licencias médicas extendidas a causa del COVID-19; cuando el servidor se encuentra haciendo uso de sus vacaciones, resulta útil destacar que esta Entidad Fiscalizadora, en el dictamen N° 11.753, de 2016, entre otros, ha precisado que el criterio general aplicable a la materia es que el feriado legal corre ininterrumpidamente una vez concedido, no pudiendo superponerse durante su transcurso una licencia médica, con excepción de casos debidamente calificados y referidos a enfermedades graves, condiciones que atañe a la correspondiente jefatura verificar.

De este modo, acorde con el criterio sustentado en el dictamen N° 2.803, de 2020, de esta procedencia, la autoridad puede disponer la suspensión del feriado en casos

calificados, como la enfermedad producida por el virus COVID-19, considerando que el descanso dispuesto para la recuperación de la salud resulta incompatible con la finalidad del feriado legal.

Por otra parte, debe recordarse que por medio del dictamen N° 14.498, de 2019, junto con reconocer derechos de protección a la maternidad a servidoras a honorarios que se encuentran en la hipótesis que indica, se manifestó que, con la entrada en vigencia de la ley N° 21.133, gran parte del personal que presta servicios bajo esa modalidad está sujeto a la obligación de cotizar para los distintos regímenes de protección social, obteniendo, por tanto, acceso al sistema de prestaciones de salud y seguridad social.

En consecuencia, no resulta lícito limitar a un periodo de tiempo el uso de licencias médicas ni el derecho a gozar de los subsidios pertinentes del personal a honorarios a que se refiere el dictamen N° 14.498, de 2019, como ha venido sucediendo en algunos contratos a honorarios en que se restringen dichos derecho a plazos determinados.

Por ende, las ausencias producidas producto del contagio con el virus COVID-19 y que se encuentren cubiertas con la pertinente licencia médica, dan derecho a los servidores a honorarios a justificar su inasistencia y a percibir el respectivo subsidio, durante todo el tiempo en que se extienda el descanso prescrito por el facultativo.

Por último, y en otro orden de consideraciones, resulta relevante señalar que actualmente la ley N° 19.880 permite, en su artículo 5°, que el procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen se expresen por medios electrónicos, y que, a contar de la vigencia de la ley N° 21.180 -diferida en los términos que establece su artículo segundo transitorio-, esa vía constituirá la regla general en la materia.

Ahora bien, frente a la contingencia que enfrenta el país, resulta procedente la adopción de medidas administrativas para permitir el desarrollo de procedimientos administrativos y la atención de usuarios por medios electrónicos, sin necesidad de esperar la entrada en vigencia del referido cuerpo legal.

Del mismo modo, los jefes superiores de los servicios se encuentran, facultados para suspender los plazos en los procedimientos administrativos o para extender su duración, sobre la base de la situación de caso fortuito que se viene produciendo. Al efecto, deberá considerarse especialmente la naturaleza de los actos terminales a que darán origen los procedimientos administrativos, pudiendo suspenderse los plazos respecto de algunos de ellos, pero siempre respetando la igualdad de trato entre los distintos interesados.

Asimismo, al tenor de lo previsto en los artículos 32 y 63 de la ley N° 19.880, se podrán adoptar medidas provisionales para asegurar la protección de los intereses implicados frente a casos de urgencia, así como ordenar la tramitación del procedimiento de urgencia, reduciendo los plazos a la mitad.

Finalmente, se reitera que la adopción de cualquiera de las decisiones antes indicadas debe

Finalmente, se reitera que la adopción de cualquiera de las decisiones antes indicadas debe ser formalizada mediante la dictación del acto administrativo pertinente, teniendo en especial consideración la necesidad de resguardar la salud de los servidores públicos y de la población, evitando la propagación de la pandemia, así como el deber de no interrumpir las funciones indispensables para el bienestar de la comunidad, que constituyen la razón de ser del servicio público.

Saluda atentamente a Ud.,

Jorge Bermúdez Soto

Contralor General de la República

POR EL CUIDADO Y BUEN USO
DE LOS RECURSOS PÚBLICOS