

Puerto Montt, ocho de septiembre de dos mil veintiuno.

VISTOS:

A folio N° 1, comparecen los abogados Arturo Salinas Layana y Andrés Lillo Bustamante, en representación de JULIO RAUL BARRIENTOS OYARZO, domiciliado en esta ciudad, e interpone acción constitucional de protección en contra de Gervoy Paredes Rojas, por estimar que éste ha incurrido en una actuación que califica como ilegal o arbitraria, consistente en la dictación del Decreto Alcaldicio N° 5873, de 24 de junio de 2021, que señala que a contar del 5 de julio del año en curso todo el personal de la Municipalidad de Puerto Montt deberá retornar al horario normal de jornada laboral, salvo las excepciones contempladas en el punto N° 4 del referido acto administrativo, entre las que no se incluye a las personas que tengan a su cuidado a una persona menor de 10 años, como sí se contemplaba en los decretos anteriores sobre la materia y en la Ley N° 21.342.

Explica que, el 16 de marzo de 2020 se dictó el Decreto Alcaldicio N° 3802 que determinó medidas ante la contingencia sanitaria, disponiendo que el recurrente prestara funciones mediante teletrabajo; luego en junio de 2020 se habría dictado la Ley N° 21.342 que estableció protocolos generales de seguridad laboral para el retorno gradual y seguro al trabajo y que prevé que los trabajadores con hijos menores de 10 años a su cargo deberán prestar sus funciones mediante teletrabajo. En concordancia con ello, se habría dictado el Decreto Alcaldicio N° 9253 de 4 de noviembre de 2020, que reconoce que los funcionarios en la situación antes reseñada no estaban obligados a regresar a su lugar de trabajo, en tanto las sala cunas no funcionen o se encuentren suspendidas las clases. Con motivo de lo anterior, el actor hizo llegar vía correo electrónico certificado de nacimiento de su hijo menor de 2 años, manteniéndose en modalidad de teletrabajo, alternativa que no se contempla en el acto administrativo que se impugna obligándolo a retornar a la presencialidad.

Arguye que, como a su juicio el decreto reprochado no se ajusta a la Ley N° 21.342, es ilegal y vulnera la garantía de que es titular el recurrente, consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República y pide que se ordene al recurrido mantener al actor bajo la modalidad de teletrabajo en tanto no se dé por “terminada de forma oficial la pandemia” o hasta que se derogue la Ley ya referida, con costas; y acompaña decretos citados, correos electrónicos, certificado médico y personería de los abogados.

A folio N° 3, se declaró admisible el recurso y se le negó lugar a la orden de no innovar solicitada; y, asimismo, requiriéndose informe al recurrido al tenor de la presentación, bajo apercibimiento de prescindirse del mismo.



A folio N° 8, se evacúa informe por el recurrido, quien alega en síntesis que el actor omite señalar que por medio del decreto impugnado se dispuso que debe ocurrir a sus labores presenciales sólo medio día, ya sea por la mañana o por la tarde, en dependencias de la Dirección de Obras.

Luego, reconoce la existencia de decretos alcaldicios previos que fueron dictados en supuestos de hecho diversos en que la pandemia revestía una mayor incidencia en contagios, y señala que es efectiva la causal de exclusión de trabajo presencial referida por el actor, hasta que se emite el acto reprochado en un contexto de baja de casos, junto con el carácter de trabajadores esenciales de los funcionarios públicos, según la calificación de la autoridad sanitaria, lo que se tradujo en su tratamiento como grupo prioritario para la vacunación.

Añade que la Ley N° 21.342, entró en vigencia en junio del año 2021 y no en 2020 como señala el recurso, por lo que, de modo alguno pudo basarse en ella el decreto alcaldicio de noviembre de 2020; indica, además, que la ley en comento se aplica a trabajadores regidos por el Código del Trabajo y no por el estatuto de funcionarios municipales; que se adoptaron medidas de protección y seguridad para los funcionarios como reducción de aforos, separaciones, mascarillas y alcohol gel; y que aun cuando se estimara aplicable dicha preceptiva, las labores de revisión de expedientes por parte del recurrente impide que sean prestadas en modalidad de teletrabajo.

Finalmente, señala que la causal que invoca el actor en nada se relaciona con la pandemia, sino con una condición de salud particular asociada a una patología de orden psiquiátrico que está afectando a su pareja y que pone de su cargo el cuidado de su hijo menor de edad; agregando que, de los 574 funcionarios municipales bajo régimen de planta y contrata que mantiene el municipio, 133 tienen hijos menores de 10 años y, de este último grupo, únicamente el recurrente ha alegado la afectación de sus derechos fundamentales, situación que permite advertir que lo que se espera con el ejercicio de esta acción constitucional es obtener un trato privilegiado en favor del recurrente y no resguardar el principio de igualdad ante la ley, por lo que insta por el rechazo de la acción y acompaña decretos alcaldicios en referencia.

A folio N° 9, encontrándose en estado de ver se trajeron los autos en relación, y a folio N° 10, se agregaron estos antecedentes extraordinariamente a la tabla, en lugar preferente.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:



PRIMERO: Que, la presente acción se dirige contra el alcalde de la comuna de Puerto Montt, por cuanto aquél dictó el Decreto Alcaldicio N° 5873, de 24 de junio de 2021, que señala que a contar del 5 de julio del año en curso, todo el personal de la Municipalidad de Puerto Montt deberá retornar al horario normal de jornada laboral, salvo las excepciones contempladas en el punto N° 4 del referido acto administrativo, entre las que no se incluye a las personas que tengan a su cuidado a una persona menor de 10 años, como sí se contemplaba en los decretos anteriores sobre la materia y en la Ley N° 21.342.

Alega el actor que dicha conducta es ilegal ya que contraría la norma recién citada y deviene en arbitraria porque no contempla la causal de exclusión prevista en ella y que permitiría a éste mantener sus funciones bajo modalidad remota y no presenciales como los demás funcionarios municipales.

SEGUNDO: Que, la recurrida cuestionó en primer lugar la aplicación de la Ley N° 21.342 a los funcionarios de dependencia municipal, cuestión que no desarrolla argumentalmente, pero que es posible desprender del tenor de la regla mencionada que se refiere en todo momento a “trabajadores”, “empleadores” y “empresas”, omitiendo referirse en términos amplios que permitan entender que la voluntad de la Ley fue incluir bajo su ámbito de aplicación a funcionarios públicos.

TERCERO: Que, en el mismo sentido se ha pronunciado la Contraloría General de la República en su dictamen N° 12.744, de 6 de agosto del año en curso, que se pronuncia sobre consultas formuladas por diversos municipios – entre ellos, el de Puerto Montt – federaciones de funcionarios y un servicio local de educación, sobre la aplicabilidad de la Ley N° 21.342 al sector municipal o al sector público en general.

Es así, que el órgano de control en uso de sus facultades interpretativas de las normas que rigen a la Administración Pública ha señalado que: “Una interpretación sistemática de los dos títulos que conforman la ley N° 21.342 conduce a afirmar que la intención del legislador fue establecer mecanismos de protección para los trabajadores del sector privado, en el marco de la reactivación gradual de las actividades presenciales en las empresas (...)”, añadiendo que: “respecto de los empleados de la Administración del Estado, cabe manifestar que de conformidad con lo previsto en el dictamen N° 3.610, de 2020, los jefes de servicio se encuentran facultados para adoptar medidas de gestión interna que permitan salvaguardar la salud de sus funcionarios y continuar con las labores propias del servicio público, las que deben prestarse de manera ininterrumpida”.

Lo anterior, es además concordante con la historia de la Ley N° 21.342, en que se señala de manera expresa que el respectivo proyecto de ley contempla la obligación para



las “empresas privadas” de confeccionar un protocolo de seguridad sanitaria laboral COVID-19 (Segundo Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Comisión de Hacienda, 29 de abril de 2021, Informe de Comisión de Hacienda en Sesión 28, Legislatura 369, y Discusión General 05 de mayo de 2021, Oficio en Sesión 29, Legislatura 369).

Sin embargo, concluye la Contraloría General reconociendo que: “es perfectamente posible aplicar el criterio contenido en el artículo 4° de la ley N° 21.342 a los organismos públicos, con el fin de que las medidas internas sanitarias que adopten los jefes de servicio armonicen con los estándares exigidos a las empresas en sus protocolos de seguridad sanitaria, y que dicen relación, en síntesis, con el control diario de temperatura del personal, testeo de contagio, distanciamiento físico, disponibilidad de agua y jabón, sanitizaciones periódicas, medios de protección personal, aforos, turnos, entre otros” y afirma que: “no se advierte fundamento para otorgar un nivel de protección diverso a las personas según el sector público o privado en el que se desenvuelven, y considerando que el Estado -y por ende su Administración- se encuentra en el imperativo de dar protección a la población”.

CUARTO: Que, de esta suerte, la Ley N° 21.342 aun cuando sea aplicable sólo al sector privado se yergue como un estándar general de seguridad en el trabajo en el contexto de la contingencia sanitaria que aún afecta al país y por ende, aun cuando no resulte forzoso para los órganos de la administración su ejecución directa por lo que no es posible estimar que se ha configurado un vicio de ilegalidad en el acto administrativo recurrido, sí es dable utilizar sus prescripciones como un cartabón necesario para el análisis crítico de las disposiciones del Decreto Alcaldicio N° 5873 de 2021.

QUINTO: Que, así las cosas, en sede de la garantía de interdicción de la arbitrariedad consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, que se denuncia como vulnerada en la especie, es posible estimar que no se ha configurado infracción alguna ya que aun cuando se quisiera aplicar de manera directa lo previsto en el artículo 1° de la Ley N° 21.342, debe atenderse necesariamente a que las causales de exclusión de servicios presenciales que se prevén en ella, tienen como requisito el que las labores desarrolladas por el trabajador sean de aquellas que puedan ser prestadas de manera remota y que, a contrario sensu, no sea indispensable la presencia del funcionario en su puesto de trabajo.

En ese orden de ideas, parece claro que en este caso el recurrente necesariamente debe concurrir a su lugar de funciones por cuanto éstas consisten en la revisión y visado de expedientes, por parte de la Dirección de Obras Municipales, en el marco de las normas que regulan el otorgamiento o renovación de patentes sujetas a la Ley de Rentas



Municipales, por lo que no encontrándose íntegramente digitalizadas las piezas de dichos expedientes, no es posible prestar las labores encomendadas de manera remota, por lo que ello resulta excluyente para el análisis de concurrencia de las causales previstas en la norma referida para eximir al trabajador del retorno a su puesto laboral.

SEXTO: Que, abona a la conclusión anterior, el hecho que la causal invocada por el recurrente dice relación con una situación personal que implica el cuidado de su hijo, pero, aun en la hipótesis regulada por el Decreto Alcaldicio N° 9253, de 4 de noviembre de 2020, que precedió en su vigencia a aquel que se impugna en autos, la excepción al retorno gradual al trabajo presencial de los funcionarios con hijos menores de 10 años se concedía con la situación puntual de restricciones a la movilidad que existían en esa época y la imposibilidad de asistir a clases en los establecimientos educacionales, cuestión que no se ha mantenido en el tiempo, de modo que tampoco se justifica la permanencia de dicha causal de exclusión y en cualquier caso, no implica una desproporcionalidad la exigencia del retorno presencial al trabajo atendido lo ya mencionado y el hecho que, como lo ha hecho presente la recurrida, la jornada en el lugar de trabajo es de medio día y no de todo el día.

SEPTIMO: Que, en último término, analizada la medida reprochada en sede de necesidad, aparece aquella como revestida de fundamento plausible e idoneidad para los fines perseguidos y por tanto era el actor quien debía argumentar en torno a la existencia de una medida diversa que pudiera alcanzar el mismo resultado o, dicho de otra forma, que el retorno presencial no era el único modo de cumplir las funciones encomendadas, cuestión que no se verifica, como se razonó en el basamento quinto precedente.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República y artículo 1º y siguientes del Acta N°94-2015, de la Excelentísima Corte Suprema, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección y sus modificaciones posteriores, se declara:

I.- Que, **se rechaza** la acción interpuesta a folio N°1, por los abogados Arturo Salinas Layana y Andrés Lillo Bustamante, en representación de JULIO RAUL BARRIENTOS OYARZO, en contra de Gervoy Paredes Rojas.

II.- Que, no se condena en costas a la parte recurrente, por no haberse solicitado.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Cristian Oyarzo Vera.

Regístrese, comuníquese y archívese, en su oportunidad.

Rol Protección N° 980-2021





HOXGKLBRR

Pronunciado por la Primera Sala de la C.A. de Puerto Montt integrada por Ministra Presidente Gladys Ivonne Avendaño G., Ministro Juan Patricio Rondini F. y Abogado Integrante Cristian Ivan Oyarzo V. Puerto Montt, ocho de septiembre de dos mil veintiuno.

En Puerto Montt, a ocho de septiembre de dos mil veintiuno, 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 05 de septiembre de 2021, 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>.