

CONSECUENCIAS PARA LA LIBERTAD DE TRABAJO DE UN FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Pedro P. Irureta Uriarte

Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

En un interesante fallo la Corte de Apelaciones de Santiago ha circunscrito el alcance que tienen las garantías constitucionales consagradas en los N^{os} 3, inciso 4^o, 16 y 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Del mismo modo, ha reseñado cuáles son las facultades que la ley confiere a la Dirección del Trabajo en materia de fiscalización de la aplicación de la legislación laboral. Debido a la importancia del tema, analizaremos a continuación los elementos más importantes que, a nuestro juicio, se vislumbra en esta jurisprudencia.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

- a) La Dirección del Trabajo, en diversas instancias, ordenó a la empresa ELECTRON CHILENA S.A. escriturar los contratos de trabajo de dos de sus colaboradores debido a que se cometía, en la especie, una infracción a lo establecido en el artículo 9^o del código del ramo.
- b) La empresa fiscalizada objetó el oficio de instrucciones, argumentando que los trabajadores tenían el carácter de promotoras, siendo su desempeño libre, esporádico, eventual y discontinuo y no se les exigía horario. Por tanto, se estaba en presencia de una relación civil, la cual era cancelada mediante honorarios.
- c) La posición de la empresa se tradujo en un Recurso de Protección en contra de la Dirección del Trabajo, fundado en el hecho que las instrucciones de la citada repartición constituyan un acto arbitrario e ilegal que vulneraba las garantías constitucionales de los números 3^o, inciso cuarto, 16^o y 21^o de la Constitución Política de la República.

II. PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS POR LOS RECURRENTES

El Recurso de Protección presentado por la empresa ELECTRON CHILENA S.A. basó su posición en un conjunto de materias jurídicas, que sintetizamos en los siguientes puntos:

- a) *La Dirección del Trabajo no tendría facultades para ordenar la escrituración de un contrato de trabajo.* En la lógica de los recurrentes, la Dirección se estaría extralimitando en sus facultades, toda vez que, en la situación particular que se analiza, habría ido más allá de la simple interpretación

administrativa de las normas laborales. Ello constituye, según este parecer, una extralimitación en la facultad establecida en el artículo 6º del DFL Nº 2, de 1967, resolviendo un asunto controvertido respecto del cual carece absolutamente de competencia.

- b) *En una situación de esta especie, prima lo expresado en documentos o acuerdos por sobre una situación aparentemente real.* Según los recurrentes, la actuación de la Dirección del Trabajo implicaría una vulneración a la garantía del Nº 16 del artículo 19 de la Constitución Política de 1980. Debido a que las propias afectadas han manifestado en documentos que la relación que las une con la empresa no es de carácter laboral, sino de carácter civil de prestación de servicios, no sería posible que la citada repartición objetara la libre elección y libre contratación que consagra la Constitución.
- c) *Se afecta la libertad para desarrollar cualquier actividad económica.* A juicio de la empresa recurrente, la actuación de la Dirección del Trabajo implicaría una vulneración de la garantía constitucional establecida en el Nº 21 del artículo 19.

III. POSICION PLANTEADA POR LA DIRECCION DEL TRABAJO

Al contestar el Recurso de Protección deducido, la Dirección esgrimió tres criterios para enfrentar el asunto. El primero de ellos es más bien de carácter formal, razón por la cual no nos detendremos en detalle en su análisis posterior:

- a) *El Recurso es inadmisibile:* A juicio de la Dirección del Trabajo el Recurso de Protección es inadmisibile por extemporáneo. Según este parecer, el libelo se interpuso en contra de una circular que fallaba la solicitud de reconsideración, siendo lo correcto interponerse en contra del primer dictamen, pues es éste el que eventualmente causa agravio y no el dictamen que falla la reconsideración.
- b) *El Recurso es improcedente.* Según la Dirección, el recurso debía ser rechazado, pues este instrumento, consagrado en el artículo 20 de la Carta Fundamental, no fue creado para solucionar conflictos que, como el de la especie, la ley entrega al conocimiento de organismos o autoridades competentes.
Pero, además, según la Dirección del trabajo, el recurrente carece de la titularidad necesaria, pues *el verdadero titular de la garantía del Nº 16 del artículo 19 es el trabajador.*
- c) La actuación de la Dirección se ajusta a derecho, en razón de lo establecido en el DFL Nº 2, de 1967.

IV. POSICION PLANTEADA POR LA CORTE DE APELACIONES CONFIRMADA POR LA CORTE SUPREMA

La posición de la Corte de Apelaciones la podemos resumir en los siguientes puntos:

- a) El Recurso de Protección interpuesto busca dos aspectos:

- a.1. Formal: Determinar si la Dirección del trabajo carece o no de facultades para resolver el asunto que se sometió a su conocimiento, de conformidad a la ley.
- a.2. Fondo: Determinar si las personas que se desempeñan como promotoras de ventas se rigen por la normativa del Código del Trabajo.
- b) Con respecto al aspecto de fondo enunciado, en lo relativo a la calidad jurídica de las promotoras de ventas, la Corte estimó que esa materia no es de aquellas comprendidas dentro del ámbito del recurso de protección, por tratarse de un conflicto propio del conocimiento de las instancias jurisdiccionales y que deben ser resueltas por los organismos competentes.
- c) A juicio de la Corte, el dictamen de reconsideración no resuelve un asunto controvertido, sino que se limita a consignar que las instrucciones impartidas por la fiscalizadora se ajustan a derecho. Y en esta conducta la Dirección no haría más que ejercer las atribuciones contempladas en los artículos 1º, letras a) y b), y 5º, letras a) y b), del DFL Nº 2, de 1967.
- d) La libertad de trabajo y el derecho a ejercer cualquier actividad económica no se encuentran amenazados ni perturbados, pues las medidas y dictámenes emitidos por la Dirección del Trabajo sólo buscan el cumplimiento de la legislación laboral.

V. PROBLEMAS DE FONDO QUE PLANTEA EL FALLO

Nosotros creemos que, más allá de algunos problemas puntuales que presenta la situación descrita, existen otros temas de fondo que el fallo señala pero que no se resuelven completamente. Desde esta perspectiva se vislumbran algunos aspectos relevantes en cuanto al alcance de la Libertad de Trabajo y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, la naturaleza jurídica de la prestación de servicios ejecutada por personas denominadas "promotoras de ventas", las facultades legales de la Dirección del Trabajo y el hecho de si las partes pueden, por el solo consentimiento, modificar la esencia de una determinada relación jurídica. Sobre cada uno de estos puntos nos referiremos a continuación.

V.1) *Alcance de la Libertad de Trabajo:*

V.1.1) *Breve reseña histórica:* La Libertad de Trabajo en Chile reconoce su origen en el antiguo artículo 142 (151) de la Constitución de 1833. Inspirado en las teorías liberales que inundaban la época, el constituyente consagró algunas normas específicas que hoy podemos clasificarlas en el ámbito de la Libertad de Trabajo: "Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad, o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional, y una ley lo declare así." Este inciso ha sido reproducido casi sin variaciones por todas las constituciones restantes que han regido en Chile. En efecto, tanto la Constitución de 1925, como de 1980, consagraron esta norma en el entendido que con ella se permitía una amplia facultad de la persona para buscar, obtener, ejecutar, desempeñar o desarrollar cualquier actividad que recayera dentro de la licitud del marco legal.

Posteriormente, la Constitución del año 1925, manteniendo la norma descrita, amplió la garantía en cuestión. De esta forma, el artículo 10 N° 14 señaló que la Constitución aseguraba a todos los habitantes "la protección al trabajo, a la industria y a las obras de previsión social, especialmente en cuanto se refieren a la habitación sana y a las condiciones económicas de la vida, en forma de proporcionar a cada habitante un mínimo de bienestar adecuado a la satisfacción de sus necesidades personales y a las de su familia."

A juicio de diversos autores este número (redactado conjuntamente con el derecho de propiedad) manifestaba una suerte de pensamiento generalmente aceptado en orden a alejarse de la inspiración absolutamente liberal del régimen económico que consagraba la Constitución de 1833. Como señala don Alejandro Silva B., "aun cuando antes de la Constitución de 1925 no había logrado el país amplio desarrollo industrial, la nueva Constitución se discute y se dicta en una época en que la inquietud social chilena revestía ya caracteres graves, muestra aquí, como en otras naciones, de la crisis de la orientación liberal de la sociedad, de la política y de la economía."¹ De esta manera, el constituyente del año 1925 incorpora en la Carta Fundamental los principios del socialismo de estado y responde a la concepción de que al propio Estado le corresponde la función dinámica, impulsora del progreso y del bienestar.

A pesar que algunos autores, como don José Guillermo Guerra, han planteado que el primitivo texto de la Constitución de 1925 consagraba una suerte de esbozo de derecho social, lo cierto es que este cuerpo jurídico mantenía una importante influencia del liberalismo. Esto nos hace afirmar que, sin menoscabar el avance que la garantía implicó en la cuestión social, aún no existía un criterio uniforme en atención a la consagración constitucional de los derechos sociales.

Fue recién en 1971, con la dictación del llamado Estatuto de Garantías, que se incorporan a la Constitución derechos tan importantes como el derecho al trabajo, de sindicación, derecho de huelga y de seguridad social, entre otros. Fue justamente con esta reforma que se incorporó un inciso de un tenor similar al actual número 16: "La Constitución asegura a todos los habitantes: la Libertad de Trabajo y su protección."

La Constitución de 1980 se apartó de la orientación de su antecesora en relación a la consagración de derechos sociales. De esta forma, la actual Constitución eliminó la consagración del derecho al trabajo, no porque no creyera en ellos, sino porque representaban una prestación del Estado que éste no podría cumplir. Una norma de esa especie llevaría, según la visión del constituyente, a una suerte de descrédito constitucional.

En consecuencia, la constitución de 1980 se limitó a consagrar ciertas ideas básicas en la garantía del artículo 19 N° 16, que decían relación con los siguientes puntos: a) la libertad de trabajo y su protección; b) la libre contratación y la libre elección del trabajo, con una justa retribución; c) la no discriminación en materia laboral; d) las limitaciones al trabajo; e) la imposibilidad de exigir afiliación o desafiliación para trabajar; f) la negociación colectiva, y g) la huelga.

¹ SILVA BASCURIAN, Alejandro, "Tratado de Derecho Constitucional", Tomo II, pp. 301 y siguientes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, Primera Edición.

V.1.2) Origen constitucional de la expresión del inciso 1º del Nº 16 del artículo 19 de la Carta Fundamental de 1980: la Libertad de Trabajo y su protección:

El inciso 1º del número 16 del artículo 19 reconoce su origen en un proyecto de reforma presentado al Congreso Nacional en el año 1964. En efecto, en el año 1965 se aprobó por la Cámara de Diputados una amplia reforma constitucional que, si bien no prosperó y quedó detenida en su segundo trámite constitucional en el Senado (aun cuando alcanzaron a aprobarse en la Comisión de Reformas Constitucionales de esa corporación), sirvió de base al proyecto que diera lugar, posteriormente, al Estatuto de Garantías del año 1971 (Ley Nº 17.398). De esta forma, la historia de la mencionada ley no da plena claridad sobre su exacto alcance y la incalculable trascendencia de las modificaciones consagradas en ese cuerpo legal, toda vez que fueron aceptadas las variaciones en la misma forma que lo planteó el proyecto de 1964.²

En esta perspectiva, la Constitución de 1980 no hizo más que mantener una norma que se inició en 1964 y que la Constitución de 1925 consagró luego de la reforma impulsada por la Ley Nº 17.398.

V.1.3) Cuál es el alcance de la expresión de la Libertad de Trabajo y su protección:

Nosotros sostenemos que la expresión del inciso 1º del Nº 16 consagra el compromiso de la Constitución en orden a asegurar dos bienes jurídicos muy claros:

a) *La Libertad de Trabajo*: Esta garantía consiste en el derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley.³

De esta manera, lo que hace el constituyente es mantener un criterio que se esboza ya con el advenimiento del Renacimiento en orden a rechazar la reglamentación gremial y sus precios tasados. Recordemos que durante el régimen de las corporaciones, ninguna persona podía desempeñar oficio alguno si no pertenecía a la corporación o gremio. Como señala un autor, "la existencia de las corporaciones, si bien en un principio obedeció a motivos de defensa y solidaridad profesionales, posteriormente se reveló como un óbice al progreso industrial y a la libertad de trabajo."⁴

En esta perspectiva, el constituyente de 1980 recoge un criterio universalmente aceptado en orden a permitir que toda persona efectúe una labor lícita sin más límites que la moral, la seguridad y salubridad públicas, y el interés nacional. Ese es el verdadero alcance de esta expresión.

² Sesión Nº 194, Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, celebrada en jueves 25 de marzo de 1976. Véase intervención de don Alejandro Silva B., p. 8.

³ EVANS DE LA CUADRA, Enrique: "Los Derechos Constitucionales", tomo II, p. 216, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 1986.

⁴ BURGOS, Ignacio: "Las Garantías Individuales", p. 364. Editorial Porrúa, S.A., Novena Edición, 1975.

b) *El trabajo propiamente tal*: Conjuntamente con establecer la libertad de trabajo, el constituyente lo que hace es reafirmar su compromiso en el sentido que lo que se protege es, también, el trabajo mismo.

El fundamento de este parecer surge de diversos aspectos que hemos considerado necesario sintetizar en los siguientes puntos:

1) Historia fidedigna del N° 16: Si se analiza la discusión particular del precepto en el seno de la Comisión Ortúzar se puede apreciar que el criterio del constituyente fue el de diferenciar dos bienes tutelados: la libertad de trabajo y el trabajo como tal. En efecto, en la sesión N° 199, don Alejandro Silva Bascuñán preguntó cuál era el verdadero alcance que debía darse al precepto, toda vez que su redacción inducía a algún tipo de confusión. Ante ello, don Enrique Evans puntualizó, sin ser rebatido, que "la frase actual está bien, nunca se ha prestado a dudas, y todos los profesores la han explicado con entera claridad: *la libertad de trabajo y su protección, es decir, la protección del trabajo, no de la libertad, porque las libertades se bastan a sí mismas y si el constituyente protegiera a cada una de ellas, no tendría sentido su consagración en el texto.*"⁵

Por otra parte, es la misma sesión N° 199, don Enrique Ortúzar afirmó que esta garantía debía ser aplicable tanto a los trabajadores dependientes como independientes, agregando que "*en la Comisión había cierto consenso para estimar, de alguna manera, que el trabajo es una expresión de la dignidad y de la actividad del ser humano, que merece la protección del estado, y que es deber del estado crear fuentes de trabajo para evitar que este derecho quede sólo en la letra del texto respectivo.*"⁶

2) Discusión parlamentaria del proyecto de reforma del año 1964 y 1971: Si se analizan las intervenciones que dieron origen a este inciso durante los años 1964 y 1971 se puede apreciar que la intención del constituyente fue, en ambos casos, proteger al trabajo como expresión de la persona humana. Como lo señala el propio Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, "*en esta disposición se asegura a todos los habitantes de la República la libertad de trabajo y su protección, que se complementa con la facultad de poder elegirlo libremente y con el derecho a gozar de una remuneración adecuada para la satisfacción de las necesidades del trabajador y de su familia, acorde con el bienestar que corresponde a la dignidad humana.*"⁷

3) El Recurso de Protección consagrado en el artículo 20 de la Carta Fundamental señala que éste será aplicable al N° 16 del artículo 19 sólo en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto. En consecuencia, la propia Constitu-

⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 199, p. 10, celebrada el 7 de abril de 1976. Este mismo criterio se puede apreciar, por ejemplo, en la proposición, que en esa misma sesión se hizo, en el sentido de agregar al inciso 1° la siguiente frase: "La libertad de trabajo y su protección, dignidad y capacitación."

⁶ *Ibid.*, p. 4.

⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, sesión 6ª, jueves 15 de octubre de 1970. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, p. 388.

ción distingue entre la libertad de trabajo y la protección del mismo. No se explica de otra manera que omita la expresión final del inciso primero, sino es debido a la clara diferencia que observa en la oración.

4) Este criterio ya ha sido esgrimido por algunos autores, agregando que un planteamiento diverso al expuesto implicaría un desconocimiento de los Convenios Internacionales suscritos por Chile en relación a ciertos trabajos que involucran peligro para el trabajador como son el trabajo de menores y de mujeres embarazadas.⁸ En este mismo sentido, si se analiza la norma constitucional del artículo 5º de la Constitución se desprende el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que se garantizan en los tratados internacionales ratificados por Chile. Si existen algunos instrumentos, como los descritos, que protegen al trabajador, no cabe concluir entonces que la protección de la Constitución no se hace extensiva al trabajo propiamente tal.

5) El hecho que el Consejo de Estado haya eliminado "el derecho al trabajo" en la redacción final del Nº 16 no significa que estimara que no debía protegerse al trabajo, como expresión de la persona humana. En efecto, en la sesión del 9 de enero de 1979, don Juvenal Hernández señaló que consideraba innecesario hablar de derecho al trabajo, ya que consideraba sumamente clara la frase inicial del inciso primero del Nº 16, "pues la palabra protección traduce perfectamente la idea que se desea expresar." Don Enrique Ortúzar, en la misma sesión, coincidió con el criterio expuesto por el señor Hernández y aclaró que la mención sobre el derecho al trabajo se incluyó por aparecer en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Carta Fundamental de 1925 reformada en 1971.⁹

6) El Constituyente quiso mantener, en el catálogo de derechos enunciados en el artículo 19 de la Carta Fundamental, un apego bastante importante a la Declaración Universal de Derechos Humanos. En ese instrumento, también, es dable distinguir una protección al trabajo (artículo 23 Nº 1).¹⁰

7) En otros casos de derechos sociales, la Constitución, también, se dedica a proteger el núcleo de la garantía. Así, por ejemplo, en el Nº 9 la Carta Fundamental señala que se asegura a todas las personas "el derecho a la *protección* de la salud." De esta forma, el propio constituyente distingue, en el inciso 2º de ese numeral, entre la protección al libre acceso a las acciones de salud y la protección a la salud misma. Por tanto, no debe llevar a extrañeza que en el caso de la libertad de trabajo se protejan dos situaciones distintas.

⁸ BULNES A., Luz: Monografía sobre La libertad de trabajo y su protección en la Constitución de 1980, p. 4, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

⁹ Hay que tener presente que el inciso 1º del Nº 16 que conoció el Consejo de Estado fue el siguiente: "La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho al trabajo." Posteriormente, en la misma sesión del 9 de enero de 1979, don Juan de Dios Carmona propuso trasladar la frase objeto de la discrepancia al inciso 3º del precepto en estudio. De esta forma, el inciso quedó, en su redacción final, estructurado de la siguiente manera: "La libertad de trabajo y su protección".

¹⁰ El texto de la Declaración dice textualmente: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo."

8) Por último, hay que tener en cuenta que en materia de interpretación constitucional el propio Tribunal Constitucional ha señalado que "*sobre la redacción gramatical del texto prima el sentido o intención del constituyente al establecerla.*" (fallo de fecha 24 de septiembre de 1985, relativo al proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones. Rol Nº 33).

V.1.4) ¿Está consagrado el principio protector del Derecho del trabajo en el ordenamiento constitucional chileno?:

Si bien no nos cabe duda que el constituyente deseó proteger expresamente, en la Carta Fundamental, el trabajo de la persona humana, no es tan nítido que se haya querido consagrar un principio específico del Derecho del Trabajo como es su principio protector.

No obstante, algunas puntualizaciones nos ayudarán a responder en sentido afirmativo la pregunta del epígrafe:

a) Concepto: Se suele definir al principio protector como aquel que, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente sobre el trabajador. Otros, con una denominación diversa, han puesto hincapié en las variantes que tiene este principio, señalando un orden de relación entre las expresiones prooperario, norma más favorable o condición más beneficiosa.

En consecuencia, lo que nos interesa destacar, desde una visión conceptual, es que la mayor parte de los tratadistas y algunas legislaciones ponen el acento en la existencia de una base fundamental del Derecho del Trabajo que permite orientar e interpretar esta disciplina en orden a proteger el trabajo humano como expresión de la persona.

b) Alcance del principio: Hoy en día existe una tendencia bastante generalizada en el sentido de dejar establecido que las relaciones laborales deben fundamentarse en criterios de armonía y no de imposición de alguna de las partes que intervienen en ella. Desde esta perspectiva, el principio protector, como elemento que pudiese hacer valer imperativamente la voluntad del trabajador, ha ido cediendo a una concepción más equilibrada, equitativa y armoniosa de las relaciones laborales y de la empresa misma.

Sin perjuicio de ello es necesario clarificar que el principio en cuestión no constituye un método especial de interpretación, sino una herramienta que permite inspirar toda la legislación laboral. Lo anterior no significa que el juez o el intérprete puedan actuar en forma discrecional o absolutamente libre, sino que en la faceta deliberativa que les corresponda tengan en consideración elementos de protección del trabajo humano. Como señala Américo Plá, "cada fuente deberá ser interpretada conforme a su naturaleza y características; pero este principio preside la actuación en cada una de las fuentes."¹¹

c) ¿Cómo debe ser su consagración en el derecho positivo?: La doctrina laboral ha tendido a considerar que para que el principio protector rija en el

¹¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo: "Los Principios del Derecho del Trabajo", p. 34. Segunda Edición actualizada. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

ordenamiento jurídico interno de un país, no es necesaria su consagración expresa en un cuerpo legal debido a que la propia naturaleza del principio lo sitúa por encima del derecho positivo.¹²

En esta perspectiva, la recepción en el derecho positivo puede hacerse por la vía sustantiva o por la instrumental. La primera de ellas consiste en incorporar a la norma constitucional o a una norma programática de especial significación, *algún principio genérico de protección al trabajo o que ponga al trabajo bajo la protección del estado*. La forma instrumental dice relación con la incorporación de reglas de interpretación que incluyan un principio general o alguna forma específica de aplicación.¹³

d) ¿La protección al trabajo que hace el N° 16 del artículo 19 de la Constitución de 1980 es suficiente?: Nosotros comenzamos diciendo que era difícil concluir que el constituyente haya deseado expresamente consagrar el principio protector de la manera que histórica y jurídicamente lo ha concebido el Derecho del Trabajo. Pero si bien ello es correcto, en parte, no nos cabe duda que existió una especial tendencia, corroborada a lo largo de todas las sesiones en que se discutió la garantía, de proteger el trabajo humano como expresión de la persona del trabajador. El constituyente tuvo muy clara la importancia que adquiriría esta faceta en la dimensión de la persona, razón por la cual lo llevó a mantener un inciso de esta naturaleza.

No es dable confundirse, a este respecto, con la eliminación que se hizo en la Carta Fundamental en lo relativo al Derecho al trabajo. Es cierto que esa consagración venía estipulada en el proyecto de la Comisión Ortúzar, pero su eliminación posterior no obedeció a la idea que no se debía proteger al trabajo, sino al criterio que establecer derechos sociales implicaba una prestación que el Estado en su momento se podría ver imposibilitado de cumplir. En ningún momento el constituyente pensó en no consagrar una protección al trabajo propiamente tal.

Lógicamente, la consagración actual de la norma constitucional no significa que el intérprete o el juez pueda contravenir texto expreso en un sentido determinado. Por ejemplo, en el caso de la regla más beneficiosa, que es una variante de este principio, no es posible concluir que se pueda desbaratar toda la estructura de la jerarquía de las normas legales existentes en el ordenamiento jurídico. Este principio se puede aplicar sin norma legal, pero no contra ella. Con todo, no deja de confundir la situación, en su aspecto práctico, el hecho que este principio tenga una consagración constitucional. Porque resulta que si la Constitución es la norma superior, a la cual se deben supeditar todas las demás, cabe preguntarse si puede existir una ley que no proteja al trabajador y, en consecuencia, contravenga el principio que se ha consagrado a nivel constitucional. Esa es una situación dudosa que se presenta, por ejemplo, en el cálculo alternativo de las gratificaciones que establece el artículo 49 del Código del Trabajo. Allí se faculta al empleador para utilizar un procedimiento que, en determinados casos, implicará una desprotección del trabajador frente a las reales utilidades de la empresa y a las cuales tiene derecho.¹⁴

¹² Al menos ese ha sido el criterio de diversos autores como Kaskel-Dersch, en Alemania; Bayón Chacón y Pérez Botija, en España, y Américo Plá, en Uruguay, entre otros.

¹³ Al respecto, véase Américo Plá, ob. cit., pp. 37 y 38.

¹⁴ La norma se hace aún más dudosa si se le analiza a la luz de lo que el constituyente entiende por "justa retribución".

e) **Conclusión:** En vista de los antecedentes expuestos es posible firmar que el principio protector tiene una consagración a nivel constitucional que llevará tanto al juez como al intérprete a orientar la norma en el sentido de proteger al trabajador. Pero no es protegerlo porque sí, como un elemento aislado, sino como sujeto de una actividad que el constituyente quiso dignificar y amparar, como es el trabajo humano.

V.2) *¿Qué implica el derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo?:*

V.2.1) *Contenido de la norma:* El inciso 2º del Nº 16 del artículo 19 de la Constitución señala que: "toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución." Esta norma se refiere, por tanto, a dos aspectos centrales de la libertad de trabajo, como son:

a) *La libre contratación:* Este aspecto dice directa relación con los trabajadores dependientes o subordinados, y con el derecho que tiene el empleador para contratar aquellas personas que considere más idóneas y capacitadas para la actividad requerida. De esta manera, el empleador goza de un poder amplio de contratación del personal que crea más conveniente, pero en razón de la capacidad e idoneidad del trabajador. Desde esta perspectiva, no podría un empleador sujetar la contratación a elementos caprichosos o no racionales.

Consecuente con lo anterior, la Constitución no está prohibiendo la preferencia frente a dos personas determinadas. Como lo señaló don Sergio Diez en la propia Comisión, "no hay duda alguna de que, dentro de la libertad de contratación, está, fundamentalmente, la libertad de elegir colaboradores."¹⁵ De esta forma, lo que impide la Constitución es un sistema generalizado de discriminación; pero ello no significa que el empleador no tenga la libertad para elegir aquellos que considere más adecuados para un trabajo determinado. "Si alguien es dueño de una empresa y se presentan cinco candidatos para ocupar un cargo determinado, por ejemplo, esto no le obliga a elegir a alguno de ellos. A lo que esto le obliga es a que, en toda elección de su personal, no utilice normas que signifiquen discriminación."¹⁶

b) *La libre elección del trabajo:* La garantía que establece el Nº 16 está referida tanto a los trabajadores dependientes como independientes. Es una garantía amplia. Todo trabajador, sea subordinado o no, tiene derecho a la libertad de trabajo y a la protección del mismo. De esta forma, la expresión del epígrafe implica la posibilidad que tiene toda persona de elegir su trabajo libremente, sin coacción o imposición de terceros o del propio Estado. En esta perspectiva, si el trabajador elige una actividad determinada, nadie puede coartarlo en su decisión, pero una vez elegida la actividad se someterá a la regulación que el ordenamiento jurídico ha dispuesto para ella. Lo que queremos reafirmar, y sobre ello volveremos posteriormente, es que la elección del trabajo es libre, pero la naturaleza misma de dicho trabajo, así como su regula-

¹⁵ Sesión Nº 200, p. 12, celebrada el jueves 8 de abril de 1976. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente.

¹⁶ *Ibid.*

ción, no puede modificarse por acuerdo de las partes. En el Derecho del Trabajo las cosas son lo que son y no lo que las partes pretendan que sean.

V.2.2) *Este inciso no implica la consagración de la autonomía de la voluntad en materia laboral*: Al respecto es útil precisar que la consagración de este inciso no implica, en modo alguno, que el constituyente haya deseado establecer el Principio de la Autonomía de la Voluntad en materia laboral. Muy por el contrario. El constituyente más que nadie tenía conciencia que las disposiciones laborales a que hacemos mención no implicaban una posibilidad de renuncia de los derechos emanados de la legislación social.

Para fundamentar esta posición se hace necesario recurrir a la historia fidedigna de esta garantía. En el seno de la Comisión se planteó la posibilidad de consagrar una disposición de rango constitucional que señalara que los derechos laborales son irrenunciables. Sin embargo, ello no prosperó porque no se pensara en sentido contrario, sino que lisa y llanamente porque eso implicaba establecer en cada norma de la Constitución disposiciones especiales sobre irrenunciabilidad. Al respecto, es muy ilustrativa la opinión de don Alejandro Silva B.: "...expresa que esa idea le preocupa (la de consagrar la irrenunciabilidad de los derechos laborales a nivel constitucional). No porque tenga el ánimo de rechazarla, puesto que es algo que está en la legislación, sino porque, al ubicarla aquí y darle rango constitucional, le asalta el temor -y eso da materia par alguna reflexión- de que se encontrarán frente a la necesidad, en otros preceptos de la Constitución, de establecer a cada momento normas irrenunciables."¹⁷

Por otra parte, pero confirmando este criterio, don Enrique Ortúzar, quien era partidario de establecer la irrenunciabilidad, señaló que la disposición constitucional incidía en una materia netamente contractual, razón por la cual se justificaba consagrar la irrenunciabilidad de los derechos laborales. Según Ortúzar, "aquí perfectamente cabe consagrar aquella norma (se refiere a la irrenunciabilidad), porque se está entrando en un campo contractual, y la norma general, en lo contractual, es que los derechos puedan renunciarse."¹⁸

V.2.3) *Justa retribución*: Finalmente, el constituyente exigió que tanto la libre contratación como la libre elección contaran con un elemento adicional: la justa retribución. En este caso, la Constitución varió el criterio que tenía la Constitución de 1925 cuando hablaba de "remuneración suficiente". El N° 16 actual se refiere al término retribución en el entendido que ella es un *concepto amplio que implica cualquier tipo de trabajo que se pague, sea por honorarios, remuneración o salario, sea por participación en las utilidades o por cualquier tipo de asignación. Comprende, también, la retribución del trabajo independiente*. Pareciera que el constituyente quiso recoger en esta expresión algo de lo que indicaba el antiguo artículo 10 N° 14, de la Constitución de 1925, en el sentido de asegurar al trabajador y su familia un bienestar acorde con la digni-

¹⁷ Sesión N° 200, p. 24.

¹⁸ El mismo Ortúzar manifestó, posteriormente, que estaría en el ánimo de la Comisión que el legislador estableciera la irrenunciabilidad de los derechos laborales, a menos que surgieran circunstancias nuevas. Sesión N° 200, p. 25.

dad humana, y una justa participación en los beneficios que de su actividad provengan.¹⁹

V.2.4) *Conclusión:* De todo lo expuesto nos interesa destacar que lo que la Constitución consagra es la libertad, tanto de trabajadores como empleadores, de relacionarse contractualmente en forma libre. Pero ello no significa que esa libertad pase por encima del principio protector y permita regirse por la autonomía de la voluntad. Tampoco implica, como se explicó, que las partes puedan modificar la naturaleza de la relación jurídico-laboral que las une.

Ciertamente que el titular principal de esta garantía es el trabajador, como sujeto del trabajo. Pero en variados casos, como el señalado en el inciso 2º del Nº 16, el empleador podrá hacer valer, también, su derecho a la libre contratación. Por tanto, esta garantía no constituye un elemento privativo de una de las partes en la relación laboral, sino que lo que se busca es que el trabajo, en general, como expresión de toda persona, sea protegido por el ordenamiento jurídico.

V.3) *Derecho a desarrollar cualquier actividad económica:*

V.3.1) *Generalidades:* La Constitución de 1980 consagró, entre los Nros. 21 a 25 del artículo 19, un conjunto de garantías destinadas a organizar la economía de un país y facultar a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución.²⁰

En estos preceptos podemos advertir una verdadera Constitución económica que intenta determinar el papel que le cabe al Estado y los particulares en la regulación de la economía y el bienestar del país. Es aquí donde se expresa con toda nitidez el principio rector de esta materia, como lo es el Principio de Subsidiariedad, en cuya virtud el Estado no debe asumir tareas, actividades o empresas que pueden ser cumplidas o ejecutadas adecuadamente por los particulares.

Dentro de esta perspectiva, la Constitución de 1980 brinda una tutela a las personas para que desarrollen en plenitud su iniciativa en materia económica, sin temor a una intervención o participación dominante o exclusivista del Estado, y "para que ese proceso y el dominio de los bienes que de él resulte, tenga la más completa garantía de estabilidad y de seguridad institucionales."²¹

V.3.2) *Alcance del Art. 19 Nº 21:* Dentro de este conjunto de normas constitucionales que se denominan Orden Público Económico, surge el derecho de

¹⁹ Este inciso sufrió algunas modificaciones, tanto en el Consejo de estado como en la redacción final que le dio la Junta de Gobierno. En efecto, el inciso aprobado por la Comisión Ortúzar establecía que la justa retribución de una persona debía asegurar a ella y su familia, a lo menos, un bienestar acorde con la dignidad humana. El Consejo de Estado suprimió la frase final, dejando el inciso de la siguiente manera: Toda persona tiene derecho a la libre elección del trabajo y a una justa retribución. Finalmente, la redacción sometida a plebiscito agregó la frase referida a la libre contratación y cambió la conjunción "y" que antecede a la expresión justa retribución, por la preposición "con".

²⁰ CEA E., José Luis: "Tratado de la Constitución de 1980", p. 158. Editorial Jurídica de Chile. Primera Edición, 1988.

²¹ EVANS DE LA CUADRA, Enrique: ob. cit., p. 315.

toda persona a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

Esta disposición no es más que una concreción de un principio básico que se presenta en variados preceptos de la Constitución, como es el principio de la libertad de la persona humana. Aquí el constituyente privilegia una gran libertad: la de desarrollar cualquier actividad económica. Ese es el "verbo rector". Pero esa libertad no se concibe en forma absoluta, y por ello le agrega dos limitaciones que considera indispensable: a) que sean actividades económicas lícitas; es decir, que no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, y b) que dichas actividades respeten, se sometan, a las normas legales que las regulan.

De esta manera, el constituyente delega en el legislador la manera cómo debe "ejecutarse" dicha actividad económica. Lógicamente, como lo destaca más de un autor, esta regulación no puede implicar un desconocimiento del derecho reconocido constitucionalmente, sino que solamente implica una determinación del cómo puede realizarse esta actividad. No podría la ley, bajo pretexto de regular un accionar privado en la economía, llegar a obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por esta garantía.²²

V.3.3) *Conclusión*: De lo expuesto podemos llegar a algunas conclusiones que nos parecen importantes:

a) El derecho a desarrollar cualquier actividad económica es una garantía que está íntimamente ligada a la libertad de trabajo, que no la excluye, sino que la complementa.

b) Esta garantía se somete al imperio de la ley para su regulación, la que en ningún caso podrá significar un desconocimiento del derecho. Por tanto, la regulación tendrá directa relación con los derechos y obligaciones que surgen de la ejecución de una actividad económica.

c) Así como la ley determina que las actividades económicas se deben someter a normas especiales relativas a impuestos, competencia leal, pago de aranceles, etc., resulta lógico que la propia ley determine frente a qué tipo de actividad nos encontramos y le aplique, para ese caso en particular, una determinada normativa que acarrea derechos y obligaciones.

V.4) *Naturaleza jurídica del trabajo de las promotoras de ventas*:

Es difícil señalar *a priori* frente a qué tipo de relación jurídica nos encontramos en el caso de las promotoras. Esta actividad consiste básicamente en la necesidad de "promocionar" un producto, haciendo las diligencias necesarias para su logro, pero esa simple cualidad no habilita para que consideremos que no es una actividad regida por el Código del Trabajo.

De esta afirmación fluye una consecuencia de mayor importancia: lo que caracteriza, en sustancia, una relación contractual de trabajo, regida por el Código del ramo, es la presencia del vínculo de subordinación o dependencia entre el empleador y el trabajador. Como lo ha señalado la jurisprudencia, lo importante para una determinada actividad es el hecho de acreditar la existencia de una

²² *Ibid.*

prestación de servicios personales bajo estos elementos. Es allí donde se puede juzgar cuál es la naturaleza jurídica que tiene un trabajo determinado.

En consecuencia es imposible afirmar *a priori* que la función de promoción de un producto constituye o no una actividad regida por la legislación laboral. Serán las diversas circunstancias que concurren en un caso particular las que permitirán dilucidar el verdadero alcance de la normativa aplicable. En este sentido, la jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, han afirmado que la sola promoción de un producto en un horario determinado no configura un contrato de trabajo, debido a que es un elemento insuficiente para dar por establecida la relación laboral.

Lo que ocurre, en nuestro entender, es que la redacción del inciso 2º del artículo 8º del Código del Trabajo pareciera ser demasiado amplia y englobar el trabajo de promoción. Pero, a pesar de ello, no nos cabe duda de que para llegar a cualquier conclusión se deben analizar los elementos en su conjunto, y no asignarle a determinadas categorías de actividades, anticipadamente, la calidad de trabajo subordinado.

Con todo, la mayor parte de la jurisprudencia ha tendido a señalar que el vínculo laboral de las promotoras, por regla general, se ha configurado con las respectivas agencias de promoción, y no con la empresa que elabora o comercializa los productos; siempre y cuando, obviamente, concurren los requisitos generales de subordinación y dependencia.

V.5) *¿Pueden las partes negar voluntariamente una relación laboral?*

V.5.1) *Generalidades:* En el ámbito general del derecho se ha presentado una antigua discusión en orden a definir cuál es el elemento más definitorio de los actos jurídicos: la voluntad real o la voluntad declarada. Esto se debe a que en innumerables ocasiones la manifestación de voluntad no refleja exactamente el fuero interno del declarante, dando lugar a un efecto diverso del que realmente se desea. Esta dicotomía entre voluntad real y declarada puede tener dos orígenes muy claros: un vicio del consentimiento o una actitud deliberada del sujeto.

En el derecho civil las posiciones parecen estar divididas al momento de establecer cuál voluntad es la que tiene trascendencia jurídica. Según algunos, el Código Civil chileno reflejaría, en diversas disposiciones, una clara tendencia a optar por la voluntad real. Ejemplo de ello serían las normas de los artículos 1445, 1437, 1069 y 1560 de ese cuerpo legal. En esta perspectiva, el Código Civil seguiría tan fielmente el dogma de la voluntad que para él sólo tendría relevancia la voluntad real, aun cuando se haya mantenido en el fuero interno. Otros han contraargumentado que el Código Civil chileno no ha sido capaz de resolver el problema que se produce cuando una de las partes, por negligencia o dolo, formula una declaración distinta a la que realmente desea. Para ello, proponen ciertos límites dentro de los cuales la voluntad produce efectos jurídicos: la buena fe y el interés del comercio. En este sentido, los partidarios de esta teoría indican que una conducta dolosa o negligente no haría merecedor al sujeto de protección o tutela por parte del ordenamiento.²³

²³ VIAL, Víctor y LYON, Alberto: "Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y de las Personas", p. 84. Ediciones Universidad Católica de Chile.

V.5.2) *Importancia para el Derecho del Trabajo*: El tema presentado en el punto anterior no es indiferente para el Derecho del Trabajo. La realidad jurídica laboral ha demostrado que en innumerables ocasiones las partes intentan disfrazar, por motivos de diverso orden, una relación laboral con otras figuras del ordenamiento legal. Por tanto, el problema de la simulación y la existencia de una voluntad real y declarada, en el campo del Derecho del Trabajo, adquiere ciertamente una dimensión notable.

Con todo, el problema en esta disciplina se presenta con algunos ribetes distintivos. Creemos que, por regla general, en el Derecho del Trabajo la llamada "voluntad real" es lo que podemos asimilar a la "voluntad legal". En efecto, *aquí lo que se pone en juego no es tanto una dicotomía entre lo que el sujeto desea efectivamente y lo que expresa en el exterior, sino aquello que el sujeto señala como cierto, en documentos o acuerdos, y lo que el ordenamiento jurídico ha determinado como real y efectivo*. Por tanto, en el Derecho del Trabajo, lo que se observa con mayor frecuencia es una tendencia a doblarle la mano a la ley y a disfrazar una determinada figura laboral con otros ribetes legales que la desnaturalizan.

V.5.3) *El Principio de la Primacía de la Realidad*. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia laboral se ha impuesto con bastante vigor, sobre todo en el nivel latinoamericano, un principio relacionado con lo que Mario de la Cueva denominó el contrato realidad. En virtud de este predicamento, en caso de existir discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge en documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos.²⁴

Este principio, denominado de la primacía de la realidad, tuvo su origen en la explicación de la naturaleza de la relación laboral. Pero hoy día ha servido para distinguir claramente frente a qué figura laboral nos encontramos, con los consecuentes efectos que ello trae consigo. Como señala un autor, sería "erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado, ya que si las estipulaciones consignadas no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor."²⁵

Naturalmente, las causas de la apariencia pueden tener diversos orígenes: una simulación o error de las partes, la falta de actualización de datos del contrato, el incumplimiento de determinados requisitos formales, etc. Pero lo que importa aquí es que se tiende a privilegiar la verdadera figura laboral que se da en la práctica. En base a esto, no sería posible, por ejemplo, que una relación de subordinación y dependencia se intentara disfrazar como una simple prestación de servicios; o que se señale que lo que corresponde pagar son honorarios, si en la realidad la prestación origina el pago de remuneraciones.

Por tanto, este principio nos permite señalar que aun cuando las partes, formalmente, señalen que se encuentran en presencia de una determinada figura jurídica, si concurren los elementos específicos que configura el Derecho del Trabajo, debemos optar por aquella que efectivamente sucede en la especie. "La realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede

²⁴ PLA, Américo: ob. cit., p. 243.

²⁵ *Ibid.*

reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o de obtener un provecho ilícito. Afirmar invariablemente el imperio de la realidad equivale a rendir tributo al principio de la buena fe, que inspira y sustenta todo el orden jurídico, como una exigencia indispensable de la propia idea de justicia.”²⁶

V.5.4) *Jurisprudencia*: Nos parece interesante mencionar algo de la doctrina que ha sentado la jurisprudencia en torno a este principio. Ciertamente, no existe una opción absolutamente clara, pero los criterios esgrimidos por los Tribunales y la Dirección del Trabajo permiten privilegiar la realidad de los hechos, antes que los simples acuerdos formales. Con todo, hay que tener presente que el Código del Trabajo chileno privilegia la doctrina contractualista de preferencia a la relacionalista, es decir, el contrato de trabajo nace de un acuerdo de voluntades más que de una situación de hecho. Pero cuando se reúnen los requisitos propios del contrato, la ley lo presume y cambia el *onus probandi*.

En esta perspectiva, la Corte Suprema ha manifestado que “*no obsta a la existencia de un contrato de trabajo la circunstancia que las partes hayan dejado expresa constancia en los contratos de prestación de servicios a honorarios que suscribieron que su vinculación no constituía un contrato de trabajo sino uno de carácter civil, ya que las cosas son según su esencia y no como las partes desean denominarlas, a lo que cabe agregar que los derechos que la legislación laboral otorga son irrenunciables.*” (Corte Suprema, fallo de 17 de agosto de 1987, Rol N° 5.349). Otra jurisprudencia, de la misma Corte, ha reiterado esta posición argumentando que “*las alegaciones de la demanda en orden a que las partes habían pactado sucesivos convenios de prestación de servicios dejando expresa constancia de que entre ellas no existían vínculos de subordinación o dependencia, ni poseía el actor la calidad de empleado particular, no modifican el criterio anterior, toda vez que en derecho las vinculaciones jurídicas se determinan por las características y elementos que las estructuran y no por la denominación que les otorguen las partes. Resolver en contrario sería dejar entregada a la voluntad de éstas, real o encubierta, la calificación de sus relaciones jurídicas y, por ende, la legislación aplicable, lo que contraría el ordenamiento vigente.* Las cuestiones de derecho, calificaciones jurídicas o determinación de los efectos jurídicos de los hechos, actos o contratos, son conclusiones que corresponde formular en forma privativa al órgano jurisdiccional mediante la aplicación de la ley al caso concreto, partiendo de los hechos que se dan por establecidos en la sentencia (Corte Suprema, fallo de 6 de mayo de 1987, Rol N° 3.774).

Finalmente, en un interesante fallo, la propia Corte Suprema ha reafirmado el principio reseñado en el número anterior señalando que éste se puede apreciar en la redacción del artículo 8° del Código del Trabajo. “*Entre los principios imperantes en materia de Derecho del Trabajo, y que sirven de inspiración al derecho positivo en esta rama, se encuentra el de la primacía de la realidad.*” (Corte Suprema, fallo de 16 de marzo de 1987, Rol N° 21.953).

²⁶ *Ibíd.*

V.5.5) *El problema de la irrenunciabilidad*: Finalmente, nos interesa destacar en forma muy breve que, conjuntamente con el principio que hemos comentado, la cuestión que nos ocupa tiene una íntima relación con la irrenunciabilidad que establece el artículo 5º. De esta forma, cabe tener presente que la renuncia anticipada, sea expresa o tácita, a los derechos laborales, importan una infracción a la citada norma y deben ser considerados nulos para estos efectos.

V.6) *La facultad fiscalizadora en la Dirección del Trabajo:*

V.6.1) *Antecedentes generales*: La Dirección del Trabajo es, en la actualidad, un servicio público autónomo, con personalidad jurídica, de duración indefinida, y que se relaciona con el Gobierno a través del Ministerio del Trabajo y Previsión Social. Por ley, a ella le corresponde la fiscalización en la aplicación de las normas laborales en general, así como su interpretación y reglamentación.

Esta institución fue creada por la Ley Nº 4.053 y se le concibió como un organismo especializado capaz de asegurar el estricto cumplimiento de las disposiciones contenidas en la normativa social. Posteriormente, durante el año 1967, el DFL Nº 2 reestructuró y fijó las funciones de la Dirección premuniéndola de atribuciones suficientes que le permitan una eficaz labor de fiscalización.

Dentro de los considerandos del citado cuerpo legal se señaló que la Dirección del trabajo era el organismo encargado de supervigilar la aplicación de las leyes que garantizan los derechos sociales de los trabajadores. De igual modo se consideró que las finalidades que esta repartición cumplía obedecían a criterios de interés público que aconsejaban dotarla de los medios adecuados para dicho fin (considerandos Nºs. 2 y 4).

V.6.2) *¿Qué implica la función de fiscalización?*

La expresión fiscalizar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa hacer el oficio de fiscal. En forma figurada, "es criticar y traer a juicio las acciones u obras de otro", ya que el fiscal es el que averigua o declara las operaciones de uno.

No obstante, desde el punto de vista del derecho debemos distinguir algunos tipos de fiscalización. Por una parte, se puede apreciar, por ejemplo, la existencia de una fiscalización política, en que se apunta a determinar o a criticar la conveniencia, la oportunidad, las ventajas o desventajas de una determinada medida gubernativa, una actuación o bien una abstención, pero sin poner en tela de juicio la competencia y la corrección jurídica del proceder de la respectiva autoridad u órgano gubernativo. Pero también nos enfrentamos, desde esta perspectiva, a una fiscalización de tipo jurídico. Es justamente esta última la que nos interesa.

En la fiscalización jurídica lo que se pone en duda, lo que se critica, es la corrección jurídica de una actuación, bien sea que el órgano es incompetente, bien sea que no se han cumplido los procedimientos establecidos. En otros términos, *la fiscalización de tipo jurídico apunta a un desconocimiento de las exigencias propias del Estado de derecho, lo que lleva a una reparación de la*

*infracción —sería la responsabilidad civil—, o a una sanción de tipo penal, si hay responsabilidad jurídica de índole criminal.*²⁷

En consecuencia, la facultad de fiscalizar el cumplimiento de una cuestión determinada, desde el ángulo jurídico, implicará que el organismo debe velar porque efectivamente la situación particular se ajuste a lo normado por el derecho. Si esto no sucede, entonces nos encontramos frente a una responsabilidad. Como dice un autor, "el ordenamiento jurídico se aplica a gobernantes y a gobernados; si unos y otros lo quebrantan, deben asumir la responsabilidad consecuente, o sea, la de hacer frente a la obligación de reparar o satisfacer las consecuencias de su infracción y sufrir la sanción prevista por ella."²⁸

Por tanto, debemos concluir que *cuando la ley nos señala que la Dirección del Trabajo tiene la fiscalización de la aplicación y cumplimiento de la legislación laboral, está dotando a este organismo de atribuciones para señalar en qué casos existiría un incumplimiento de esa normativa social.* Y nótese que la facultad se traduce, para este caso, en señalar el incumplimiento, puesto que la Dirección carece de facultad de imperio. Distinto es el caso, obviamente, que la apreciación hecha por el organismo no sea la adecuada. En dicho evento existirán otros medios, franqueados por la propia ley, que permitirán resarcir una apreciación no ajustada a derecho.

V.6.3) Jurisprudencia relativa a la facultad fiscalizadora de la Dirección del Trabajo:

Tanto la propia Dirección como los Tribunales de Justicia han señalado, reiteradamente, que este organismo goza de las atribuciones legales que le permiten efectuar una amplia fiscalización en materia de normativa social.

En esta perspectiva se ha señalado que "si bien es cierto que la Dirección del Trabajo ha concluido que no le corresponde fijar el sentido y alcance de cláusulas de contratos individuales o colectivos como tampoco ejercer facultades que la ley ha entregado a los Tribunales de Justicia, no es menos cierto que también ha resuelto que, salvo que un tribunal se encuentre conociendo el asunto, estas limitantes no pueden significar una restricción del ejercicio de las facultades fiscalizadoras de ese Servicio en relación con el cumplimiento de las leyes del trabajo y su reglamentación." (Dictamen N° 6002/251, de 26 de agosto de 1986).

La misma Dirección ha manifestado, posteriormente, que *el ejercicio de la potestad fiscalizadora, que es una de las principales atribuciones del inspector del Trabajo, resulta ser una consecuencia o culminación de todo un proceso metódico previo tendiente a determinar si la norma, sea legal o convencional, cuyo cumplimiento se está fiscalizando, ha sido infringida o no* (Dictamen N° 3913/144, de 25 de mayo de 1987).

Otro Dictamen ha determinado que la Dirección del trabajo tiene amplias atribuciones para fiscalizar la correcta aplicación de la legislación laboral, y en virtud de ellas *los fiscalizadores pueden resolver si determinadas cláusulas de*

²⁷ Véase al respecto la opinión de don Raúl Bertelsen en las Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión N° 341, p. 2057.

²⁸ SILVA B., Alejandro: "Control y Responsabilidad en la Constitución de 1980". *Revista de Derecho de la Universidad de Valparaíso*, V.X., 1986, p. 195.

un contrato de trabajo se ajustan o no a derecho, pudiendo, incluso, aplicar las sanciones administrativas expresamente previstas en la ley para tales eventualidades (Dictamen N° 6648/312, de 29 de septiembre de 1986).

En consecuencia, no cabe más que concluir, en este aspecto, que la Dirección del Trabajo ha ejercido históricamente una facultad de fiscalización, lo que ha significado en la práctica la determinación de si en casos particulares se da o no cumplimiento a los preceptos legales de índole social.

V.6.4) *Efectos de las resoluciones de la Dirección:*

Si bien no existe duda en cuanto a la facultad de fiscalización de este organismo, es preciso aclarar que los dictámenes de la Dirección del Trabajo son de carácter meramente declarativo, esto es, no originan o hacen nacer ningún derecho que deba regir en el futuro, sino que se limitan a reconocer uno existente. Tal circunstancia produce como efecto que los titulares del derecho reconocido puedan exigir su cumplimiento desde el momento en que se les negó o desconoció y mientras no prescriba su acción.

Este criterio ha sido reafirmado por la propia Dirección la que, en innumerables dictámenes, ha señalado que *la facultad de fiscalización no excluye ni menos invade la potestad jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, toda vez que, por una parte, la intervención de este Servicio se verifica cuando aún no ha habido controversia judicial, "circunstancia que sin duda lo inhabilita para continuar interviniendo en el asunto y, por la otra, siempre queda a salvo el derecho de las partes para recurrir ante los tribunales, cualquiera sea la decisión del fiscalizador actuante"* (Dictamen N° 3913/144, de 25 de mayo de 1987).

Con todo, no podemos concluir sin antes señalar que del análisis de las normas establecidas en el artículo 450 del Código del Trabajo, y en los artículos 1º, 5º, 20º, 23º, 24º, 27º, 31º y 45º del DFL N° 2, de 1967, queda establecida que esta facultad de fiscalización es amplia e invita a un reconocimiento específico del cumplimiento normativo en situaciones específicas. Especial relevancia tiene, a nuestro juicio, lo preceptuado en el inciso 2º del artículo 23: *"los hechos constatados por los Inspectores del Trabajo y de los cuales deban informar de oficio o a requerimiento, constituirán presunción legal de veracidad para todos los efectos legales, incluso para los efectos de la prueba judicial."* Si se extrema la disposición, podemos llegar a concluir que cuando la Dirección detecta la falta de escrituración de una relación jurídica con elementos fuertemente asociados al Derecho del Trabajo, dicha visión debe ser considerada como una presunción legal de veracidad. Rebatible, ciertamente; pero, también, una presunción. Ciertamente.²⁹

CONCLUSIONES

De todos los antecedentes que hemos reseñado en las páginas anteriores podemos llegar a un conjunto de conclusiones que enumeraremos a continuación:

²⁹ A este respecto, la misma jurisprudencia administrativa ha dictaminado que los Servicios del Trabajo se encuentran impedidos de resolver si se ha estado en presencia de una relación laboral que produzca los efectos propios de un contrato de trabajo, *cuando dicha relación se encuentra extinguida* (Dictámenes N° 712, de 8 de febrero de 1984; y N° 4375/152, de 9 de junio de 1987).

a) La protección al trabajo y, en consecuencia, el principio protector, se encuentran consagrados a nivel constitucional.

b) La normativa constitucional del N° 16 no implica, en ningún caso, una consagración del principio de la autonomía de la voluntad en materia laboral.

c) El derecho a desarrollar cualquier actividad económica debe necesariamente regirse por la normativa legal que la regula. En esa perspectiva, la actividad laboral debe regirse por la legislación del ramo que la reglamenta. Es esa misma normativa la que obliga a las partes a escriturar el contrato de trabajo cuando se presenta una relación de subordinación o dependencia.

d) El trabajo de las promotoras de ventas no implica, por sí, en forma anticipada, una actividad que deba ser excluida del ámbito de aplicación del Código del Trabajo. Para llegar a esa conclusión es necesario examinar en la especie qué tipo de relación jurídica concurre y si se presentan los requisitos que la propia ley ha establecido. Lo que sí excluye el artículo 8° del Código son los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público. Puede que el trabajo de promoción de un determinado producto no cumpla, en un caso concreto, con una exigencia de esta naturaleza.

e) Aun cuando las partes hayan afirmado en documentos que su relación jurídica no es del tipo laboral, en esta disciplina rige el principio de primacía de la realidad lo que lleva envuelto la exigencia de estar más a lo que sucede en los hechos que a lo expresado en documentos o acuerdos.

f) La facultad de fiscalización de la Dirección del Trabajo es una facultad amplia que obliga a requerir el cumplimiento de la normativa laboral. En el evento que los hechos que sirven de base para exigir ese cumplimiento no se den en la especie, el afectado podrá recurrir ante las instancias correspondientes, como son la propia Dirección o los Tribunales del Trabajo, a fin de que fallen sobre el fondo de la cuestión.