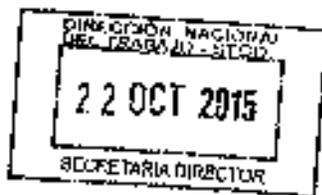




ANFUNTCH
ASOCIACION NACIONAL de FUNCIONARIOS del TRABAJO de
CHILE
FUNDADA EL 27.04.1938 - R.A.F. 93.01.0230 - R.U.T. 70.072.400-K
www.anfuntch.cl

REF. Con ocasión de juicio de cuentas incoado con el rol 119-2015 ante la Sra. Juez de Cuentas de 1º instancia a tres colegas y socios/as fiscalizadores del Servicio, solicita se disponga el estudio pertinente a objeto se determine la improcedencia de tener como cuentadantes a los funcionarios fiscalizadores de la Dirección del Trabajo en el ejercicio de la función inspectiva y sancionatoria que le compete a este Servicio, y así se exponga institucionalmente y en forma decidida, ante la Contraloría General de la República, requiriéndose que se aclara y dictamine lo pertinente al efecto.



Santiago, 21.10.2015.

Sr. Director del Trabajo.

Por mandato del Directorio Nacional de la Asociación Nacional de Funcionarios del Trabajo de Chile (ANFUNTCH), vengo en solicitar a Ud. se sirva disponer el estudio pertinente a objeto de determinar la improcedencia de tener como cuentadantes a los funcionarios fiscalizadores de la Dirección del Trabajo en el ejercicio de la función inspectiva y sancionatoria que le compete a este Servicio, y así se exponga institucionalmente y en forma decidida, ante la Contraloría General de la República, requiriéndose que se aclara y dictamine lo pertinente al efecto. Ello, basado, en las siguientes consideraciones de hecho y de Derecho.

Hace unos días tomamos conocimiento de la determinación de la División de Auditoría Administrativa de la Contraloría General de la República, de, como consecuencia de uno de los informes de Auditoría de fines del año pasado respecto de la labor fiscalizadora del Servicio, promover un juicio de cuentas, que involucra la responsabilidad civil o pecuniaria destinada a reponer la supuesta pérdida del patrimonio fiscal, respecto de tres fiscalizadores del Servicio –todos ellos socios/as de ANFUNTCH- que, en su concepto, habrían incurrido en errores en el cálculo y aplicación precisa de determinados montos de algunas multas aplicadas.

Discrepamos en forma categórica de esta sorprendente tesis, que, sin antecedentes anteriores de ningún tipo pretende crear una condición para los fiscalizadores y otros funcionarios del Trabajo, de supuestos administradores de recursos fiscales, de los que estarían obligados a rendir cuenta ("cuentadantes"), en una forma que estimamos completamente alejada del Derecho, aclarando previamente que, **en modo alguno se pretende con el rechazo a esta modalidad de ejercicio de la responsabilidad civil alguna impunidad jurídica para los fiscalizadores en el desarrollo de sus funciones**, pues ésta labor pública, de significativa trascendencia social y jurídica, está, por cierto.

sujeta a importantes y eficientes controles que no sólo son acatados pacíficamente, sino que son ampliamente reconocidos como necesarios, cual es el caso del control de probidad y la posibilidad de responsabilidad penal –con tipos penales especiales- y administrativa; o de la evaluación de desempeño, por cumplimiento de indicadores y metas, más aún en condiciones de visible sobrecarga de trabajo ante procedimientos de carácter ampliamente masivo.

Los argumentos en que basamos tal discrepancia se resumen en la ausencia de todos los presupuestos legales para que los fiscalizadores del trabajo, en ejercicio de la función inspectiva y sancionatoria del Servicio, tengan la condición de "cuentadantes", por cuanto:

- a) **El monto de una sanción administrativa de multa, desde el momento en que está contemplada teóricamente como correlato del establecimiento de una infracción, hasta el que es aplicada y debatida en el curso de un procedimiento inspectivo – que es aquél en el que participan los fiscalizadores-, NO puede, en modo alguno, considerarse como un fondo o activo fiscal**, de aquellos previstos en los artículos 1º, 60, 61 u 85 de la Ley 10.336, que establecen la responsabilidad civil del cuentadante de los mismos, por lo que cae un presupuesto básico de la posibilidad de aplicación del juicio de cuentas.

En efecto, administrativamente no es posible confundir los conceptos de fondo fiscal –un recurso monetario o patrimonial que es entregado al resguardo o a la administración de un funcionario, persona o entidad, previa habilitación legal para ello-, con la concurrencia de un interés público.

Dicho interés público, cautelado por el principio de probidad que exige su preeminencia por sobre cualquier otro interés particular, además de la corrección en su cuidado y expresión a través tanto del cumplimiento de exigencias de forma –obligaciones, prohibiciones e inhabilidades-, cuanto de fondo –relacionadas con la finalidad y objetivos de las respectivas actuaciones-, es lo habitual que concurra en la generalidad de las labores de todos los funcionarios públicos, incluyendo, por supuesto, a todos los fiscalizadores del trabajo.

Elo, de tal modo que si concurriera alguna infracción a dichas exigencias de forma o fondo –desviación del fin- , el funcionario público puede incurrir en responsabilidad administrativa, y también penal, conforme los distintos niveles o ámbitos del ordenamiento jurídico afectados por dicha infracción. Además, también puede concurrir la responsabilidad civil, por supuesto, sí es que así se estableciere a través de las acciones regulares, pero NO en la modalidad especial aplicable a los cuentadantes, a través del juicio de cuentas, simplemente porque tales funcionarios NO tienen tal condición jurídica al no ser depositarios ni administradores de fondos fiscales.

Probablemente la confusión se ha alimentado, al tenor de lo expresado por la propia División de Auditoría del Ente Contralor al intentar fundamentar la procedencia del juicio de cuentas, en una errada lectura de la jurisprudencia de dicho Organismo de Control que, si bien es efectivo que ha resuelto (dictamen 39.225, de 2011) que *"...los recursos que se generan en virtud de la aplicación de tales sanciones pecuniarias tienen el carácter de ingresos fiscales y su recaudación corresponde al Servicio de Tesorerías..."*, lo cual es obvio y no se

discuto, pero sólo resulta aplicable a partir, precisamente, del ingreso, o, a lo sumo, del devengamiento y cobro, de tales montos *resultantes* o que *se generan en virtud de la aplicación de tales sanciones pecuniarías*. Pero jamás antes, en cualquiera de las fases en las que intervienen los fiscalizadores del trabajo – que, además de no tener ningún vínculo, ni siquiera de incentivo remuneracional, con el resultado de las multas que aplican, tienen prohibición absoluta de cobrar, recaudar o percibir tales fondos, ¡por elementales exigencias de probidad! –, en donde tales fondos fiscales simplemente no existen. Por supuesto, para los funcionarios del Servicio de Tesorerías, que sí tienen la función de cobrar, recaudar o administrar tales recursos es aplicable, como señala el mal comprendido pronunciamiento, la condición de cuentadantes, pero no para los funcionarios del trabajo.

Tampoco cabe confundir que un fiscalizador del trabajo puede, en determinadas condiciones especiales y al cumplir funciones determinadas que así lo exigen y que están reguladas como tales, sí ser considerado cuentadante, como sería el caso de cuando tiene autorizados fondos por rendir, o cuando recibe en depósito bienes como lo sería un vehículo fiscal, razón por la cual, en esos casos, además de estar sujeto a un ordenamiento instruccional complementario, se le exige, por ejemplo, fianza. Pero nunca, como hemos dicho, es posible atribuir a dichos funcionarios la condición de cuentadante, por el ejercicio de su función natural de fiscalizadores del trabajo, relacionada con la aplicación de sanciones de multa.

Adicionalmente, considerar el monto teórico de las multas que consta en las leyes habilitantes, o incluso, en los manuales de orientación para concretar su aplicación a determinados casos concretos, como si fueran "ingresos o fondos fiscales", es una gravísima aberración desde el punto de vista de los fines institucionales de la Dirección del Trabajo, cuales no son el de ser un ente recaudador de tales supuestos ingresos –al modo del Servicio de Impuestos Internos, o el Servicio de Tesorerías–, pues ello supone una distorsión absoluta de sus fines más básicos, relativos a promover y garantizar el cumplimiento normativo y, con ello, las buenas relaciones laborales, siendo las sanciones administrativas de multa el mecanismo privilegiado, pero un instrumento al fin, para proseguir con dichos objetivos.

Lo anterior explica que, lejos de poder entenderse que las sanciones de multa pudieran tener un monto fijo, exacto o único, emanado de una simple operación aritmética, ellas son un instrumento represivo y también preventivo y disuasivo de la infraccionalidad, de tal forma que su monto, orientado a dichos fines, es, contrariamente a lo expuesto, de naturaleza esencialmente variable y ajustable a las consecuencias y circunstancias concurrentes, y al despliegue del procedimiento en que se definen y aplican.

Así, por ejemplo, los parámetros definidos por la ley son objeto de recomendaciones y criterios de parte del Servicio –en los manuales de fiscalización– para orientar a sus fiscalizadores en la aplicación igualitaria y no discrecional de determinados montos (con la absurda pretensión de estimar que esta "rebaja" de montos en relación a los máximos previstos en la ley pudiera ser una "pérdida" de recursos fiscales, debiera, considerando que dichas pautas normalmente consagran rangos o límites inferiores al máximo legal, partirse por sancionar a toda la plana directiva de la Institución que resolvió tal "pérdida" de recursos públicos...

Luego, los fiscalizadores, al ajustarse a tales orientaciones, jamás han entendido, ni pudiera entenderse, que deben cumplir una mera y automática operación matemática (si así fuese podría encargársele tal tarea a una máquina calculadora), pues deben, dentro de tales parámetros entregados, considerar circunstancias atenuantes y agravantes, información eventualmente parcial o variable (por ejemplo, sobre el número de trabajadores de la empresa, o en el establecimiento, o los involucrados en la fiscalización y la muestra; y varios otros aspectos que, dentro de la masividad y gran recarga de trabajo, hacen sencillamente despreciables, desde todo punto de vista, pequeñas diferencias de monto como las que se pretenden reparar en los juicios de cuenta que ahora impugnamos.

Pero, es más, a continuación de fijada y aplicada la sanción, concurriendo además diversos controles internos en muchos casos (lo que explica que uno de los colegas perseguidos en este caso lo sean indirectamente, por una supuesta "falta de control" de los errores de sus subalternos), la superioridad del Servicio, en uso de sus atribuciones legales, puede resolver la modificación de tales montos de las sanciones a través de diversos mecanismos, por ejemplo, la sustitución por multa, o la reconsideración administrativa de multas.

Y, más todavía, después un tribunal puede revisar las sanciones aplicadas y no solo resolver sobre su improcedencia sino que también, en un control jurisdiccional máximo, rebajar las sanciones aplicadas hasta su mínima expresión si así lo determinare.

Por último, perfeccionado el monto de una sanción de multa él puede o no ingresar a arcas fiscales por razones siempre del todo ajenas a la voluntad y responsabilidad de los fiscalizadores que las aplican en su origen.

Todo lo cual evidencia el gran desconocimiento jurídico que hay detrás de la pretensión de asociar la decisión inicial del fiscalizador en torno al monto nominal de una multa, con un supuesto "fondo o ingreso fiscal" que obviamente no es tal sino hasta el momento en que, como dice la propia jurisprudencia del Ente Contralor y no puede ser de otra manera, ingresa efectivamente al erario público, pues, a partir de ese instante, si se trata de un ingreso o fondo fiscal.

b) Además, y a mayor abundamiento, los funcionarios fiscalizadores del trabajo no puedan ser considerados cuentadantes simplemente porque no se han ninguno de los demás presupuestos jurídicos para ello, entre los cuales destacan el cumplimiento de elementales disposiciones administrativas y derechos funcionarios, como los siguientes:

- **Conforme lo expuesto en el punto primero, nunca un fiscalizar del Trabajo, para el desempeño de su función preponderante, ha recibido en depósito o se le ha encargado la administración o el pago de ningún bien o monto que pueda ser considerado fondo fiscal y, por ello, permita considerársele cuentadante. Ello, en concordancia con lo dispuesto en los citados artículos 1º, 60 y 61, pero también 62, 63, 64, 65, 66 y siguientes, de la Ley 10.336, que en todas sus hipótesis exigen la administración o gestión de recursos previamente recibidos en custodia o depósito.**

- **No ha existido nunca ninguna instrucción previa, ni general ni especial,** que otorgue a tales funcionarios la señalada condición de cuentadante, por lo que pretender a posteriori y en forma sorpresiva que tengan tal condición, implicaría una flagrante infracción que sería atribuible sólo a las jefaturas superiores y no a los funcionarios fiscalizadores, al no haberse cumplido con la obligación especial establecida en el artículo 64 letra c) del Estatuto Administrativo, de *‘Desempeñar sus funciones con ocuanimidad y de acuerdo a instrucciones claras y objetivas de general aplicación, velando permanentemente para que las condiciones de trabajo permitan una actuación eficiente de los funcionarios.’*
 - **A ningún fiscalizador del Trabajo se le ha instruido o exigido, en la supuesta condición de cuentadante, la expresa rendición de fianza** que al efecto exige el artículo 61 letra m) del Estatuto Administrativo, que exige *‘Rendir fianza cuando en razón de Ley 18.834, su cargo tenga la administración y custodia de fondos o bienes, de conformidad con la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.’* (esto es, la Ley 10.336 por la que se pretende aplicarles el juicio de cuentas...). Lo que tampoco hace aplicables las reglas de la liquidación y cancelación de tal caución, establecidas en el artículo 81 de tal Ley 10.336
 - **Con respecto a ningún fiscalizador del Trabajo puede cumplirse –y no se le ha cumplido a aquellos tres injustamente encausados en el juicio de cuentas de la REF- la obligación de rendir cuentas propiamente tal,** la cual siquiera se les ha notificado en conformidad a lo dispuesto ni en el artículo 85 inciso 1º, ni el 86, de la Ley 10.336.
 - **Al no requerírseles rendición de cuenta en la forma legal antedicha, los fiscalizadores injustamente demandados no sólo no han podido rendir la cuenta solicitada –por ejemplo, negando de plano tal obligación- sino que tampoco les ha resultado aplicable el derecho de aclaración** previsto en el artículo 92 de la Ley 10.336;
 - **Y así sucesivamente...**, resultando del todo evidente, por la revisión una a una de todas las normas que rigen la materia, la inaplicabilidad a tales funcionarios fiscalizadores, de la condición de cuentadantes en lo relativo al ejercicio de su función fiscalizadora y sancionatoria de la Dirección del Trabajo.
- c) Por otra parte, de acuerdo a la información que hemos rocabado, **entendemos que, respecto de los mismos hechos analizados e incluidos en el reparo-demanda en juicio de cuentas, la Dirección del Trabajo sustanció un procedimiento sumarial –mediante la Res. N°18-2015- el cual, habiendo revisado la eventual responsabilidad administrativa de los colegas fiscalizadores involucrados, habría resuelto la inexistencia de faltas administrativas que fueren de su cargo,** procedimiento que, con el correspondiente sobresamiento, estaría en proceso de toma de razón en la propia Contraloría General de la República, lo que nuevamente refuerza la incongruencia de este procedimiento sorpresivo y paralelo que se intenta vía juicio de cuentas.

- d) Finalmente, **en el caso de la REF concurren, como entendemos lo han señalado los colegas socios/s afectados, otros elementos que, en subsidio, deberían considerarse para establecer su falta de responsabilidad en la especie**, como la no concurrencia de los elementos subjetivos de reproche, como la culpa o el dolo; o la caducidad de la acción de cuentas. Ello, no obstante que lo central de esta presentación, al margen de obviamente colaborar con la defensa concreta de tales colegas es, conforme lo que se ha expuesto, contribuir a que el Servicio que Ud. dirige, y finalmente el Ente Contralor, aclara, de modo claro y terminante, la inaplicabilidad del juicio de cuentas para perseguir la eventual responsabilidad civil de todos los funcionarios/as fiscalizadores de la Dirección del Trabajo.

Por último, reiteramos que el error que impugnamos, arriesga graves e insospechadas consecuencias para el actuar institucional, profundas y nefastas para su labor fiscalizadora y el cumplimiento de sus propios fines para con la Comunidad Nacional por lo que estimamos que, fuera de toda sospecha de defensa corporativa, menos aún de intereses sólo particulares, o incluso individuales de los ahora tres colegas afectados, no es posible aceptar en forma pasiva, ni por los fiscalizadores, ni nosotros su representantes funcionarios, ni por el mismo Servicio, que tal criterio se mantenga.

No puede repetirse lo que aconteció hace un par de años, con las autoridades anteriores, en que se aceptó pasivamente que se formalizara penalmente a cuatro colegas fiscalizadores y que, ante la falta de claridad y eficacia institucional para salvaguardar las competencias y atribuciones del Servicio –por supuesto, sin ninguna pretensión de impunidad antijurídica ante las expresiones legítimas y racionales de control, tanto ciudadano como institucional- demoró más de un año despejar la situación, que se demostró completamente infundada, pero sin poder evitar todo el daño y costo para los funcionarios directamente afectados y también para el Servicio, en recursos y afectación de sus competencias.

En consecuencia, luego de aleccionar en primer lugar a nuestros socios/as a cumplir, en forma conjunta y dentro del plazo, con la contestación de la respectiva demanda-reparo, con los argumentos jurídicos que aportamos al efecto, y en cumplimiento de las gestiones públicas y precisas que comprometimos adicionalmente para concurrir en su defensa –y, por su intermedio, en la de todos los fiscalizadores/as de la DT que están razonablemente preocupados de lo que acontece-, venimos en solicitarle un estudio y pronunciamiento pronto y claro del Servicio en torno a esta situación, a objeto que, evidenciando su improcedencia, sea así expuesto ante el Órgano Contralor, solicitando que se dictamine expresamente al efecto, lo que también haremos, con otra presentación de similar tenor, en nuestra condición de Asociación de Funcionarios.

Saluda atte. a Ud., agradeciendo de antemano, por la Asociación de Funcionarios del Trabajo de Chile (ANFUNTCH)


Raul Campesano Palma
Presidente Nacional ANFUNTCH