

Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

NECESIDAD DE FISCALIZAR.

Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
Taller de Memoria: La Empresa y el Rol Fiscalizador de la Dirección del Trabajo

Autor:

Enrique Andrés Winter Sepúlveda.

Profesor guía: María Cristina Gajardo Harboe

Santiago, Chile - Primavera 2004

Epígrafe . .	1
PRESENTACION . .	3
MONOGRAFIAS . .	5
Taller de Memoria . .	7
I. .	27
1. La sociedad y la relación laboral . .	27
2. La ganancia capitalista .	31
3. La relación laboral y el contrato de trabajo . .	33
4. Historia .	35
II .	39
1. Los principios y la previsibilidad .	39
2. El poder, lo puesto y lo impuesto .	43
III. BIBLIOGRAFÍA . .	49
I. Derecho del Trabajo . .	49
II. Ciencias sociales .	50

Epígrafe

“Más allá de la dicotomía fuerte–débil,
existe otra dimensión, otro registro que es el de la fragilidad”
Miguel Benasayag

PRESENTACION

“La legislación laboral sin inspección es más un ejercicio de ética que una disciplina social obligatoria” (Manuel Alonso O. y M. Emilia Casas B.)

Concordamos plenamente con esta afirmación, pues sin un adecuado sistema de fiscalización de las normas laborales, éstas no producirán el efecto deseado de regular las relaciones de trabajo.

Nuestra cultura jurídica hoy asume que la Dirección del Trabajo actúa en ocasiones más allá de lo que su propia ley orgánica le permite, práctica que se justifica por algunos y se critica intensamente por otros.

Pero más allá de estas discrepancias, nos ha parecido importante revisar el marco regulatorio de la fiscalización laboral. Si la gran mayoría de las infracciones cursadas por la Dirección del Trabajo, y que son reclamadas vía recurso de protección, son dejadas sin efecto por los tribunales de justicia, nos enfrentamos a una falta de certeza jurídica y eso no es bueno.

Asumiendo como necesaria e indispensable la fiscalización, el presente trabajo ha intentado hacer un diagnóstico de la forma en que la Dirección del Trabajo ha venido realizando su tarea de fiscalizar el cumplimiento de las normas laborales, y de los fundamentos de tal fiscalización.

Para ello, se reflexiona en torno a la fiscalización, desde una mirada dogmática; se revisa la historia y se describe la operatoria actual de este organismo; se efectúa un contrapunto con otros organismos fiscalizadores del Estado a los que se reconoce

autonomía (Banco Central, Contraloría General de la República, Servicio de Impuestos Internos); se analiza la jurisprudencia administrativa y judicial; y se concluye con una revisión del sistema de aplicación de multas.

Luego de leer los trabajos que acá presentamos, el lector arribará a sus propias conclusiones y creemos que una de ellas podrá ser, sin duda, la necesidad de dotar a la Dirección del Trabajo de un nuevo marco regulatorio, que le otorgue independencia frente a la autoridad política de turno, de una parte, y de otra, que le confiera atribuciones acordes con uno de los principios que hoy más pesan al momento de regular la relación laboral: la primacía de la realidad.

M. Cristina Gajardo Harboe

Profesor Guía

MONOGRAFIAS

“ Resumen de Ordenes de Servicio N°4 de 2001, N°88 de 2001 y N°6 de 2003 ”

Todos los integrantes del taller de memoria

“ Necesidad de fiscalizar. Hacia una sistematización del Derecho del Trabajo ”

Enrique Andrés Winter Sepúlveda

“La Dirección del Trabajo. Funciones, atribuciones y algo más”

Priscilla Varela Vargas

“Jurisprudencia administrativa sobre fiscalización de empresas, desde 1995 hasta agosto de 2004”

Gianina Ganzur Sánchez y María Graciela Venegas Valenzuela

“Jurisprudencia judicial sobre fiscalización de empresas, desde 1970 a 2004”

María Eizabeth Moraga Alvarez y Rosa Ariana Muñoz Espinoza

“Fundamentos de la ley orgánica de la Dirección del Trabajo. Paralelo con la del Servicio de Impuestos Internos”

Sergio Enrique Allende Cabeza

“El sistema de nombramiento del Banco Central, la Contraloría General de la República y la Dirección del Trabajo”

María Alejandra Cadenas Mery

“Limitaciones a la función fiscalizadora de la Dirección del Trabajo. Un análisis desde las vías de impugnación a la multa administrativa”

Roberto J. Sepúlveda Núñez

Taller de Memoria

La Empresa y el Rol Fiscalizador de la Dirección del Trabajo

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

Resumen de Ordenes de Servicio N°4 de 2001, N°88 de 2001 y N°6 de 2003. ¹

Introducción :

En estas instrucciones impartidas a sus propios funcionarios, la Dirección del Trabajo se manifiesta sobre la aplicación práctica de las atribuciones y competencias que la ley le confiere, siendo de especial interés su análisis, puesto que constituye la base de actuación de sus funcionarios.

Por la extensión de estas instrucciones, se ha estimado conveniente efectuar un resumen que se contiene en las páginas siguientes.

La fiscalización es clasificada por la Dirección del Trabajo en la siguiente forma ² :

Fiscalización ordinaria: tiene prevista todas las fases sustantivas de la actividad inspectiva, incluyendo la aplicación de sanciones ante la constatación de cualquier infracción y la posibilidad de revisión administrativa de las mismas en caso de solicitarse.

¹ Resumen fue confeccionado por todos los integrantes del taller de memoria.

² Extracto de Orden de Servicio N°4, de 12-06-2001

Podrá ser general, respondiendo a principios y criterios de aplicación habitual o supletoria, a falta de regulación especial, y también podrá ser especial, referida a las siguientes materias:

- reclamo administrativo por terminación de contrato
- informalidad laboral
- trabajo de menores de edad
- previsional
- suspensión ilegal de trabajador aforado
- higiene y seguridad en el trabajo
- certificados de contratistas en inicio y término de obras

Fiscalización extraordinaria: utiliza la fase de apreciación y constatación de los hechos, cuya finalidad habitual es obtener información que después sea contenida en un informe de fiscalización destinado a apoyar, orientar o sustentar el ejercicio de alguna otra competencia administrativa o judicial. Por ello, no contempla la aplicación de sanciones respecto de las situaciones infraccionales que pudieran detectarse, ya sea porque se carece de competencia para ello o porque expresamente se excluye la fase punitiva.

Algunas fiscalizaciones extraordinarias citadas por la propia Dirección del Trabajo son:

- requerimiento de escrituración del contrato de trabajo
- reclamación de trabajador ante modificación unilateral del contrato
- investigación de objeciones de legalidad en el proceso de negociación colectiva
- investigación de beneficios previsionales
- investigación de declaraciones juradas
- investigación para determinar otorgamiento de sistema excepcional de distribución de jornada de trabajo y de los descansos
- investigación de conductas eventualmente constitutivas de prácticas antisindicales
- investigación ante denuncias de acoso sexual
- calificación de trabajo de casa particular
- calificación de trabajo de proceso continuo
- certificados de estado de pagos a contratistas
- certificados sobre responsabilidad subsidiaria entre particulares
- notificación de formularios únicos de notificación (FUN) en contratos con Isapres

Es en la fiscalización extraordinaria donde se encuentran en la práctica mayores situaciones de conflicto, que suelen ser reclamadas por las empresas fiscalizadas en tribunales.

Ordenes de Servicio en particular :

I.-ORDEN DE SERVICIO N° 4. SISTEMATIZA Y ACTUALIZA REGULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS DE FISCALIZACIÓN Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

(fecha: 12 de junio de 2001)

La Dirección del Trabajo debe promover el bien común, garantizando la vigencia de los derechos y deberes de los afectados por la fiscalización, cuidando la homogeneidad de criterios y la aplicación de los principios de la Administración del Estado. Para cumplir con esto debe simplificar los trámites fiscalizadores, primeramente sistematizando en un solo documento sus directrices.

1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Constitución, art. 1° incs. 4°, 6° y 7°; LOC de Bases Generales de la Administración del Estado, arts. 3°, 8° y 25 inc. 2°; Código del Trabajo, arts. 2° incs. 1° y 3°, 474 y 476; y DFL n° 2 (LOC de la Dirección del Trabajo), arts. 1° y 5°.

2. FACULTADES, OBLIGACIONES Y PROHIBICIONES DE LOS FISCALIZADORES. Pueden visitar los lugares de trabajo, exigir de los empleadores facilidades, tomar declaraciones juradas, exigir los libros de contabilidad y la documentación necesaria, auxiliarse con la fuerza pública, multar, suspender labores, citar a los involucrados y tienen el derecho a ser defendidos. Tienen obligación general de probidad, lo que se refleja en las prohibiciones a que están sujetos en la LOC de Bases y en el DFL n° 2.

3. DERECHOS Y DEBERES DEL CIUDADANO FISCALIZADO. Puede exigir la acreditación del fiscalizador, recibir el formulario "inicio de la fiscalización", que el procedimiento sea breve, exigir un trato cortés, y en general ser informado del curso, plazos legales, resultados e instancias competentes para conocer y reclamar por la fiscalización. Su deber general es el de facilitar el procedimiento.

4. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, SUS REPRESENTANTES Y LAS ORGANIZACIONES SINDICALES DURANTE EL PROCEDIMIENTO INSPECTIVO. Pueden activar el procedimiento de fiscalización, confidencialmente, siendo informados del resultado y de las instancias, revisar el procedimiento, entregar información adicional al fiscalizador, requerir una refiscalización y ser oídos permanentemente.

5. GENERALIDADES ACERCA DE LA FISCALIZACIÓN. Está destinada a dar eficacia a la ley laboral y previsional con el fin de facilitar un progresivo cambio conductual de los empleadores. Aunque adaptada a la realidad empresarial, es una actuación administrativa: simple, de efectos provisionales, rápida, masiva y general, a bajo costo, con alto impacto disuasivo y demostrativo, principalmente preventiva. Aprecia los hechos en forma inmediata a partir de diagnósticos detallados.

6. PROCEDIMIENTOS DE FISCALIZACIÓN. *Es el conjunto ordenado y sistemático de actos administrativos destinados a cumplir la finalidad de asegurar el cumplimiento de la legislación laboral y de seguridad social, según las facultades que el ordenamiento jurídico le ha entregado a este organismo fiscalizador. Se caracteriza por ser una, continua e indivisible, sancionadora según políticas del Servicio, administrativa, realizada íntegramente en terreno, donde el análisis documental es sólo uno de los medios para establecer los hechos fiscalizados y, por regla general, no se suspende. Existe*

fiscalización *ordinaria* (que tiene prevista la apreciación de hechos y la labor resolutoria) y *extraordinaria* (que utiliza la fase investigativa del procedimiento inspectivo, y que termina con un informe que sustenta otras decisiones o actos administrativos). La primera se subclasifica en *general* (de aplicación habitual o supletoria) y *especial* (que se refiere a determinadas materias). La general puede ser *solicitada*, tanto *puntual* como *extendida*, o *de oficio*. Las etapas del procedimiento son la activación, la asignación y preparación del cometido, la visita inspectiva y los trámites posteriores, como el archivo y el informe.

7. MULTA ADMINISTRATIVA. APLICACIÓN Y NOTIFICACIÓN. Su aplicación se *subjetiviza*, porque será el fiscalizador el que las resolverá; y se *objetiviza* porque deberá ceñirse a una política institucional detallada. Se preclasifican las multas en tres categorías: menos graves, graves y gravísimas de acuerdo a tramos; los cuales debe consignar en un cuadro-resumen razonado y notificar de inmediato.

8. RECURSOS PROCEDENTES EN CONTRA DE LA MULTA ADMINISTRATIVA. Puede impugnarse por dos vías. La *reconsideración administrativa* permite la rebaja del 50% si la infracción es corregida dentro de 15 días cumpliendo con los requisitos de admisibilidad y procedencia del escrito. La *reclamación judicial*, en tanto, puede realizarse previa consignación de la tercera parte de la multa, dentro del mismo plazo.

9. ADAPTABILIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE FISCALIZACIÓN. Puede cambiar sus criterios orientadores y su ritualidad si la Dirección así lo determina, y excepcionalmente, dejar sin efecto una multa.

10. VIGENCIA. A partir del 12 de junio de 2001, derogando las instrucciones anteriores.

II.- ORDEN DE SERVICIO N°6, ESTABLECE PROCEDIMIENTO PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE SUSTITUCIÓN DE MULTA POR CAPACITACIÓN, SEGÚN ARTÍCULO 477, INCISOS 5° Y 6° DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.

(Fecha: 26 de septiembre de 2003)

Lo que busca la Dirección del Trabajo con la aplicación de este procedimiento es contribuir al conocimiento de la legislación laboral y a una mejor gestión dentro de las microempresas, disminuyendo así la infraccionalidad laboral, estableciendo relaciones laborales más justas. Las etapas en que se divide el procedimiento contemplado en el artículo 477 incisos 5° y 6° del Código del Trabajo se pueden sintetizar de la siguiente manera:

En cuanto a la Unidad operativa responsable, lo será la Inspección del Trabajo que aplica la multa, desde la solicitud de sustitución hasta el ingreso de la información en el sistema computacional de registro creado especialmente para ello. Las etapas propiamente tal son:

Solicitud de sustitución de multa dentro del plazo de 30 días de notificada, igual que para solicitar la reconsideración administrativa, para lo cual se usan los formularios especialmente diseñados al efecto.

Luego viene el **Examen de Admisibilidad** que realiza el fiscalizador que impuso la multa, verificando si se cumple con el plazo, si tiene 9 o menos trabajadores en la empresa, no haber hecho uso del beneficio en el último año y finalmente la corrección de

las situaciones que dieron lugar a la multa. El Jefe de la Inspección respectiva es el que debe autorizar o no la sustitución de multa por la Capacitación.

Posteriormente la Unidad de Relaciones Laborales debe **asignar fecha** para la capacitación, **el lugar y nombrar al monitor** que la llevará a cabo. La capacitación no puede ser superior a los 2 meses siguientes a la notificación de la aceptación de sustitución. La única justificación para no asistir es por razones de salud, mediante el respectivo certificado, siendo citada nuevamente la persona dentro de los 30 días siguientes.

La **Capacitación** propiamente tal puede realizarse en su **versión extendida**, que es la regla general y que dura 6 horas distribuida en 2 días distintos, o en su **versión corta**, con 4 horas cronológicas de duración en un solo día, y que sólo procede en casos calificados. El asistente es evaluado una vez terminada la capacitación lo que dará origen al **Informe de Capacitación**, que el monitor confecciona y que contiene las personas que asistieron, quienes lo aprobaron, compromisos asumidos, etc.

El **Efecto de la Inasistencia Injustificada** es que se deja sin efecto la primitiva multa y se dicta una en su reemplazo con el 100% de recargo. Dentro de los **Trámites Posteriores** encontramos la dictación de la resolución que deja sin efecto la multa, o en su defecto aquella que aplica una nueva sanción pero duplicada, dejando sin efecto la reconsideración administrativa de la primera multa, registrando la nueva sanción respecto de la cual no se podrá otorgar el beneficio de sustitución, el que se entiende agotado.

III.- CIRCULAR N°88, ESTABLECE MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE FISCALIZACIÓN

(Fecha: 5 de julio de 2001)

Generalidades acerca de la fiscalización:

1. Es una de las competencias del Estado, destinada a dar eficacia al Derecho del Trabajo, complementa las normas laborales, y el tratamiento de los conflictos que su aplicación o incumplimiento puedan producir. Sus características son:

a) Es un procedimiento simple, estandarizado y unilateral, el funcionario fiscalizador controla el cumplimiento de la norma por medio de la inspección, relación a la que el trabajador interesado o eventual beneficiario permanece ajeno.

b) Sus efectos son provisionales, revisables en sede administrativa (Art. 481 CT), y judicial. El Estado de Derecho exige que los actos administrativos sean controlados y que se aplique el principio de la buena fe en las actuaciones administrativas.

c) Es rápido, característica esencial en relación a los objetivos que persigue y a la urgencia de las necesidades que atiende, su duración aproximada no podrá superar los dos a tres meses. Es previa y preventiva respecto de la solución judicial.

d) De aplicación masiva, alto impacto disuasivo y demostrativo, su objeto es generar cambios conductuales, producir un efecto demostración en el entorno social y lograr mayores grados de cumplimiento.

e) Es preventiva, se aplica en la fase previa del conflicto laboral o en las primeras etapas de su manifestación.

2. La Dirección del Trabajo: en ella se radican la gran mayoría de las competencias administrativas para dar eficacia al derecho del trabajo, posee un conjunto de facultades y obligaciones que para ser desarrollados requieren de líneas de trabajo institucionales complementarias entre sí. Se requiere de un permanente esfuerzo intelectual y de gestión para identificar la naturaleza, objetivos e instituciones propias de cada una de ellas, a fin de aunar los criterios que se aplican.

Inspección del Trabajo: sus objetivos son, entre otros: obtener y mantener crecientes grados de cumplimiento efectivo de las leyes laborales y de seguridad social, mejorar las relaciones laborales entre las partes, fomentar el empleo decente, infundir, informar, capacitar y asesorar a los interesados, proponer adecuaciones normativas, etc.

3. La fiscalización aprecia los hechos en forma investigativa, directa e inmediata en el lugar donde ocurren, debe ser sorpresiva para evitar la preparación del lugar. El rol del fiscalizador es activo y no puede reducirse al mero examen de documentos, los hechos que constatan tienen presunción de veracidad.

4. La fiscalización está orientada por políticas públicas y criterios que regulan la actividad inspectiva dentro de la normativa laboral vigente, los planes del gobierno y los recursos disponibles.

5. La fiscalización debe ser gestionada detalladamente a fin de orientarla y evaluar sus resultados de acuerdo a criterios de calidad y eficiencia.

El Procedimiento General de Fiscalización.

Concepto: es aquel que consagra las normas, principios y reglas generales aplicables en el desarrollo de la actividad inspectiva y de aplicación supletoria en los procedimientos extraordinarios.

Características: El proceso y la visita inspectiva en terreno están a cargo de un mismo funcionario y son únicos, continuos e indivisibles. La aplicación de sanciones está regida por políticas definidas por el Servicio. Se enfatiza el carácter de procedimiento administrativo, se debe certificar el cumplimiento normativo. La fiscalización se debe realizar íntegramente en terreno. El análisis de documentos es sólo uno de los instrumentos para establecer los hechos investigados. La fiscalización no se suspende. Debe tener una cobertura de aplicación que asegure el cumplimiento de su finalidad disuasiva y de control social. El trabajo inspectivo debe ser organizado, archivado, documentado.

Clasificación de los tipos de Fiscalización: en la labor inspectiva se distinguen una *fase investigativa* de apreciación de los hechos y una *fase resolutive* que genera sanciones administrativas en caso de incumplimiento de la normativa laboral. La fiscalización puede ser ordinaria o extraordinaria o informativa, la ordinaria abarca ambas fases, la extraordinaria o informativa no contempla fase resolutive pues termina con un informe que no contiene sanciones. Dentro de la fiscalización ordinaria está la fiscalización general, regulada por el Procedimiento General de Fiscalización y de aplicación supletoria a los procedimientos ordinarios pero de carácter especial.

Fiscalización Ordinaria : puede ser general o especial. La fiscalización **ordinaria general** a su vez puede ser: **solicitada**, originada en una denuncia; o **de oficio** por

disposición del Servicio. La fiscalización solicitada puede ser **puntual o extendida**, de acuerdo a la carga de trabajo en función de los conceptos a fiscalizar que se le asignen al funcionario. La fiscalización **de oficio** admite tres subclasificaciones: por refiscalización; individual y por programa. La primera se refiere a una fiscalización que concluye con la aplicación de una sanción y se activa automáticamente luego de transcurrido un plazo determinado desde la aplicación de la sanción. La fiscalización de oficio individual es aquella que se aplica sobre un empleador determinado a quien el funcionario escoge para completar su carga de trabajo mensual. La fiscalización de oficio por programa se refiere a un conjunto de empleadores seleccionados por sector económico, geográfico u otra variable, responde a una planificación previa y un procedimiento coordinado de un grupo de fiscalizadores a la vez. Es parte de la actividad habitual de toda unidad operativa del Servicio. La **fiscalización ordinaria especial** se refiere a determinadas materias y está regulada por normas de excepción.

Fiscalización Extraordinaria : tiene por finalidad obtener información para realizar informes de fiscalización que orienten el ejercicio de otras competencias administrativas.

El procedimiento general de fiscalización en particular:

A cada fiscalizador se le asigna mensualmente cierta carga de trabajo, haciendo énfasis en la existencia de equilibrio y en que ningún funcionario puede recibir un número de casos mayor al que pueda finalmente conocer.

Previo a la fiscalización, el funcionario debe informarse sobre la empresa fiscalizada y la materia de la diligencia. La llegada será siempre sin aviso previo y la inspección consiste en presentarse al empleador, observar el entorno de la empresa, entrevistar trabajadores – sin la presencia del empleador y siempre cuidando que quede en resguardo la identidad de aquellos que formulen alguna denuncia - y, principalmente, revisar la documentación de la empresa, ya sea laboral, provisional, contable y otras, dependiendo del hecho denunciado. Esta documentación será, por regla general, de 6 meses hacia atrás, contados desde la denuncia y hasta el momento de la visita. Toda esta actuación debe ser continua, no podrá suspenderse y de todos los hechos comprobados, se deja constancia en un acta, con copia al empleador.

Una vez establecidos los hechos y situaciones inspeccionadas, el fiscalizador realiza una apreciación jurídica de ellos, en forma totalmente unilateral, para luego llegar a una resolución. La principal sanción que puede imponer el fiscalizador es la multa, cuyo monto determinará libremente, ponderando los hechos constatados y aquellas circunstancias que le parezcan agravantes o atenuantes. En caso de negarse la empresa a reparar la situación, la multa podrá repetirse las veces que sea necesario.

Se debe tener en cuenta que dentro de las facultades que puede ejercer el fiscalizador, está la individualización de los trabajadores afectados por la informalidad laboral, confeccionando un acta donde cada uno de ellos consignará los aspectos esenciales de la relación laboral para efectos del Art. 10 del Código del Trabajo. Esta prerrogativa se establece sin considerar que es facultad exclusiva de los Juzgados de Letras del Trabajo el determinar si existe o no una relación laboral, por lo que la Dirección del Trabajo estaría actuando, en este caso, fuera de su competencia. Incluso, en la Circular 88 se plantea la posibilidad de seguir conociendo de la materia, motivando una

fiscalización separada si los hechos así lo ameritan. Ante esta actuación, cabe la posibilidad que el empleador afectado interponga recurso de protección, ya que la Dirección, a través del fiscalizador, está ejerciendo funciones jurisdiccionales que no le corresponden.

Así como existe un sujeto fiscalizador dependiente de la Dirección del Trabajo, también a su vez él estará sometido a una revisión por parte de sus superiores en este caso corresponderá al Jefe de Unidad llevar a cabo tal revisión.

Una vez que se da de baja o se descargue la fiscalización en el sistema informativo, le corresponde al Jefe de Unidad el confirmar la opción "Archivo definitivo"; este caso se dará si es que en la fiscalización no hubo multa o esta ya fue pagada, o "Archivo transitorio" en el caso de que exista multa debidamente notificada.

Posteriormente es obligación del jefe de unidad de fiscalización notificar un informe final al solicitante de tal fiscalización. No debe olvidarse a la parte fiscalizada, ya que ella cuenta con dos opciones: 1.- realizar una solicitud de reconsideración administrativa de multas, cuando se den las causales de procedencia para ello, o 2.- presentar un reclamo judicial de multa administrativa, el cual será visto por la unidad jurídica de la inspección respectiva.

Normas especiales de fiscalización:

Continúa la circular con un título referido a los procedimientos especiales, es decir de todos aquellos casos en que existen normas especiales o excepcionales respecto de las establecidas en el procedimiento general de fiscalización.

1.- Fiscalización por terminación del contrato de trabajo:

La primera materia a tratar es la relativa a la fiscalización dentro del reclamo administrativo por terminación de contrato para lo cual se establecen una serie de normas especiales de procedimiento, desde su activación, asignación, comparendos de conciliación hasta llegar a los actos posteriores a esta etapa.

Cabe señalar que este procedimiento más que una fiscalización, busca fundamentalmente producir la conciliación individual tras la terminación de la relación de trabajo, a objeto de hacer innecesario un posterior requerimiento de solución jurisdiccional del mismo ante un tribunal, y además contiene en una de sus etapas una labor inspectiva. Siendo esta última una circunstancia excepcional ya que va más allá de sus funciones; se trata de una materia que compete a los tribunales de justicia, pero lo justifica señalando que el funcionario en caso de existir conflicto con ocasión de la causal ya mencionada, sólo tendrá un rol de promotor del avenimiento o la conciliación individual.

2.- Fiscalización de la informalidad laboral:

La dirección general del trabajo establece claramente que nos encontramos frente a informalidad laboral cuando existe una relación de trabajo en la que existe falta de cumplimiento de todas estas obligaciones **simultáneamente**: 1.- Escrituración de contrato de trabajo; 2.- Uso correcto del sistema de registro de control de asistencia; 3.- Otorgamiento de comprobante de pago de remuneraciones; 4.- Declaración o pago de cotizaciones provisionales.

El procedimiento que establece esta circular es de carácter obligatorio y urgente, es decir, frente a cualquier atisbo de informalidad laboral el fiscalizador debe aplicarlo. Una demostración de lo anterior es el hecho de que no sólo por denuncia puede comenzar el proceso, sino también de oficio o en el transcurso de una fiscalización por un motivo distinto al de la informalidad.

La circular establece tanto los actos que debe realizar el fiscalizador antes, durante y después de la fiscalización, como los criterios que el inspector debe aplicar, en especial si existen menores de edad trabajando.

3.- Fiscalización de trabajo de menores de edad: sin comentarios especiales.

4.- Fiscalización Previsional:

Este tipo de fiscalización no cuenta con una normativa especial, ya sea tanto para la activación, la asignación ni la preparación de la misma.

La particularidad de este tipo de fiscalización radica en la visita inspectiva, propiamente tal, donde hay que distinguir si la fiscalización tiene como único concepto el aspecto provisional o si tiene otro u otros conceptos, además del provisional; y por otra parte, si la institución provisional corresponde a aquellas respecto de las cuales, ante el incumplimientos en el pago y/o declaración de cotizaciones provisionales procede, o no que el inspector curse la infracción.

Dependiendo de que situación se trate el procedimiento y los criterios que deben aplicarse durante la visita inspectiva serán distintos.

Otra particularidad de esta fiscalización es que existe una pauta especial con el objetivote incentivar el pago de las cotizaciones adeudadas y la autocorrección de las infracciones.

La refiscalización no procede por el mismo período de la fiscalización original.

5.- Fiscalización de Suspensión Ilegal de Trabajador Aforado:

Esta fiscalización, sólo puede comenzar a solicitud del interesado, por lo cual el inspector debe tener presente el tipo de fuero que se trate.

El procedimiento posee el carácter de urgente, y por su importancia genera una fiscalización única y excluyente que no admite el tratamiento conjunto con otros conceptos.

Las características de la visita inspectiva variarán según sea el caso, ya sea si el empleador se allana a cesar la suspensión ilegal o no.

Una característica importante, es el hecho de que en el caso de que el resultado de la fiscalización sea negativo debe informarse al trabajador afectado.

6.- Fiscalización de Condiciones de Higiene y Seguridad Básicas en los Lugares de Trabajo:

Esta fiscalización puede comenzar de oficio, si el inspector durante el transcurso de una visita inspectiva observa la presencia de trabajadores dependientes desarrollando labores con una grave e inminente peligro que por sus características, presenta un evidente riesgo para su vida e integridad corporal. También puede iniciarse por denuncia,

la que, en ese caso, tendrá el carácter de urgencia.

En la visita inspectiva hay tres aspectos que presentan una regulación especial: existe una pauta especial para detectar las irregularidades, cuando se hace necesario la suspensión de labores y cuando debe acentuarse la visita inspectiva, en este caso, mediante una constatación directa del fiscalizador.

7.-Fiscalización para otorgar certificado de antecedentes de contratistas/ subcontratistas en inicio/ término de obras para mandantes del sector publico: Las facultades de la Inspección sólo pueden ser activadas a petición del empleador, realizada por medio del formulario N°30, que requiere la entrega de una información detallada a la Inspección referentes a: el número total de trabajadores de la obra diferenciando entre subcontratistas y el contratista; pago de remuneraciones y cotizaciones provisionales. Para poder otorgar el certificado la inspección tiene la facultad y la obligación de realizar una visita a terreno, para revisar los siguientes hechos: la escrituración de los contratos individuales de trabajo, el uso de registro de asistencia en conformidad con la ley; él ultimo comprobante de pago de remuneraciones y de cotizaciones a organismos de previsión. Durante la visita el inspector podrá consignar las infracciones laborales que detecte y sancionar con resolución de multa notificada en el acto. Para el otorgamiento del último certificado se revisarán los finiquitos y posibles reclamos por parte de los trabajadores por la terminación de los contratos.

8.-Fiscalización de labores realizadas por trabajadores extranjeros: en este caso la inspección no tiene procedimiento especial y debe sujetarse a procedimientos generales de fiscalización, pero tiene una excepción constituida por la constatación y revisión de la exención parcial de descuentos y pagos de cotizaciones previsionales prevista en la Ley N°18.156. Si el empleador no cumple con los requisitos de esta ley será sancionado con una multa a beneficio fiscal que será aplicada por la Dirección del Trabajo.

9.-Fiscalización de personas con fuero o inmunidad de jurisdicción: en este caso se trata de la fiscalización a empleadores con fuero diplomático o con fuero parlamentario, en ambos casos no se acoge la inmunidad de jurisdicción en casos que digan relación con incumplimiento de normas del trabajo. Las únicas limitaciones en una visita inspectiva son: la inviolabilidad de los locales de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares; la inmunidad de ejecución; la obligación de referencia.

Procedimientos extraordinarios de fiscalización:

1.-Requerimiento de escrituración de contrato de trabajo: tiene lugar ante la negativa del trabajador de firmar el contrato de trabajo. En este caso la fiscalización se activa sólo a requerimiento del empleador y en la visita revisará si la solicitud fue ingresada oportunamente; de no ser así, será sancionado por incumplimiento del art. N°9 del Código del Trabajo. Además, comparará las condiciones declaradas por el trabajador con las del empleador; de ser las mismas, informará al trabajador la necesidad de suscribir en el contrato de trabajo y las consecuencias de su negativa.

2.-Reclamación por infracción del art. 12 del Código del Trabajo: se inicia la fiscalización a requerimiento del trabajador y, que conste o pueda presumirse que el empleador ha invocado, o pretende hacer efectiva, la facultad del art.12. La visita inspectiva tiene como objeto establecer efectivamente si el empleador alteró o no las

condiciones contractuales; si el empleador al alterar unilateralmente el contrato, lo hizo o no fundándose en el art.12; si la modificación unilateralmente aparece visiblemente dentro o fuera del ámbito de la facultad del empleador según el art.12; si la reclamación fue interpuesta dentro del plazo 30 hábiles desde producida la alteración unilateralmente. Cuando se cumplieren estos requisitos el fiscalizador dejará constancia en el formulario 8, junto a una resolución de multa.

3.-Objeciones De Legalidad En La Negociación Colectiva;

La activación corresponde al inspector jefe de oficina;

Se estima urgente la asignación de esta investigación, por lo tanto, se realiza en forma extraordinaria el mismo día en que es recepcionada en la unidad de fiscalización, para diligenciarla al día siguiente.

En cuanto a la preparación de la fiscalización, el fiscalizador toma contacto con el funcionario de la unidad de relaciones laborales a cargo del seguimiento de la respectiva negociación colectiva.

La regla general de las visitas inspectivas es la fiscalización en terreno, a excepción de cuando estima prudente realizarlo con análisis documental. El proceso finaliza con el informe de fiscalización.

En cuanto a los actos posteriores, el informe se remite al inspector para redactar el proyecto de resolución, el que luego suscribirá.

4. Investigación de Beneficios Previsionales;

Procedimiento doblemente extraordinario en cuanto a su naturaleza y diligenciamiento.

El procedimiento posee su origen en un requerimiento institucional del INP o de otros entes de naturaleza previsional. La carga de trabajo corresponde distribuirla a una comisión.

En cuanto a su asignación, sólo posee urgencia la fiscalización referida accidentes del trabajo con resultado de muerte o lesiones gravísimas; por lo tanto será extraordinaria.

En la etapa de preparación es necesario tener cuidado con la naturaleza del trámite y la legislación aplicable.

El objeto de la investigación es determinar la procedencia o existencia de pensiones, asignaciones familiares, etc. Por lo tanto, este objeto resulta muy diverso en relación con los múltiples beneficios previsionales de que puede tratar. Para lograrlo, el respectivo inspector podrá utilizar la huella documental, las declaraciones juradas, etc.

El informe de fiscalización contendrá una razonada opinión sobre la materia investigada y no una multa, ya que lo que se persigue es establecer una base a la institución previsional solicitante para que ella adopte las decisiones pertinentes.

5.-Otorgamiento De Sistema Excepcional De Distribución De La Jornada De Trabajo Y Descansos;

Es una facultad conferida por el Art. 38 inc final, del Código de Trabajo.

Este procedimiento presenta dos variables:

La solicitud de autorización se hace oportunamente;

Lo que en realidad se busca con la solicitud es regularizar un sistema de jornada adoptado sin apego a las normas regulatorias.

En cuanto a normas especiales:

En primer lugar debe realizarse un examen de admisibilidad una vez ingresada por medio del formulario N° 35 más el correspondiente pago de derechos.

Una vez admitida, es remitida la solicitud al DRT, donde se realiza un segundo examen de admisibilidad. Una vez recepcionada, es distribuida a la coordinación jurídica regional, la cual autoriza o rechaza la solicitud, la que suscribirá el director regional respectivo.

La resolución contendrá tres partes básicas: los vistos, los considerandos y la resolutive, donde se aprueba o rechaza la autorización.

Luego se debe remitir a la inspección, quien notifica al solicitante y envía una copia a la unidad de fiscalización.

Procederá refiscalización en caso que se busque regularizar una situación anómala y la solicitud fuere rechazada.

6.- Conductas Eventualmente Constitutivas De Práctica Antisindical o Desleal:

La activación de la fiscalización puede producirse a solicitud de las organizaciones sindicales o trabajadores afectados; del tribunal correspondiente, por medio del director regional respectivo; por último, de oficio a solicitud de la unidad de relaciones laborales.

La carga de trabajo le corresponde a una comisión y es excluyente de otras materias que se investigan por separado.

La asignación de la fiscalización será extraordinaria en caso de solicitudes del tribunal.

Con la finalidad de preparar la fiscalización, se realizará una reunión de coordinación para orientar la investigación, la que podrá desarrollarse por visitas a terreno, análisis de documentos, entrevistas, etc.

Concluida esta etapa, se redactará un informe, que deberá ser remitido:

Al director regional, si se inició a solicitud del tribunal;

A los dirigentes sindicales de la organización, si ellos fueron los solicitantes;

A la unidad de relaciones laborales si se inició de oficio.

7.- Denuncias De Acoso Sexual.

La activación de la fiscalización sólo procede por denuncia o solicitud.

La carga de trabajo le corresponde a una comisión.

En relación con la preparación de la fiscalización, es necesario tener presente tanto normas constitucionales, del Código del Trabajo y convenciones de la OIT.

La investigación se desarrolla por los medios normales.

El informe de los resultados se comunica a denunciante en forma personal.

8.- Trabajadores de casa particular; 9.- trabajo de proceso continuo:

En esta parte la circular establece la forma en que se debe realizar la calificación de distintas labores para su posterior fiscalización como es el caso del trabajo de casa particular, señalando que para realizar dicha calificación se debe seguir un procedimiento el cual es muy similar en los casos señalados, así se establecen pautas generales como en lo relativo a su solicitud que puede corresponder al empleador o al trabajador. Además se establece la forma en que se determinan las labores que son propias de este tipo de trabajo lo cual se realiza al analizar la jurisprudencia administrativa existente respecto del tema.

Respecto al procedimiento es similar en los casos señalados, tiene por objeto la confección de un informe que busca obtener una resolución en la cual se instruirá al empleador para que se ajuste al contenido de ésta, el fiscalizador verificará el cumplimiento de dicha resolución pudiendo dar lugar a la aplicación de sanciones y a una nueva fiscalización.

Menciona además la fiscalización que se realiza de manera extraordinaria con el objeto de otorgar distintos certificados por parte de las Inspecciones del Trabajo, el procedimiento se inicia con la solicitud de certificado, procediéndose a una revisión inspectiva, para lo cual el sistema informático del servicio debe permitir revisar como mínimo en todos los casos de que no existan denuncias, reclamos o multas pendientes. Además se deberá revisar la posibilidad de que existan deudas previsionales o multas impagas, debiéndose considerar para esto también el número de trabajadores. Si producto de la revisión efectuada se detectara la presencia de infracciones se deberá aplicar las multas que correspondan y notificarlas de inmediato, con los resultados de la investigación se llenara un formulario con los campos que corresponderán al tipo de certificado que se solicite.

Otra fiscalización es la que busca evitar que las solicitudes de dictamen se constituyan en una vía que sirva para dilatar innecesariamente los procedimientos administrativos en curso, esto cuando ya existen normas y jurisprudencia suficientemente claras en la materia, estableciendo así una asesoría jurídica que tiene la característica de que no suspende el procedimiento inspectivo como si lo realiza la solicitud de dictamen.

ANEXOS

ANEXO 1.- Criterios para configurar comisiones de fiscalización:

Por otro lado se busca establecer cargas de trabajo relativamente homogéneas en cada fiscalización de manera que cada fiscalizador realice un esfuerzo similar, evitando disparidades en el proceso fiscalizador, para lo cual el fiscalizador seleccionara un conjunto de conceptos que le servirán para dar contenido a su labor.

ANEXO 2: Instrucciones para la asignación de fiscalizaciones.

Este anexo trata 2 materias: los distintos tipos de asignación y los criterios para producir la asignación.

En relación a los **Tipos de asignación** hace una clasificación atendiendo a los conceptos a fiscalizar, existiendo 2 reglas generales: *asignación ordinaria y asignación extraordinaria o con urgencia*.

La Asignación General se produce el primer día hábil del mes y se refiere a la generalidad de las fiscalizaciones.

La Asignación Extraordinaria se produce durante el transcurso del mes y no al momento de la asignación ordinaria, debido a que surgen fiscalizaciones con carácter de “urgencia” o cuando todavía no se cumple el 90% del PLCM PLANIFICADO y se está antes del día 16 del mes...

También existen algunos casos especiales de asignación: asignación especial por reasignación, asignación a más de un fiscalizador de una misma fiscalización, nueva asignación de fiscalizaciones parcialmente tramitadas y un mecanismo de flexibilidad para atender cargas de trabajo que, a inicios de mes, excedan ya el 90% del PLCM planificado.

Por otra parte el anexo busca maneras para que la asignación de fiscalizaciones sea equiparada entre los respectivos fiscalizadores, y plantea **Criterios de asignación**, que deben ser combinados, los criterios son los siguientes: *secuencial, por materia, sectorial geográfico y por refiscalización*. Es importante tener presente que todas las Unidades de Fiscalización con dotación igual o superior a 3 funcionarios, el criterio que prima para la asignación es el territorial.

ANEXO 3: Fija promedios locales de comisiones de fiscalización por jornada completa de fiscalizador.

Este anexo se refiere a que deben existir indicadores que permitan establecer metas y parámetros estandarizados para la adecuada gestión y planificación de los recursos y materiales involucrados en la fiscalización.

Los indicadores más importantes son el: **Promedio Local de Comisiones de Fiscalización Mensuales por Fiscalizador** del cual se deriva el **Promedio Local de Comisiones de Fiscalización Diarias por Fiscalizador**. Estos indicadores tienen diferentes niveles: *ideales, planificados y reales*.

ANEXO 4: Informe de inicio de fiscalización: sin comentarios especiales

ANEXO 5: Criterios para analizar documentación

La documentación que se requiere para realizar la fiscalización laboral se clasifican en: documentación laboral, documentación previsional, documentación contable-laboral y otra documentación.

Dentro de la DOCUMENTACION LABORAL se encuentran:

El Contrato de Trabajo: Es considerado la mayor prueba de la existencia de la relación laboral y existe la obligación legal de formalizar la relación laboral por medio de un contrato suscrito dentro de un plazo determinado. Su inexistencia hace presumir que las cláusulas de éste son las declaradas por el trabajador (art 9 inc 4º C.T). Según el texto en estudio, el fiscalizador puede hacer uso de esta presunción, lo cual realmente parece ser función del órgano jurisdiccional y no del administrativo. Llama también la

atención que la inspección tenga la facultad para ver si se trata de una relación civil comercial y no laboral en los contratos a honorarios, siendo ésta competencia de los juzgados de Letras del Trabajo, según el art 420 del C.T letra A, que se refiere a los problemas de interpretación y aplicación de los contratos.

Registro de Control de Asistencia

Libro Auxiliar de Remuneraciones (autorizado por el S.I.I)

Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad

Comprobante de Pago de Remuneraciones

Comprobante de feriados

Instrumentos Colectivos(entiéndase contratos colectivos, convenios colectivos y fallos arbitrales) El fiscalizador debe revisar que los beneficios pactados en estos instrumentos se cumplan, lo cual coincide con la facultad del órgano jurisdiccional de hacerlo, en virtud del art 420 letra A del C:T.

Finiquitos

Otros Documentos Laborales

DOCUMENTACION PREVISIONAL: Sirve para determinar que no existan diferencias entre la remuneración y el monto imponible declarado en las respectivas planillas y su pago efectivo.

Planillas de Cotizaciones Provisionales

Otro documentos provisionales

DOCUMENTACION CONTABLE- LABORAL: Sus objetivos son: detectar la evasión provisional, determinar el pago de gratificaciones, detectar el encubrimiento de trabajadores. Acerca de la revisión de este tipo de documentos (Declaraciones de Renta, Balances Tributarios, Libros Auxiliares o el Libro único, etc) , existe una clara extralimitación de funciones, ya que al detectar y calificar evasiones de carácter provisional, por ejemplo, se está sancionado un ilícito de tipo tributario, lo cual es facultad propia del Servicio de Impuestos Internos.

OTRA DOCUMENTACION: Caben dentro de esta categoría las escrituras públicas o privadas, la patente municipal, el formulario de iniciación de actividades, el reglamento de Higiene y Seguridad.

ANEXO 6: Normas y criterios para la aplicación de sanciones en la fiscalización:

- Toda infracción constatada normalmente será sancionada
- Existe la posibilidad de subsumir hechos infraccionales en otros en vista de no sancionar dos veces por una misma conducta.
- Existencia de categorías de gravedad y la aplicación de circunstancias agravantes y atenuantes, en relación a : la magnitud del daño, la reparación del daño, la conducta laboral, la capacidad económica, la reprochabilidad y la cooperación con la fiscalización. Todas éstas son objetivas, pero su apreciación al caso concreto es directa y subjetiva, ya

que depende del fiscalizador, el que evalúa en forma seria y según su buen criterio, lo cual está sujeto a control y evolución posterior.

-Restricción del criterio de la duplicidad por la reincidencia en las refiscalizaciones: Se refiere a que se debe estar a la variación de las agravantes y atenuantes para determinar la multa por una conducta reincidente en vez de duplicarla.- Aplicación de unidades monetarias con números enteros que admiten la división máxima en 0.5 multa mínima.

-No se produce la notificación inmediata de la multa superior a 20 UTM, la cual debe ser visada por el jefe de la unidad, con asesoría jurídica o del Inspector jefe de la oficina. De ahí se notifica por carta certificada.

ANEXO 7: Tipificador de hechos infraccionales

El presente documento es una ayuda a la fiscalización que debe realizar por ley la Dirección del Trabajo, éste tiene por objeto fundamental estandarizar las actuaciones y operaciones de que dan cuenta las leyes que condenan ciertos hechos.

Este folleto lo que hace es enumerar una serie de conductas que constituyen hechos infraccionales tanto de la ley contenida en el Código del Trabajo como de otras leyes que vienen a complementar dicho texto legal, con esto los inspectores al constatar el hecho infraccional que allí se indica enuncian la infracción y aplican la multa con la gravedad que la ley le ha otorgado, aquí la Dirección del Trabajo no interpreta lo que ocurre, simplemente verifica la existencia de los elementos que constituyen el hecho prohibido y enunciado en la norma otorgando la multa correspondiente.

Para una mejor y más clara aplicación del mismo se divide en ítems en estos se encuentra los temas relativos al:

Contrato: aquí trata temas como discriminación, no otorgar el contrato, no contener las cláusulas mínimas

Jornada laboral: defender la extensión de la jornada ordinaria laboral, etc.

Reglamento interno: verificar la existencias de Comités paritarios.

Menores: evitar la contratación de menores si autorización, contratar a menores de 15 años, contratar a menores en establecimientos de expendios de bebidas alcohólicas.

Cotización previsional, pago y declaraciones en tiempo y forma de estas por el empleador.

Fuero maternal: no otorgar los permisos (pre y post natal), mantener trabajando a la mujer con licencia maternal, más que nada la defensa del derecho de maternidad de toda mujer.

Derecho a huelga, en el entendido de mantener una armonía dentro de lo posible, en esta situación que se torna compleja tanto para trabajadores como empleadores.

Fiscalización, reglar la atención de los fiscalizadores, respecto de las visitas, y así defender la función y la integridad de los fiscalizadores.

Cabe tener presente que este documento puede ser revisado y mejorado de acuerdo a las circunstancias que se presenten, ya que simplemente se trata de una igualación de

criterios otorgando certeza jurídica para la empresa, aunque de esta manera también es posible agregar nuevos hechos infraccionales que el legislador estime conveniente.

ANEXO 8: Normas para el uso de formularios de acta de constatación de hechos, de informe de fiscalización y de resolución de multa:

El anexo establece el uso de tres formularios por parte del fiscalizador de una empresa cuando en ejercicio de sus funciones detecta hechos infraccionales que deberán ser sancionados. El primero de estos es la “Acta de Constatación de Hechos” que se confecciona durante la visita inspectiva y cuya función es consignar los hechos detectados; el segundo es el “Informe de Fiscalización” que se confecciona luego de entregada copia del primer formulario al fiscalizado y que está materializada en el formulario 11 que debe ser minuciosamente relleno por el funcionario; y el tercero es el “Formulario de Resolución de Multa” en el cual se establece la multa que corresponde al fiscalizado según la gravedad de las infracciones cometidas.

ANEXO 9: Sistema de archivo por empleador y expediente de fiscalización:

El anexo 9 establece un sistema manual de archivo de información de los fiscalizados a partir del patrón “La Empresa” teniendo cada empresa una carpeta identificada y ordenada por Rut, que contendrá un expediente con los procedimientos de fiscalización ya afinados, otro con los reclamos por terminación de contratos ya afinados y los certificados de contratista otorgados. Además se podrá contar con un sistema informático que contendrá la información más general al respecto, sin el detalle del sistema manual.

ANEXO 10: Normas y criterios para resolver solicitudes de reconsideración de multa administrativa:

Se refiere a las solicitudes de reconsideración de multa administrativa que son interpuestas por los multados. A tal efecto, y para resolver dichas solicitudes se establece una competencia delegada en tres niveles que depende básicamente del tipo de infracción cometida y del monto asignado a dicha infracción. Es así como en un primer nivel (tratándose de multas de bajo monto), se encuentran los Inspectores Provinciales y Comunales del Trabajo que solo pueden proponer al Director Regional un proyecto de resolución, que este visará o no según su parecer; en segundo y tercer nivel (tratándose de multas de mediano y alto monto respectivamente), están los Directores Regionales del Trabajo y el Jefe de Departamento de Fiscalización que tendrán la facultad de dejar sin efecto, mantener o rebajar dichas multas basándose para ello en criterios generales y específicos establecidos en el dictamen.

Por último, el anexo en cuestión, establece que la asesoría jurídica de cada Inspección tendrá a su cargo la atención de todos los aspectos relativos a la tramitación de una multa después de su ejecutoriedad, especialmente en lo relativo al traspaso para su cobro a la Tesorería General de la República. Esto se refiere principalmente a la intervención de dicho órgano cuando se han presentado errores en el mecanismo de traspaso y cobro atribuibles al infractor y/o al Servicio.

ANEXO 11: Limitaciones a la procedencia de la refiscalización:

Este procedimiento de refiscalización se encuentra establecido para evaluar los

nuevos criterios de inspección que establece este cuerpo normativo, para así determinar si es o no un buen instrumento para guiar la labor fiscalizadora, estableciéndose un sistema de autocontrol respecto a dicha labor.

En primer lugar, podemos decir que existe una *autolimitación total*, ya que cuando se trata de infracciones puntuales que no se reiteran en el tiempo, infracciones en materias discutibles o en las cuales hay una jurisprudencia administrativa nueva, o cuando una norma especial así lo indique, no procede la refiscalización. Así se evita que las actuaciones de la Dirección del Trabajo supere los márgenes de la legalidad.

En segundo lugar existe lo que podemos llamar una *autolimitación parcial*, ya que se permite refiscalizar, pero no de forma indefinida, sino que un número de veces establecida, en este caso 2, para así maximizar los recursos del servicio y evaluar la recepción de las nuevas políticas fiscalizadoras por parte de los fiscalizados. También procede la refiscalización en forma limitada cuando exista norma especial que así lo ordene.

ANEXO 12: Pauta para investigación de beneficios previsionales:

En el anexo 12 se contienen las pautas para investigación de los beneficios previsionales, lo que está más referido a la procedencia de éstos. En estos casos la Dirección del Trabajo no puede actuar de oficio, ya que debe ser requerida previamente por la unidad pertinente del INP. Sin embargo, una vez requerida su actuación, los inspectores del trabajo tiene las más amplias facultades para investigar, lo que se manifiesta en las atribuciones en materia probatoria que tienen: visita al lugar donde se prestan o prestaron los servicios, examinar y exigir documentación, tomar declaraciones juradas a trabajadores, empleadores y a terceros, entre otras. En este caso el límite a la actuación de la Dirección del Trabajo viene dado, paradójicamente, en el mismo requerimiento que le confiere la facultad de investigar, toda vez que está referido estrictamente a ciertos hechos puntuales.

Las indagaciones están dirigidas a constatar la veracidad dichos hechos, como por ejemplo: la efectiva existencia del empleador y su actividad económica, existencia de relación laboral, parentesco entre solicitante y beneficiarios, magnitud de las remuneraciones, etc.. Con todo, los hechos constatados en el informe del fiscalizador serán calificados por el INP para estimar si procede el beneficio solicitado, es decir, el fiscalizador no puede realizar juicios de valor respecto a los hechos investigados, excepto cuando se emite informe de fiscalización de trabajos pesados, pero sólo respecto a las declaraciones del trabajador.

Cuando uno pretende fundamentar algo, que en este caso es el control sobre la relación laboral, se encuentra con varios problemas propios de la ciencia. De partida encontrar cimientos seguros, los que en el Derecho del Trabajo suelen derivarse de la práctica y por ello existe el principio de primacía de la realidad. Si no atendiera a cómo se manifiesta hoy la subordinación, caería en criticar directamente las bases de la relación laboral y no la necesidad de controlarla. En segundo lugar, procuro fundamentar la existencia de esta fiscalización por parte de la Dirección del Trabajo, tanto desde afuera como desde adentro de la disciplina, por lo que urge delimitar cuánto abarcará mi planteamiento. De otro modo, necesitaría de un regreso infinito para efectos de

fundamentar las premisas en que se basaron las propias premisas que señalo. Para que esto no se produzca, interrumpiré el procedimiento en el pensamiento ilustrado, pues el Derecho del Trabajo es una disciplina evidentemente moderna, que responde a requerimientos propios del capitalismo. Construiré así un argumento desde la modernidad y desde la realidad. Como tampoco trato de sentar una teoría general del Derecho, deberé considerar ciertas premisas como dadas, sin dejar de establecer los posibles argumentos en su contra.

I.

1. La sociedad y la relación laboral

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos³. Sin embargo, la relación laboral es por definición un vínculo entre partes desiguales, que denominamos empleador y trabajador. Esta aparente contradicción entre la Constitución Política y el Derecho del Trabajo refleja en el ámbito legal una paradoja que es mucho más profunda en el plano filosófico. De seres que al menos deontológicamente han nacido como iguales, han devenido dos entes cuyos intereses son parcialmente antagónicos. El pensamiento moderno ha plasmado en los códigos legales la autonomía de los individuos, limitando el poder de los gobernantes. Pero al cambiar el sujeto que ostenta el poder, desde el Estado a los conjuntos empresariales, cabe cuestionarse sobre la aplicabilidad de normas que fueron dictadas para una realidad que ya no existe.

Una *sociedad* es una asociación de personas que reconocen ciertas reglas de conducta como obligatorias en sus relaciones, actuando en su mayoría de acuerdo a ellas. Pues bien, estas reglas especifican un sistema de cooperación, el cual está dirigido a satisfacer ciertos principios de justicia. La Constitución Política sigue la concepción tomista de bien común, consagrando que el Estado está al servicio de la persona humana

³ Artículo 1º inciso 1º de la Constitución Política de la República.

y que para tal fin debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización posible.⁴ La nación se organiza jurídicamente, con lo que deviene en Estado y establece el trazado de cancha dentro del cual los sujetos se manifiestan.

Aunque la sociedad sea una empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas, se caracteriza por opuestos: tanto por una identidad como por un conflicto de intereses. Según John Rawls (1921-2002) las personas se agrupan, porque la cooperación social mejora la vida que tendría cada una de ellas si buscara satisfacer individualmente sus necesidades. Las escuelas, los hospitales y los caminos dan cuenta de esto, por ejemplo. Pero las personas difícilmente acordarán la manera en que deben distribuirse estos mayores beneficios. Rawls asume que cada uno buscará el máximo provecho individual posible, lo que requiere un conjunto de principios que permita escoger entre los distintos arreglos sociales. Con ellos se podrá suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas.⁵

La situación que constituye la *relación laboral*, en tanto, es antagónica en el fondo y no sólo en la forma en que debe distribuirse la ganancia de una sociedad. Estableceré cinco criterios diferenciadores entre el vínculo social y el laboral, que dan cuenta de la fragilidad de este último. Los cuatro primeros debieran ser aceptados por la mayoría de las corrientes en ciencias sociales. En el apartado siguiente ofrezco un quinto argumento propio del marxismo, cuyas consecuencias son admitidas por el pensamiento liberal.

Primero, la sociedad tiene en la nación a un grupo de personas que comparten elementos comunes como su etnia, su historia, cultura, religión, idioma y territorio. Pero por sobre todo los agrupa un sentido de pertenencia, que se sobrepone a la falta de cualquiera de los elementos concatenadores mencionados. Los trabajadores, en cambio, no tienen necesariamente vínculo alguno con sus colegas o con su empleador. Pueden tenerlo, pero no es uno que los constituya, sino uno contingente. Empíricamente la distancia entre los sujetos de la relación laboral es cada vez mayor, por cuanto la tendencia de la economía mundial es hacia las sociedades anónimas y los *holdings* empresariales por un lado; y hacia el flujo de trabajo por el otro. Suponer hoy que uno entra cuando joven a una empresa y que se jubilará en ella es una ingenuidad, que si se dejó de sostener como acción hace décadas, en estos días no se mantiene ni en el discurso. El antagonismo que genera cualquier conflicto de intereses no tiene un sustento de empatía como el que genera la nación, en el cual apoyarse para soluciones comunes.

En segundo lugar, en la nación los intereses son difusos. Por ello el acuerdo sobre qué es justicia es más bien un convenio marco, como el de una Constitución Política. Las personas pueden estar de acuerdo en muchos aspectos y discutir en otros sin contradecirse. Las relaciones tienen una infinitud de posibilidades. En la relación laboral, como una de tantas áreas reguladas por el Derecho, los intereses se delimitan mejor. No es necesario sicologizar el siguiente argumento, por lo que no me detendré ni en la filantropía de algunos empresarios ni en los trabajadores *ad honorem*, mucho menos en

⁴ Artículo 1º inciso 4º de la Constitución Política de la República.

⁵ RAWLS, JOHN. 1999. *A Theory of Justice*. Cambridge, Belknap Harvard, p. 4.

que el trabajo dignifica al hombre o que lo constituye como tal. Los empleadores contratan trabajadores para obtener mayores utilidades y éstos buscan trabajo para recibir un sueldo. Las utilidades aumentan en la medida que los costos disminuyen y, por cierto, la remuneración de los trabajadores es un costo. En la relación laboral misma está el antagonismo de intereses, si pasara esto en una sociedad jamás lograrían devenir en Estado.

Esta contraposición de intereses puede ser discutida a través de ejemplos como los bonos de producción, donde ambos, trabajador y empleador se ven beneficiados. Éste es sin embargo un argumento empírico y no contraviene la lógica bajo la cual la competitividad está dada por la reducción de los costos en un sentido general. Porque si el empleador disminuye las remuneraciones al punto que los trabajadores se encuentren de sobremanera insatisfechos, estos producirán probablemente menos, con lo que la relación costo-utilidad decrecería. El bono de productividad, como las comisiones por venta, favorecen la relación costo-utilidad del empleador, de otro modo no existirían. El conflicto de intereses entre empleadores y trabajadores está en la base de la relación, pese a notables vías de enriquecimiento común.

De ambas distinciones se deriva una tercera, más débil por ser sólo institucional. Si en la sociedad los conflictos de intereses se dan entre personas con un sentido de pertenencia y sus intereses mismos son difusos, controlar el cumplimiento del pacto social se hace más difícil y menos necesario que en la relación laboral. Aún así la misma Constitución contempla un organismo autónomo llamado Contraloría General de la República, que entre las funciones enumeradas en el artículo 87, cuenta las de controlar la legalidad de los actos de la administración, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco y de las municipalidades, juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo los bienes de estas entidades y llevar la contabilidad general de la nación. Aunque las personas se unan por intereses comunes, siempre se puede sacar un provecho particular mayor por medio de lo que hemos denominado ilegalidad. Con mayor razón puede caer en ella una relación como la laboral, donde ese mayor provecho es directamente obtenible violando los derechos de quienes lo produjeron.

Por último, las teorías del contrato social, desde John Locke (1632-1704), Jean Jacques Rousseau (1712-1778) e Immanuel Kant (1724-1804) hasta sus revisiones actuales, parten de la base hipotética de una situación inicial de simetría. Ante la evidencia de la propiedad privada, la condición de Locke es que el derecho sobre los objetos sin dueño se origina al mezclar con ellos el trabajo propio. Esto sería aceptable sólo en la medida en que se deje suficiente y que no se empeore la situación del resto.⁶ Es decir, mientras se mantenga la igual posibilidad para todos de hacerse dueños de algo. Rawls llega incluso a la abstracción de que los sujetos excluyan su conocimiento acerca de las contingencias que los hacen desiguales. Esta posición original es estrictamente hipotética, pero sirve para construir un procedimiento. En ella todos acuerdan, por aversión al riesgo, permitir futuras desigualdades solamente si éstas favorecen al peor situado en la sociedad. Como no saben si les tocará un pozo petrolero

⁶ Pese a su importancia para el desarrollo de una teoría de la propiedad privada, pertinentes críticas lo han dejado obsoleto. Por todos, *vid.* NOZICK, ROBERT. 1974. *Anarchy, State, and Utopia*. New York, Basic Books, pp. 174-182.

o uno de barro, el acuerdo suscrito de aceptar ciertos principios sería justo; con la debida reserva de tratarse de sujetos morales. Es interesante constatar que este mecanismo se reitera en el Derecho Civil cuando éste legitima la capacidad para contratar en la autonomía de la libertad y en la igualdad de las partes.

En su carácter fuertemente histórico, el Derecho del Trabajo no ha podido apropiarse de la metáfora contractualista, por cuanto su misma existencia está justificada por la diferencia inicial de las partes que pactan. También éstos quieren el pedazo más grande, pero de una torta donde ya está definido que el propietario es uno y el pastelero es otro. En este sentido, el Derecho del Trabajo no es imparcial y así lo señalan los principios que le son propios, los cuales no pueden justificarse por el consenso de una situación inicial de igualdad. De otro modo, y ya en un plano de mera delimitación científica, la relación laboral debiera regirse directamente por el Derecho Común.⁷

Estas cuatro diferencias relativizan la pretensión filosófica de igualdad. Para Rawls, los que creen en distintas concepciones de justicia estarán al menos de acuerdo en que las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas. Vuelvo en esto al comienzo, el Derecho del Trabajo existe como disciplina moderna a raíz de la distinción empírica entre dos condiciones: la de trabajador y la de empleador. No se la considera arbitraria en tanto somos libres y al menos en un plano especulativo cualquiera podría ser de acuerdo a sus capacidades el que manda o el subordinado. Pero aún si el Derecho del Trabajo fuera imparcial y no supiéramos si nos tocaría ser trabajadores o empleadores, en el argumento de Rawls decidiríamos asegurar el máximo de derechos posibles al trabajador. Una teoría individualista que privilegie la libertad en vez de la igualdad expuesta presenta el problema del fundamento para las extremas diferencias sociales. Éstas se dan en la naturaleza arbitrariamente, lo que no puede calificarse en sí mismo de inmoral. Según Robert Nozick (1938-2002), debe defenderse la propiedad justamente adquirida de quien recibió a su vez por medio de un traspaso justo. Frente a esto, cae nuevamente el argumento histórico, ¿hay siquiera algo en nuestro continente que no haya sido adquirido por la fuerza en algún momento de los últimos siglos? El Derecho del Trabajo no responde la pregunta, sino que acepta la situación: hay propietarios y no propietarios. Son desde la teoría a la práctica enteramente distinguibles.

En resumen, el Estado requiere controlar aquellas relaciones que tiendan a manifestar intereses contrapuestos, por ello existe el Tribunal Constitucional o el Tribunal Calificador de Elecciones. Además, la relación laboral es más compleja que una reproducción en pequeño de la sociedad, porque no hay caracteres nacionales que los lleven a asociarse; en su base los intereses de ambas partes no son comunes, sino contrapuestos; y no existe una situación equitativa inicial. Si no hubiera ley que regulara específicamente la relación, los individuos regidos por el principio de la autonomía de la voluntad perseguirían el interés propio, el cual atentaría constitutivamente contra el común. Dado que el deber del Estado es promover este último, la legislación laboral no sólo es constitucional, sino que postularé que su fiscalización es necesaria. Entendida en

⁷ Esta es la línea actual de Néstor de Buen. *Vid.* DE BUEN, NÉSTOR. 2004. Derecho del Trabajo 1. Ciudad de México, Librería Porrúa Hnos. y Cía., 673 p.

un sentido filosófico, es decir que puestas las condiciones como están, no pueda ser de otro modo.

2. La ganancia capitalista

Ya en Aristóteles la justicia consistía en abstenerse de obtener ventajas a través de lo que perteneciere a otro. El pensamiento ilustrado halló dificultades en congeniar sus ideales de libertad con los propios del ejercicio de ella. Así para Rousseau, el fundador de la sociedad civil fue el primero que dijo que un terreno era suyo luego de cercarlo. Pero lo que lo constituyó en dueño fue que hubiera gente lo suficientemente simple para creerle.⁸ Llevar a la práctica la libertad implica reconocer que ésta puede ejercerse sobre los objetos. Eso es lo que hace el dueño de una empresa, el cual decide sacarle provecho económico a los factores con que cuenta. El ideal moderno de la libertad reconoce sin excepción la existencia de la propiedad privada en este sentido.

Sin embargo, la misma tradición de pensamiento ha sido incapaz de justificar la posición del hombre como uno de los factores de producción, junto con la tierra y el capital. Basta basarse en Kant o en el cristianismo, a estas alturas parte del sentido común occidental. Para el primero, la naturaleza racional existe como un fin en sí mismo, todo ser humano está constituido por esa característica. Por ello lo de comportarse como si se quisiera que ese comportamiento fuese una máxima universal. Se trata de una igualdad aparente que impide utilizar a otro ser humano como medio. Mientras que el riesgo del capitalista está en lo que él justamente llama medios de producción.

No se requiere sostener una humanidad absoluta, pues quienes han establecido *a priori* un dios o bien la finitud humana, no han justificado que una persona sea un medio para la utilidad de otra. De más está decir que la Iglesia Católica lo ha aceptado en numerosas encíclicas, incluso en una muy relevante como “Rerum Novarum”, pero no lo ha justificado. No sólo no se amaría al prójimo como a uno mismo, sino que se dejaría de considerar como tal. Bajo este panorama es pertinente enunciar lo que Karl Marx (1818-1883) entiende por *explotación*, término más restrictivo que la dominación propiamente política, que cumple con tres requisitos copulativos. Primeramente, es un intercambio desigual de valor bajo determinadas condiciones. En segundo lugar, este intercambio debe darse de tal manera que la valorización de uno de los términos conlleve la desvalorización del otro. Por último, es necesario que esa desvalorización tenga como causa la valorización del otro. Éste es un concepto económico. La fuerza de trabajo es una mercancía que produce más valor que lo que cuesta en el mercado. La diferencia entre ambos costos es lo que Marx llama plusvalía. Su extracción por parte del capitalista es la que se resume bajo el término explotación.

Es necesario detenerse en el tercero de los requisitos enunciados. Por él no se aplica la lógica del regalo y se puede distinguir entre *desvalorización en sentido absoluto*, donde la valorización de uno conduce directamente a la desvalorización del otro; y

⁸ ROUSSEAU, JEAN JACQUES. 1998. Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres. Madrid, Alba, p. 102.

desvalorización en sentido relativo, donde la valorización de uno conduce a que se diferencie la valorización de otro. Para los liberales, el segundo concepto no es injusto en modo alguno. Dada la imparcialidad del contrato social, nada reprochable habría en que unos pocos obtengan mayores beneficios con tal que se mejore la situación de los que menos tienen. De este pensamiento se deriva la así llamada teoría del chorreo, según la cual la acumulación de capitales en las capas altas genera mayores beneficios para las bajas por medio de su contratación como asalariados. Es lo que queda luego que se hayan repartido todos los objetos sin dueño, en la condición de Locke. Un contrato honesto no violaría la humanidad de quien acepta libremente ser un medio.

El Derecho del Trabajo nace como reacción a los abusos del poder, no a su lógica. Puesto así, reconoce lo que Marx denomina explotación, pero no lo considera injusto en tanto circunscrito a normas que regulen fehacientemente la relación laboral. De acuerdo al artículo 3º b) del Código del Trabajo, el trabajador es toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo. Cuando el artículo 41 define remuneración no hace mención alguna a una proporcionalidad con lo producido. De hecho la jurisprudencia la ha considerado unánimemente como una retribución. Esto es, como una contraprestación independiente de la ganancia producida para el empleador.

Frente al panorama expuesto, cabe preguntarse por qué los empleados aceptan someterse a un sistema que les retribuye menos que el valor de su trabajo. Aunque las respuestas no son sencillas, sí pueden alcanzarse desde el sentido común. Todavía deben concederse dos argumentos a Nicolás Maquiavelo (1469-1527). Primero, que la dificultad para conservar un sistema antiguo es menor que para uno nuevo, basta con no cambiar el orden de las cosas establecido por los antepasados y saber actualizarlo de acuerdo a los acontecimientos. Es parte de lo que hace el Derecho, permitiendo que se olviden los orígenes y posibles causas del cambio social. En segundo lugar, la seguridad origina una habitual negligencia en quienes se ven beneficiados por ella.⁹ No es necesario recurrir a más argumentos, los cuales exceden por mucho el ámbito de esta fundamentación; pero sí cabe destacar uno innegable: el capitalismo ha elevado los estándares de vida. Otra cosa es cuestionarse a qué precio, pero los trabajadores que han visto mejorada su situación tienen en ella un motivo para aceptar conscientemente la extracción de su plusvalía.

Una obligación no es natural bajo ningún punto de vista, por lo que no es del todo erróneo que uno elige ser trabajador o empleador. Sin embargo tampoco es menos cierto que la economía genera deberes, definiendo personas;¹⁰ y que difícilmente se dan en la práctica las oportunidades que permitan a quien se lo proponga ser el que manda.

En síntesis, la relación laboral está basada en la apropiación de valor producido por el trabajador, por parte del empleador. La modernidad la legitima en la autonomía de la voluntad, pues nadie puede obligar a alguien a trabajar en un determinado oficio; y desde ella en la propiedad privada, pudiéndose hacer lo que uno quiera sobre las cosas de las

⁹ MAQUIAVELO, NICOLÁS. S/a. El Príncipe. Santiago, Colicheuque, pp. 7 y 66.

¹⁰ *Infra*. II. 2. El poder, lo puesto y lo impuesto, pp. 27-33.

que es dueño, como sacarle provecho económico. Por el mismo hecho que una parte esté dispuesta a que otra se apropie de su plusvalía, la relación es frágil, pues lleva a que una dependa de la otra. Así, sin fiscalización la apropiación de plusvalía relativa podría caer en la absoluta, como ocurrió con el saqueo de las colonias. Es decir, es porque está controlada su prohibición que no se extrae más plusvalía. He aquí un quinto argumento en favor de la fiscalización de la Dirección del Trabajo.

3. La relación laboral y el contrato de trabajo

El Derecho Civil que separó al Estado de la nobleza tuvo una importancia histórica tal que hasta hoy rige a las naciones occidentales. Las nuevas necesidades de subsistencia que creó, empero, el término del vasallaje dieron lugar al intercambio de fuerza de trabajo por un salario. Los abusos cometidos hicieron insuficiente la labor de árbitro por parte del Estado, que a comienzos del siglo pasado reconoce a una parte como débil y décadas más tarde pasa a ser parte del conflicto, haciéndolo tripartito. Mientras el Derecho Civil protege los intereses privados, el Derecho del Trabajo surge de intereses públicos, reduciendo la libertad contractual por medio de fijar límites a las relaciones laborales. Para el Derecho del Trabajo, la equidad no sería subjetiva, sino objetiva, medible de acuerdo a sus resultados y no de acuerdo a sus premisas.

Me he referido a la relación laboral en lo precedente y la consideraré el objeto de la fiscalización en lo sucesivo. Por ello vale aclarar primeramente qué la constituye. Para Guido Macchiavello, quien sigue a la doctrina italiana, el *trabajo* que es objeto del Derecho Laboral es “aquel realizado por los seres humanos, en uso de su libertad, en favor ajeno, en virtud de contrato, en el sector privado, consistiendo en una actividad laborativa lícita, remunerada, que se ejecuta subordinadamente”.¹¹ Es fundamental la característica de ser realizado por cuenta ajena, pues ella determina los motivos expuestos para fiscalizar. La misma relación sostiene que una de las partes trabaja para los negocios de la otra. Lo cual da plena fe de la aceptación por parte del Derecho del Trabajo de la apropiación de plusvalía. El trabajador de la relación laboral produce para otro, en caso contrario no habría vínculo alguno y estaríamos ante lo que se denomina un trabajador por cuenta propia o un microempresario. Si se trabajara para producir lo necesario para el solo individuo, no habría conflicto alguno de poder.

Macchiavello no requiere definir actividad laborativa, por cuanto diferencia bajo contraposiciones previas aquello que no se considera como tal. Pero para efectos de esta exposición sí es necesario. Recurro entonces al sentido natural de la expresión: la Real Academia de la Lengua Española entiende por trabajo “el esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza”.¹² Cuando ese esfuerzo cumple con los requisitos enunciados por el abogado chileno, estamos frente al objeto tradicional del Derecho del Trabajo.

He considerado más bien a la *relación laboral* como el objeto de la disciplina. De

¹¹ MACCHIAVELLO CONTRERAS, GUIDO. 1986. Derecho del Trabajo: Teoría Jurídica y Análisis de las Actuales Normas Chilenas. Santiago, Fondo de Cultura Económica, Tomo I, pp. 35-36.

acuerdo a Eugenio Pérez Botija “es la relación que se produce entre la empresa y los trabajadores; y está constituida por un conjunto de vínculos personales y patrimoniales que ligan entre sí a aquéllos, reconociéndoles derechos e imponiéndoles deberes de carácter moral y económico”.¹³ La gran discusión que ha dado la doctrina es acerca de si hay relación laboral sin existencia de contrato de trabajo. Dado que el principio de primacía de la realidad es tal vez el de mayor importancia en la fiscalización que ejerce la Dirección del Trabajo, opino contra la tradición latinoamericana. No se requiere un contrato para que exista una relación laboral, éste es un vínculo de hecho consistente en un poder que se ejerce entre dos partes en desigualdad de condiciones. Por ello suscribo la definición de Pérez.

Por otro lado, la existencia del Derecho del Trabajo está basada en el distinto pie en el que contratan las partes y qué más desigual que el caso en que ni siquiera se contrata a quien debe subordinación. Si el objeto es la protección, debe incluir a aquellos que no han firmado un contrato de trabajo. Así lo hace el artículo 8º del código al reconocer que toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, referido al contrato, presumirá su existencia. Esto me parece un avance significativo en una disciplina que sobre el particular comenzó considerando como sinónimos la relación laboral y el contrato que le daba existencia. Aunque todavía hoy se le dé más importancia a la voluntad que origina la relación, que a las consecuencias derivadas del vínculo jurídico de dependencia que establece.

Aunque el fundamento del Derecho radique en la naturaleza asociativa y en la debilidad instintiva del ser humano, su forma concreta es variable. El contrato de trabajo no da cuenta de la complejidad de la relación laboral, tal como el positivismo no da cuenta suficiente de la sociedad contemporánea. Para Patricio Novoa se trataría de una relación de Derecho Privado, pero que importa un interés público.¹⁴ Hay otros caracteres que hacen a esta relación especial, particularmente el hecho que se dé bajo una estructura mayor a las partes, que es la empresa. Además, la obligación puede surgir de negociaciones colectivas, tanto dentro como fuera de los sindicatos.

La Dirección del Trabajo fiscaliza el cumplimiento de la ley laboral en lo referente a

¹² Manuel Aedo y Claudio Vega especifican el carácter social del trabajo al definirlo como “aquella actividad, sea física o intelectual, desarrollada con la finalidad de obtener los bienes y servicios necesarios para la vida en sociedad”. AEDO OSORIO, MANUEL y VEGA ESPINOZA, CLAUDIO. 2001. La Facultad Fiscalizadora de la Dirección del Trabajo: Novedades en el Procedimiento de Fiscalización. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 4. Prefiero evitar los juicios de valor al definir los términos. En general por su inexactitud y en particular, porque creo que atentan contra una crítica a la relación de poder. En tanto indispensable para subsistir, poco puede llegar a importar que la actividad realizada produzca bienes y servicios innecesarios para la sociedad. Un trabajo por inútil no deja de constituir una relación laboral.

¹³ HUMERES NOGUER, HÉCTOR. 2000. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 16ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, p. 86.

¹⁴ NOVOA F., PATRICIO. 1998. La Fiscalización Administrativa de la Legislación Laboral y la Dirección del Trabajo. En: SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer A. Santiago, Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 184.

las relaciones que se dan dentro de la empresa. Una de las discusiones actuales está dada por la aplicación de los principios constitucionales dentro de ella. O sea que el trabajador tenga protegidos también los derechos de un ciudadano corriente en su lugar de trabajo. En palabras de Kant, que no sea sólo un medio. La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) ha recogido la doctrina mayoritaria respecto a que hoy la administración del trabajo, a través de los ministerios respectivos, debe tener como objetivo central integrar las políticas gubernamentales con las preocupaciones en el ámbito del empleo. Por ello, una vez justificada la distinción entre relación laboral y sociedad, cabía caracterizarla y ligarla al pacto que se supone la constituye, de modo de dedicarme en lo posterior a su control.

4. Historia

Cabe preguntarse por qué debiera uno referirse a la historia de la relación laboral y a su fiscalización, más aún cuando esto no se realiza de manera introductoria, sino que luego de haber argumentado acerca de la necesidad misma de fiscalizar. En primer lugar, las personas coordinan sus planes en la sociedad de manera mucho más eficiente en base a la confianza. El mejor argumento contra ella no es que los seres humanos *seamos* de una u otra forma, egoístas por ejemplo, sino que está en la historia de las mismas relaciones que queremos proteger. La suspicacia atenta contra la civilidad a la que aspira el Derecho del Trabajo, tentando a actuaciones que de otro modo no se llevarían a cabo. La historia de la relación laboral en la modernidad es en realidad la de la desconfianza entre empleadores y trabajadores, justificable en muchos casos y a lo menos entendible en todos los demás. En segundo lugar, la relación laboral ha sido puesta por el actual desarrollo del hombre. Nada permite suponer que se mantenga como tal en el futuro. Por el contrario, si se piensa de manera inductiva debiera superarse, tal como sucedió con la "cuestión social" de comienzos del siglo XX. Sostengo entonces, por un lado que los sujetos de la relación laboral actúan de acuerdo a los hechos que los preceden, y por otro, que esta realidad varía permanentemente. Una breve revisión histórica permitirá ubicar con precisión el intento sistematizador de la segunda sección de este trabajo.

La doctrina ha recogido cuatro períodos históricos en la relación laboral: el trabajo primitivo libre, la esclavitud, el régimen de las corporaciones y el trabajo libre dentro del régimen capitalista.¹⁵ Peca esta diferenciación de no distinguir más que el proceso occidental y de no insinuar un futuro distinto. En el fondo, de ser limitada a lo estrictamente funcional. En cuanto a los Derechos Humanos, Alan Dershowitz acaba de publicar un interesante planteamiento. Sus orígenes no serían divinos, ni naturales, ni menos positivos; sino la mera reacción histórica a los errores del pasado.¹⁶ Esto hace pleno sentido con la imposición del Derecho del Trabajo.

¹⁵ HUMERES NOGUER, HÉCTOR. *Op. Cit.*, p. 37.

¹⁶ DERSHOWITZ, ALAN. 2004. *Rights from Wrongs*. New York, Basic Books, 261 p.

En la Antigua Roma el trabajo era menospreciado, propio de pueblos vencidos. Lo que hoy podemos considerar trabajo profesional y libre no era remunerado, por lo que no existía dependencia alguna basada en el arbitrio. Quienes no eran esclavos, seguían en la etapa del trabajo primitivo libre; claro que esto no se vincula, porque a nadie se le ha ocurrido pensar que un médico en Roma respecto a la relación laboral no era distinto a un nómada entregando frutos a su tribu. Pero efectivamente son comparables en lo que hoy consideramos filantropía, pero que no lo era entonces, en tanto modo de vida de esos grupos humanos.

Las corporaciones surgidas hacia los siglos X y XI alcanzan su mayor desarrollo entre los siglos XIII y XV. Los miembros de un gremio eran los aprendices; los compañeros, que eran los que realmente realizaban el trabajo; y los maestros; todos protegidos por el señor feudal. No es el capitalismo el que se basa en la idea de libertad de la Revolución Francesa como tradicionalmente se ha sostenido. Por el contrario, es la burguesía la que al terminar con el feudalismo a través de su visión de mundo, la capitalista; genera las condiciones para la Revolución Francesa. Ésta asegura su predominio primero a través del contrato y luego por la ley. La libertad antecede así, tanto lógica como temporalmente, a la obligatoriedad. Del salario justo, cuyo componente era ético, se pasa al precio de mercado. Los empleos se especializan y perfeccionan, luego de la creación de máquinas. Si en el medioevo existía un espíritu asociativo, en los tiempos modernos aparece la contraposición de intereses; a la producción unitaria la siguió una en masa.¹⁷

Los sindicatos aparecen en el último siglo, luego de doscientos años de capitalismo, y con ellos comienzan los contratos colectivos y las huelgas. El potencial social y personal del trabajador se multiplicó. Pero hoy es cada vez mayor el reemplazo del trabajo humano por la máquina y aparece entonces una burocracia poderosa que no produce; solamente administra y obtiene utilidades por ello. La violencia de la “cuestión social” en las salitreras no se ve superada completamente en otras áreas productivas. Si todos produjesen, no se requeriría más un par de horas diarias de trabajo para vivir. O sea, quienes ven apropiado su valor por el capitalista además subsidian el trabajo de la burocracia.¹⁸

El rol protector que toma el Estado respecto a las relaciones laborales toma cuerpo con el intervencionismo, primero tripartito y hoy cada vez más bilateral respondiendo a las doctrinas neoliberales. La fiscalización laboral es una forma de control preventiva, que aparece a través de oficinas estadísticas como la fallida creación del Ministerio del Progreso y del Trabajo en 1848 en Francia. Basado en los principios de la Revolución Francesa, se estatuyeron primero Comisiones de Notables y luego organizaciones

¹⁷ MACCHIAVELLO CONTRERAS, GUIDO. *Op. Cit.*, pp. 18-27.

¹⁸ No hay crítica suficiente a este planteamiento como para haberlo olvidado de la discusión pública. En vez de planificar centralmente el mercado, una propuesta que no contradice los principios liberales es la de simplemente limitar en lo legal la apropiación de plusvalía. Esto evidentemente disminuye la burocracia, que es ineficiente y cara, sin atentar contra el derecho constitucional de emprender actividades económicas. Sólo se asegura que quien produzca reciba un porcentaje importante del valor por él añadido.

sindicales, que ejercían una especie de autotutela sectorial. El fracaso de ambos métodos de control se debió indefectiblemente a su falta de imperio, es decir a no tener una potestad imperativa por sobre los sujetos fiscalizados. A fines del siglo XIX se formaron en Inglaterra las “Comisiones”, encargadas de velar por la justicia dentro de las relaciones de trabajo. Instituciones análogas se crearon en Alemania (1882), España (1883) y Francia (1894), todas conscientes de la necesidad de una intervención directa del Estado como tercera parte. Para comienzos del siglo XX una veintena de países ya poseía un sistema de inspección.

La Primera Guerra Mundial demostró que el sentido de pertenencia nacional era mucho más fuerte que el de clase;¹⁹ y creada la Sociedad de las Naciones, se constituye en París una comisión para el estudio de la aplicación de leyes sociales. En 1919 se presenta un proyecto sobre la O.I.T. que se incorpora al Tratado de Versalles, declarándose la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo. Se resalta la necesidad de organizar en cada Estado un Servicio de Inspección del Trabajo, que tuviese por finalidad velar por la aplicación real y efectiva de las leyes y reglamentos de protección a los trabajadores. La O.I.T. fue constituida como un órgano tripartito, cuyo fin es promover criterios para las conductas y normas internacionales.²⁰ En 1947 se aprueba el primer convenio. Chile se ha ceñido a mucho de lo dispuesto por ellos, pero no ha ratificado ninguno.

En el plano interno²¹, recién en 1907 se crea la Oficina del Trabajo, cuya primera comisión fracasó por falta de recursos. En 1910 se confeccionan estadísticas sobre las actividades productivas y cuatro años más tarde ofrecen un servicio gratuito de colocación de obreros. Con la primera ley sobre accidentes del trabajo en 1916, se crean nuevos tipos de inspectores; y finalmente en 1919 se establece su organización y sus funciones. Entre éstas aparece la que nos incumbe: inspección y vigilancia directa del trabajo, con el objeto de garantizar el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y administrativas.

En 1924 pasa a denominarse Dirección General del Trabajo, dependiente primero del Ministerio del Interior, desde 1927 del Ministerio de Bienestar Social y desde 1940 hasta hoy del Ministerio del Trabajo, con carácter de organismo autónomo y fiscalizador por el D.F.L. n° 3551 de 1981. Desde 1960 se denomina Dirección del Trabajo, la cual encuentra su norma orgánica en el D.F.L. n° 2 de 1967. Desde entonces y pasando por el

¹⁹ *Supra*. 1. La sociedad y la relación laboral, p. 5.

²⁰ Así por ejemplo, en la Recomendación n° 5 se señala el deseo que todos los Estados implanten lo más pronto posible un sistema de fiscalización que garantice la vigilancia efectiva en las industrias; y la Recomendación n° 20 establece principios generales para la organización de servicios de inspección destinados a asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos para la protección de los trabajadores. Sin embargo, no produjeron el efecto querido por tratarse de propuestas de carácter unilateral no vinculante.

²¹ Sigo a NOVOA, PATRICIO. *Op. Cit.*, pp. 181-184, además de las tesis de AEDO OSORIO, MANUEL y VEGA ESPINOZA, CLAUDIO. *Op. Cit.*, pp. 16-23; y MELIS VALENCIA, CHRISTIAN. 1996. La Dirección del Trabajo y la Fiscalización Laboral. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pp. 11-16.

Plan Laboral de 1979, ha ampliado considerablemente sus facultades, creándose un rico debate acerca de su potestad en lo futuro. Ofreceré a la discusión un orden en el que a través del control administrativo, la Dirección del Trabajo pase a ser el eje central del sistema. Es la conclusión que se puede seguir de que ella recepcione el mandato genérico del artículo 2º inciso 3º²² y el particular del artículo 476 del Código del Trabajo²³ actuando como Estado en esta disciplina. Sin olvidar que la revisión histórica de la relación laboral lleva a considerar la disciplina Derecho del Trabajo como de época, casi contingente.

²² Corresponderá al Estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios.

²³ La fiscalización del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación corresponde a la Dirección del Trabajo, sin perjuicio de las facultades conferidas a otros servicios administrativos en virtud de las leyes que los rigen.



1. Los principios y la previsibilidad

Para una comunidad humana viable, Rawls considera insuficiente el solo acuerdo en las concepciones de justicia. Habría otros problemas sociales fundamentales como la *coordinación*, la *eficacia* y la *estabilidad*. Por ello se debe congeniar los planes de los individuos de modo que sus expectativas legítimas no sean dañadas.²⁴ A la luz de lo expuesto en el apartado segundo de la primera parte, la propiedad privada legitima en el sistema legal la ganancia capitalista sobre sus propios bienes de producción. De más está señalar la legitimidad de la remuneración del trabajador, por lo tanto urge crear un sistema específico en el cual puedan acomodarse ambos intereses. Su eficacia estará dada por la correlación que tenga respecto a lo que la sociedad entiende por justicia. Y la estabilidad del esquema de cooperación social la dará a mi entender la misma compatibilidad con lo que entendemos por justicia, claro que en su aspecto más voluble. Los cambios en lo que consideramos justo para las relaciones laborales se han dado con mucha mayor rapidez que en otras áreas,²⁵ comenzando porque en países como Chile el

²⁴ RAWLS. *Op. Cit.*, pp. 5-6.

²⁵ *Supra*. I. 4. Historia, pp 16-21.

proceso de industrialización ha resumido en un siglo lo que en Europa se dio en cuatro.

Que los principios de justicia para el sistema social no satisfagan los particulares de la relación laboral no debe llamar a rechazar aquéllos. Por el contrario, su fuerza debe ser productiva y llevarnos a establecer un sistema propio, que en su especificidad sea funcional a los principios generales.

En un sentido genérico los *principios* son un conjunto de estándares que no son normas y que plantean una exigencia de moralidad. Américo Pla agrega que sirven para fijar el verdadero sentido y alcance de las normas, para desentrañar su contenido y la real intención de los sujetos contratantes. O sea para interpretar lo ya regulado. Los principios no se siguen automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas, ni éstos pretenden establecerlas para su aplicación. A diferencia de las normas, pueden ser contrarios entre sí sin que uno se invalide. El método para su aplicación es más bien sopesarlos, pues tienen una dimensión de la importancia. La Dirección del Trabajo no controla el cumplimiento de la ley en tanto ley, sino en tanto cristaliza un conjunto de principios que la sociedad ha decidido como justos y que pueden ser violentados a raíz de la contraposición de intereses entre ambas partes del contrato de trabajo. Tanto es así, que aún no existiendo contrato, se decide de acuerdo al principio de primacía de la realidad y la misma Dirección puede constatar la existencia de los caracteres propios de la relación laboral.

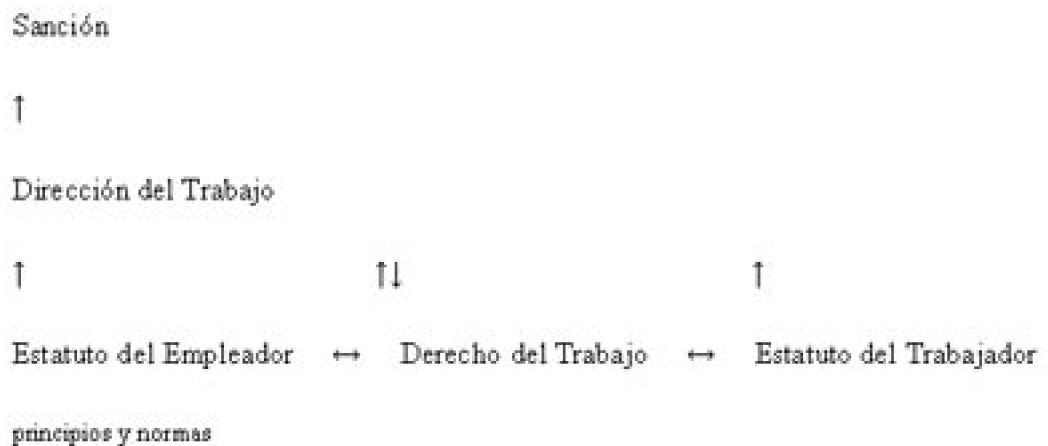
A diferencia del Derecho Común, el Derecho del Trabajo tiene dos estatutos distintos: el del trabajador y el del empleador. Ambos están sujetos a las mismas normas y principios de la disciplina. Éstos últimos pueden resumirse en el principio protector²⁶, el de la irrenunciabilidad de los derechos, el de la continuidad de la relación laboral para que tienda a ser indefinida, el ya citado de la primacía de la realidad y el de la integración normativa del contrato individual en el colectivo. Para efectos de su preponderancia debieran poder suscribirse al Derecho suprallegal, pero éste responde a un objeto distinto y es por ello que he comenzado la exposición diferenciando a la sociedad respecto de la relación laboral. La constitucionalización de estos principios, o al menos su vinculación al texto como sucede a través del derecho a la libertad del trabajo, debe estar protegida por una especie de superintendencia, análogamente a lo que realiza el Tribunal Constitucional respecto a la disciplina legal homónima. Con esto cumple la fiscalización de la Dirección del Trabajo.

Pretendo aportar a una sistematización del Derecho del Trabajo que goce de una cierta completitud. Más allá de la elegancia académica, creo en su aplicación práctica, pues facilita la resolución de los conflictos, al presentarse un orden de ítems a revisar. Por ejemplo: se da una violación de la norma, se estudia si concurre una excepción, luego qué presunción es aplicable, si el principio está consagrado, etc. Con un sistema se allana el examen de los conflictos con la consecuencia de hacer previsibles las

²⁶ Agrupa los principios *in dubio pro operario*, consistente en que frente a distintas interpretaciones de una norma debe preferirse la que sea más benévola al trabajador; *de la norma más favorable*, que ante concurrencia de normas vigentes sobre una misma materia también debe optarse por la que favorezca al trabajador, sin perjuicio de la jerarquía; y *de la condición más beneficiosa* que resuelve problemas de sucesión de normas de igual jerarquía, de acuerdo al cual la aplicación de una norma laboral posterior nunca puede derivar en la disminución de las condiciones en que se encuentre el trabajador.

decisiones. Para un Derecho que responde más a principios que a normas y en el cual aquéllas operan desde una aparente contradicción con el Derecho Común, la certeza jurídica de su aplicación debe ser de suma relevancia.

Quiero dejar en claro el esquema propuesto: el Derecho Laboral se basa en ciertos principios (no necesariamente positivados, y por ello sopesables), que son vigilados en su cumplimiento por la Dirección del Trabajo. Ésta opera de acuerdo a dos estatutos distintos, donde cada uno tiene normas particulares, que se reflejan en una sanción preestablecida. Esta sanción es recurrible ante tribunales especiales, lo que cierra, en cuanto a orgánica el esquema siguiente.



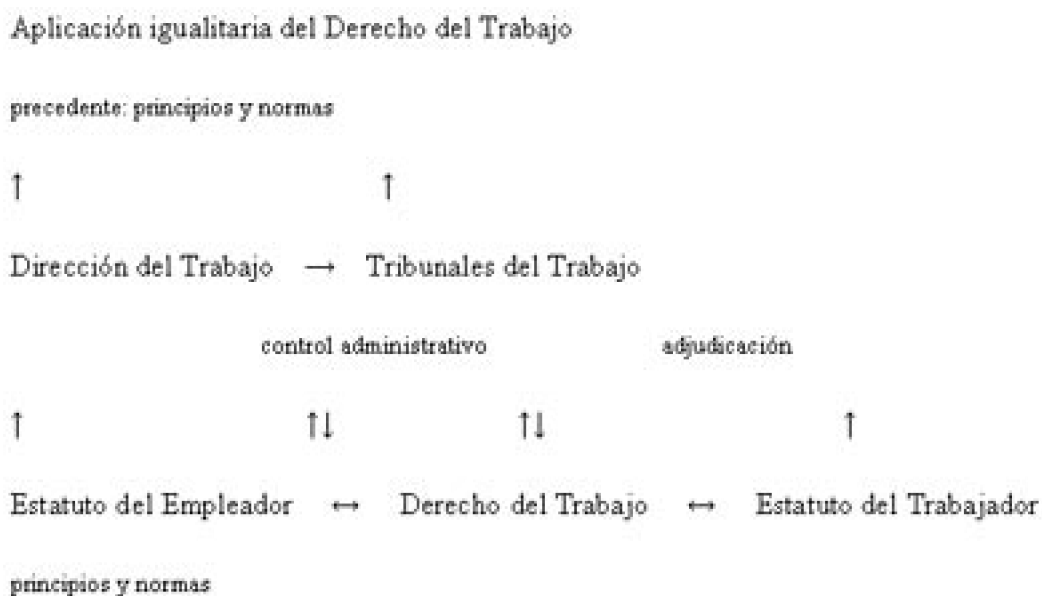
Si uno establece claramente los principios, delimitaría la competencia de los tribunales del trabajo en aquellas zonas poco claras de la ley. Ésta señala normas especiales, no existentes en otras disciplinas del Derecho continental, tales como el precedente, conocido como *doctrina* por la Dirección del Trabajo, y la igualdad de juicio dentro de la ya nombrada desigualdad de parte.

El precedente nos remite de inmediato al sistema angloamericano de adjudicación. Ellos realizan una diferenciación binaria en cada caso sometido a control. Supongamos el paso uno, ¿esta situación ha sido juzgada antes? sí. Paso dos, ¿qué se decidió? Si no se hubiese juzgado antes, el paso dos sería ¿hay un caso análogo en el Derecho del Trabajo? En ambas situaciones se revisa la doctrina, evitándose muchos trámites. Se logra una gran previsibilidad y con ello justicia, porque el trabajador sabe que si le pasó X, a eso debe imputársele Y. Además, en el Derecho chileno está siempre detrás el Código del Trabajo. Entonces, si no se ha juzgado antes y no hay norma ni caso análogo, la Dirección del Trabajo no puede continuar su labor fiscalizadora. Se da así un ahorro procesal.

Si hubo un juicio por tal tema, se limita a decidir acorde a él, pero de acuerdo a la realidad de las partes. Esto se sustenta en el interés público comprometido en la decisión, ya que no sólo empece a las partes, sino que al resto al constituir la doctrina fuente del Derecho del Trabajo. Que la Dirección se pretenda autónoma, le da al sistema una naturaleza cerrada, dependiente de ella. Por eso es fundamental que responda a un razonamiento sistemático. La sola norma no cumple toda su labor igualitaria, mientras no se alcance una previsibilidad y agilidad que permita su aplicación.

Las deducciones obtenidas de este planteamiento se topan con dos escollos. El primero es obvio, cual es que nuestro sistema es preponderantemente positivo y no jurisprudencial. El segundo es que la Dirección del Trabajo tiene jerarquía administrativa y en su carácter de centro estabilizador del Derecho del Trabajo tiende a caer en la inconstitucionalidad.

Uno tiene dos opciones ante un obstáculo: destruirlo o demostrar que se puede seguir el camino con él a cuestas. Sostengo que en un sistema positivo y jerarquizado como el chileno es posible la homogeneización en la aplicación de la ley y que ésta en el Derecho del Trabajo puede darse a través de la fiscalización en su aspecto administrativo y de la adjudicación en lo judicial. O sea, separando claramente ambas funciones, sin que por ello dejen de apuntar a lo mismo: la aplicación igualitaria del Derecho, de modo que los sujetos involucrados tengan certeza acerca de la legalidad de sus actos. Tanto para la adjudicación como para el control, la doctrina del precedente es útil y siempre ante la ilegalidad la Dirección del Trabajo podrá provocar el inicio de un proceso judicial.



De acuerdo al artículo 73 de la Constitución Política, nadie puede ser juzgado por un tribunal distinto al señalado por la ley. Esto incluye la prohibición a la Dirección del Trabajo en cuanto a interpretar los contratos, por ejemplo. El fiscalizador no puede nombrar la relación, pero sí puede constatar los hechos, constituyendo una presunción legal de veracidad, o sea un nuevo medio de prueba. La estabilidad la dará la regularidad del ejercicio de control, de otro modo los sujetos involucrados no tendrían estímulo para cumplir la ley. Su eficacia, en tanto, dependerá de lo señalado en un comienzo: que el control sea justo. La percepción de justicia que tengan las partes obedecerá en un alto grado de que no haya dudas acerca de la constitucionalidad de la fiscalización.

Para efectos de dar la certeza jurídica que la fundamenta, la Dirección del Trabajo debiera ser autónoma tanto en la forma como en el fondo. En la historia chilena ha demostrado actuar más de acuerdo a la filosofía política del gobierno de turno que respecto a la aplicación de su propia doctrina. Este argumento, por ser solamente empírico, no contradice la lógica planteada. En la medida que exista control sobre las

relaciones laborales, éstas tenderán a homogeneizarse en atención a la ley, volviéndose previsible. Esa es la vía para la igualdad y un nuevo fundamento para que exista fiscalización.

2. El poder, lo puesto y lo impuesto

Me he referido con insistencia a la fiscalización sobre la relación laboral y no sobre los sujetos involucrados o la aplicación de la ley. Esto tiene un propósito, cual es que lo que constituye la relación laboral no es otra cosa que un ejercicio de poder. Éste sobrepasa al fuerte y al débil, quedando solamente la fragilidad como unión. Sin control, ese vínculo tiende a desaparecer, porque no hay motivo para considerar al otro en tanto se opone a los intereses propios. No sostengo aquí cualidades inherentes a algo que pudiéramos denominar naturaleza humana. Por el contrario, la relación laboral como la conocemos es fácilmente historizable a partir de la Revolución Industrial. La diferenciación que quiero hacer en un modelo que justifique la fiscalización desde el poder, es entre lo puesto y lo impuesto.

El Derecho legitima los intereses de una sociedad al establecer en sí mismo la interrupción de la fundamentación. El trilema de Münchhausen, que señala que la raíz de los fundamentos puede buscarse infinitamente hacia atrás, tautológicamente o bien estableciendo de manera arbitraria un comienzo, se resuelve fijando al Derecho como lo justo. Aunque igualmente justas bajo este esquema, no todas las relaciones legales manifiestan de la misma manera el poder que implican. En aquellas que es más evidente la relación de poder, como sucede paradigmáticamente con la laboral, la ley no basta. No es suficiente porque la ganancia que se puede obtener contraviniéndola es mucho mayor al riesgo de ser sancionado. Conceder al otro lo que desea implica renunciar a lo que desea uno. Pretender que la pura filantropía sostenga la relación laboral es no concederle importancia alguna a la historia, que puede resumirse en la lucha por el poder manifestada generalmente a través de la guerra.

En segundo lugar, el poder en juego tiene un carácter vital, pues de él depende la subsistencia del trabajador y su familia. Si no hay un organismo que vele por el cumplimiento de los contratos, es porque en ellos se violenta nuestra autonomía y no el sustento, en tanto no se haya decidido comprometerlo. Si la familia es el núcleo de la sociedad ²⁷ debe cuidarse su manutención por sobre cualquier otra comunidad de personas.

El Derecho moderno surge para limitar el poder de los gobernantes. En la sociedad actual las políticas públicas las dictan no solamente los políticos, sino también los dueños de las empresas. Günther Jakobs va más lejos al señalar que en realidad es la economía la generadora de la obligación jurídica. Porque la obligación jurídica no sería una obra del espíritu subjetivo sino del objetivo. Por ello no podría deducirse de un contrato de individuos, sino que sólo se genera cuando a una persona que precisamente por ello es

²⁷ Artículo 1º inciso 2º de la Constitución Política de la República.

persona, se le impone conforme al entendimiento general un cometido en favor del interés común. Ese entendimiento no puede sustituirse por la mera coacción. Aunque comparto este último punto, es evidente el vicio del que adolece la fundamentación, que es el de suponer que la economía que existe es la que debe ser. Las consecuencias de este refinamiento sociológico son las de permitir que la economía nos constituya en tanto seres autónomos para contratar y no que libres como somos podamos contratar y elegir desde esto la economía que mejor nos plazca. Sin perjuicio de lo anterior, es interesante la constatación de dónde viene la obligación jurídica, originada para limitar el poder y hoy fundamentada en su propio ejercicio. Claro que no político sino económico. Si el Derecho Civil cumplió en el siglo XIX el rol histórico de limitar el poder político, al Derecho del Trabajo le corresponde hacerlo desde el siglo XX en adelante respecto al económico.

Pierre Vidal-Naquet expone desde los derechos humanos que el Estado interviene como tercero, contrariando la ley del más fuerte.²⁸ Se sustituye el poder del individuo por el de la comunidad, por más que él tenga el discurso de autoridad sobre su subordinado. El objetivo es que las relaciones laborales sean más equitativas. Con todo, no es necesario recurrir a intereses distintos a los que la propia sociedad ha planteado. De hecho el Banco Central es autónomo constitucionalmente, con lo que se entiende que para la nación la economía social de mercado es un valor que tiene que ser protegido desde la base del ordenamiento. Aunque sea posible cambiarla, asumiré a la sociedad moderna como puesta.

Una de las funciones de la fiscalización es la de enderezar conductas. Se trataría de una limitación a la libertad en tanto el objeto de control fuesen personas. En el caso de la Dirección del Trabajo suele creerse que son los empleadores los fiscalizados, cuando es en realidad la aplicación de la ley. La relación laboral es la que está en juego, pues en ella se manifiesta la contradicción entre las partes. Porque si se tratara de un asunto entre particulares, los derechos laborales no serían irrenunciables, sino que quedarían al arbitrio de los involucrados. La fiscalización busca homogeneizar la aplicación de la ley y con ella los requisitos mínimos del vínculo entre quien tiene el don de mando y quien lo acata.

Existe un nuevo tipo de vigilancia sobre la actividad de los hombres, que Michel Foucault (1926-1984) denomina *panóptica*. No importa cuál sea el lugar en el que el sujeto se ubique, habrá al menos algunas posiciones desde las cuales siempre podrá ser observado. Ésto se da a través de redes de control y se manifiesta tanto en los lugares de trabajo, como en las escuelas, las universidades, los tribunales y las cárceles. La productividad queda así permanentemente revisada, lo que viene a constituir un importante argumento en contra de la seguridad del trabajador en el empleo. No puede darse en la práctica la negligencia a la que hacía mención Maquiavelo. No hay seguridad si se es menos productivo y ni la fiscalización sobre la relación laboral puede asegurar lo que la panóptica quita.

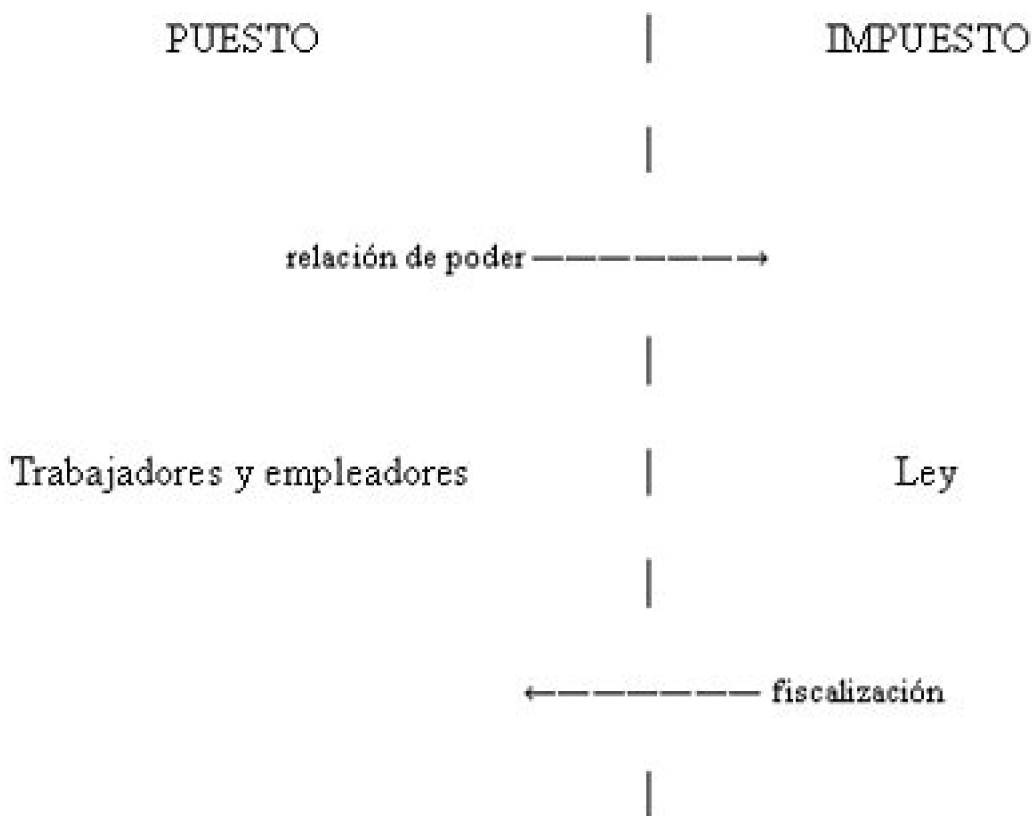
Frente a la vigilancia interna del ambiente de trabajo a través de supervisores, gerentes de recursos humanos y cámaras; la ley plantea una externa a través de sus

²⁸ Prefacio El Estado y la Máscara, en BENASAYAG, MIGUEL. 1998. Utopía y Libertad, los Derechos Humanos: ¿Una Ideología? Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires, p. 13.

inspectores. La vigilancia interna apunta a la productividad, la externa a la aplicación igualitaria de la ley. En ello no hay una diferenciación axiológica. El empleador vigila en tanto aquello le sirva a sus intereses. Si el control le saliera más caro que las pérdidas por no controlar, evidentemente no lo ordenaría. El Estado también fiscaliza de acuerdo a sus intereses, los cuales de acuerdo a la Constitución Política corresponden al bien común, entendido éste como la sociedad lo ha decidido.

Hasta acá no he considerado la contraposición enunciada en otros apartados entre los intereses del trabajador y los del empleador. Frente al poder más la vigilancia jerarquizada, continua y funcional de este último; el Estado vela por un mínimo de equidad en la relación por medio de un inspector externo. Cabe preguntarse por qué no existen más inspectores del trabajo o por qué estos no actúan dentro de las empresas, tal como los mecanismos a que echa mano el empleador. No es simple responder ni en un plano económico, frente a la escasez de recursos del Estado pocos se atreverían a sostener que se gaste en fiscalización antes que en educación o en salud; ni menos en uno filosófico, pues buscar la igualdad en todos los parámetros a evaluar, obliga a imponer desigualmente y de sobremanera las cargas. La conclusión debe darse acerca de en qué lugar de las relaciones humanas queremos igualdad, y las opciones son infinitas. La socialdemocracia en particular y el liberalismo en general apuntarían al menos en el discurso a la de oportunidades. Si así fuera, es evidente que un control interno de la aplicación de la ley excedería sus propósitos. Bastaría con que el trabajador hubiese tenido la oportunidad para ser empleador si poseyera las capacidades y las ganas. Por lo demás, los sujetos de la relación laboral pueden recurrir por su propia iniciativa a la Dirección del Trabajo y entablar las denuncias que estimen pertinentes. El ideal no es más fiscalización, sino que resuelto en el mero plano intersubjetivo no se abuse de la relación de poder. Un nuevo fundamento para la fiscalización es éste, el de consolidar conductas legales, que en el fondo la hagan innecesaria. Deteniéndonos un poco ése debiera ser el objetivo de todos los oficios: el médico trabaja para sanar enfermos y el abogado para resolver conflictos. Si se sanaran todos los enfermos y se solucionaran en el plano intersubjetivo todos los conflictos, ya no se necesitarían.

Las conductas que busca establecer la fiscalización son la respuesta de la ley a la relación de poder. Con todo, es innegable el artificio: el control busca ajustar una relación que la precede. Pese a que la misma ley ha legitimado el vínculo entre empleador y trabajador, si no hubiera ley de todos modos habría empleadores y trabajadores. Por ello considero a esta relación como puesta. Podría ser de otro modo, pero en la sociedad moderna se ha dado así. En cambio sin ley, no habría control de los excesos, por ello a la fiscalización la pongo en el lado de lo impuesto, tal como la obligatoriedad de la misma ley. Frente a la existencia de trabajadores y empleadores, el Estado ofrece ley para regular su relación de poder. Y se hace aplicable por medio de mecanismos de fiscalización.



Es el mismo ejercicio que hace el Estado con la economía. Como en toda economía mixta, el chileno es no sólo empresario, sino regulador y fiscalizador. La Dirección del Trabajo fiscaliza la relación laboral, no la producción. Con ello nos da un mensaje y es que el Estado ha decidido confiar en la búsqueda de ganancia de los individuos y no en la abstención de abusar del poder que le ha conferido la contingencia. Toda decisión de control es, como vemos, una profunda declaración de principios políticos. Sin fiscalización, los excesos los regularía el mercado: en tiempos de bonanza nadie aceptaría un trabajo mal pagado y sin previsión; pero durante una crisis, la mayoría estará dispuesto a ser explotado. La delicadeza de la relación laboral está dada por su necesidad.

Aunque en la relación laboral hay propiamente un dueño, es el aparato entero el que produce poder. El poder disciplinario puede ser así tanto indiscreto como discreto; primero porque están todos alertas del control mutuo, y segundo, porque funciona permanentemente y casi siempre en silencio. No se recurre a ningún exceso, el poder no es ejercido corporalmente; pero en tanto omnipresente y visual es tanto más físico que la violencia misma.²⁹ De hecho se ejerce a través de estímulos y castigos, como los que aumentan la remuneración en razón del cumplimiento de objetivos, o los que la disminuyen por atrasos reiterados. Lo que logra el empleador es normalizar a sus trabajadores. Lo que logra la Dirección del Trabajo no es normalizar a los empleadores, sino la aplicación de la ley como un mínimo. Es como un jardinero que no tiene escalera

²⁹ FOUCAULT, MICHEL. 2004. Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires, Siglo XXI, p. 182.

para arbustos, los podrá emparejar hasta los dos metros, pero luego de esa altura crecerán arbitrariamente. Se puede entonces criticar la normalización del control de los trabajadores, en tanto los regula por completo y no el de las empresas, en tanto les permite todo aquello que no atente contra las normas y principios del Derecho del Trabajo.

El trabajo se realiza en las empresas y a ellas no las constituyen los individuos, sino que organizaciones de personas. En su examen el poder pasa a un tercero, que es el Estado. Éste no es otro que la nación organizada jurídicamente, la que al momento de fiscalizar se apropia del poder que de otro modo tendría el empleador. El poder produce realidad y Paul Feyerabend (1924-1994) va más lejos: el saber no es más que su discurso.³⁰ El Estado tiene el poder y los ciudadanos lo aceptan porque lo creen legítimo, por eso han acordado que intervenga la relación laboral. Si la economía funciona de acuerdo a numerosas relaciones laborales, que sin perjuicio de la opinión del Estado, existen; éste impone lo que considera justo controlar de ellas. La fiscalización es el intento del Estado no sólo a favor de la certeza jurídica³¹, sino también de la alteración de la realidad, lo puesto, a favor del bien común.

³⁰ PÉREZ SOTO, CARLOS. 1998. Sobre un Concepto Histórico de Ciencia. Santiago, Lom, pp. 77-82, 177.

³¹ *Supra*. II. 1. Los principios y la previsibilidad, pp. 22-27.

III. BIBLIOGRAFÍA

I. Derecho del Trabajo

- AEDO OSORIO, MANUEL y VEGA ESPINOZA, CLAUDIO. 2001. La Facultad Fiscalizadora de la Dirección del Trabajo: Novedades en el Procedimiento de Fiscalización. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 231 h.
- DE BUEN, NÉSTOR. 2004. Derecho del Trabajo 1. Ciudad de México, Librería Porrúa Hnos. y Cía., 673 p.
- HUMERES NOGUER, HÉCTOR. 2000. Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 16ª ed. Santiago, Jurídica de Chile, 626 p.
- LIZAMA PORTAL, LUIS y UGARTE CATALDO, JOSÉ LUIS. 1998. La Interpretación Judicial y Administrativa del Derecho Laboral Chileno. En su: Interpretación y Derechos Fundamentales en la Empresa. Santiago, Conosur, pp. 55-95.
- LIZAMA PORTAL, LUIS. 1998. La Construcción Dogmática de Formas Atípicas de Contratación a través de los Dictámenes de la Dirección del Trabajo. En: IV CONGRESO REGIONAL AMERICANO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Globalización Económica y Derecho Individual del Trabajo.

- Santiago, Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 183-193.
- LIZAMA PORTAL, LUIS. 1998. La Dirección del Trabajo: Una Explicación de su Facultad de Interpretar la Legislación Laboral Chilena. Santiago, Fundación Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 247 p.
- MACCHIAVELLO CONTRERAS, GUIDO. 1986. Derecho del Trabajo: Teoría Jurídica y Análisis de las Actuales Normas Chilenas. Santiago, Fondo de Cultura Económica, Tomo I.
- MELIS VALENCIA, CHRISTIAN. 1996. La Dirección del Trabajo y la Fiscalización Laboral. Tesis (Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 358 h.
- MUÑOZ, MANUEL. 1995. Recursos de Protección en contra de la Dirección del Trabajo. Revista Laboral. Seguridad Social. 43: pp. 7-15.
- NOVOA F., PATRICIO. 1998. La Fiscalización Administrativa de la Legislación Laboral y la Dirección del Trabajo. En: SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Estudios en Homenaje al Profesor William Thayer A. Santiago, Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 181-200.
- URIBE, ENRIQUE. 1995. Facultades Fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo. Revista Laboral Chilena. VI (6): pp. 64-66
- WALKER ERRÁZURIZ, FRANCISCO. 2002. Administración del Trabajo en el Sistema Chileno de Relaciones Laborales: Análisis de la Dirección del Trabajo. En su: Derecho de las Relaciones Laborales. Santiago, pp. 1-16.

II. Ciencias sociales

- ALBERT, HANS. 1973. El Problema de la Fundamentación. En su: Tratado sobre la Razón Crítica. Buenos Aires, Sur, pp. 19-48.
- BARROS BOURIE, ENRIQUE. 1988. Funciones del Derecho y Métodos de Argumentación Jurídica. Reflexiones sobre el Positivismo y Legalismo Chilenos. En: SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN. La Cultura Jurídica Chilena. Santiago, Corporación de Promoción Universitaria, pp. 105-116.
- BENASAYAG, MIGUEL. 1998. Utopía y Libertad, los Derechos Humanos: ¿Una Ideología? Buenos Aires, Universitaria de Buenos Aires, 88 p.
- DERSHOWITZ, ALAN. 2004. Rights from Wrongs. New York, Basic Books, 261 p.
- DWORKIN, RONALD. 1984. El Modelo de las Normas. En su: Los Derechos en Serio. Barcelona, Ariel, pp. 61-101.
- FOUCAULT, MICHEL. 2004. Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión. Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 175-203.
- JAKOBS, GUNTHER. 2001. Sobre la Génesis de la Obligación Jurídica. Derecho y

Humanidades. 8: pp. 21-40.

KANT, IMMANUEL. 1998. Groundwork of the Metaphysics of Morals. Cambridge, Oxford Press, pp. xvii-xxv, 36-47.

MAQUIAVELO, NICOLÁS. S/a. El Príncipe. Santiago, Colicheuque, 80 p.

MARX, KARL y ENGELS, FRIEDRICH. 1970. La Ideología Alemana. Montevideo, Pueblos Unidos, pp. 15-90.

NOZICK, ROBERT. 1974. Anarchy, State, and Utopia. New York, Basic Books, pp. 10-25, 149-231.

PÉREZ SOTO, CARLOS. 1998. Sobre un Concepto Histórico de Ciencia. Santiago, Lom, pp. 77-82, 173-179.

RAWLS, JOHN. 1999. A Theory of Justice. Cambridge, Belknap Harvard, pp. 1-19, 47-93, 102-130, 506-514.

ROUSSEAU, JEAN JACQUES. 1998. Discurso sobre el Origen de la Desigualdad entre los Hombres. Madrid, Alba, 176 p.