



TESINA CARRERA DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE VALPARAISO

EL TRABAJO DE LOS EMPAQUES DE SUPERMERCADO  
RELACION LABORAL ENCUBIERTA

ALUMNA: JACQUELINE OSORIO BARAHONA  
PROFESORA GUIA: DANIELA MARZI MUÑOZ  
OCTUBRE 2010

## **INDICE**

### **CAPITULO I**

1.- ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE LOS EMPAQUES.	PAG. 7
2.- LOS EMPAQUES Y EL CONTRATO DE MANDATO.	PAG. 7
2.1.- EXISTENCIA DE CONTRATO.	PAG. 8
2.2.- QUIEN ES MANDANTE Y MANDATARIO.	PAG. 8
2.3.- QUIEN RESPONDE FRENTE A UN POSIBLE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL.	PAG. 9
3.- LOS EMPAQUES Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.	PAG. 9
3.1.- DOCTRINA ADMINISTRATIVA.	PAG.10
4.- LOS EMPAQUES Y LA SUBCONTRATACION LABORAL	PAG.11
4.1.- ELEMENTOS DEL TRABAJO EN REGIMEN DE SUBCONTRATACION.	PAG. 12
4.2.- ANALISIS COMPARATIVO.	PAG. 14
4.3.- EFECTOS DE LA INFRACCION A LOS REQUISITOS DE LA SUBCONTRATACION.	PAG.19
5.- LOS EMPAQUES Y EL CONTRATO DE SERVICIOS TRANSITORIOS	PAG.19
5.1.- ANALISIS COMPARATIVO	PAG.22

### **CAPITULO II**

1.- LOS EMPAQUES Y LA LEY LABORAL.	PAG. 24
1.1.- LA PERSONALIDAD DE LOS SERVICIOS.	PAG. 25
1.2.- LA REMUNERACION.	PAG. 25
1.3.- LA SUBORDINACION Y DEPENDENCIA.	PAG. 25
1.3.1.- ANALISIS NORMATIVO DE LA SUBORDINACION	PAG. 26
1.3.2.- DOCTRINA DE LOS AUTORES.	PAG.26
1.3.3.- DOCTRINA ADMINISTRATIVA.	PAG.29

CAPITULO III	
1.- EL FRAUDE LABORAL.	PAG. 33
2.- LA SIMULACION LABORAL.	PAG. 35
2.1.- LA SIMULACION Y EL CODIGO DEL TRABAJO.	PAG. 36
3.- EL ENCUBRIMIENTO DENTRO DE LA FIGURA DEL FRAUDE DE LEY	PAG. 38
3.1.- EL ENCUBRIMIENTO LABORAL.	PAG. 39
3.2.- EL ENCUBRIMIENTO Y EL CODIGO DEL TRABAJO.	PAG. 40.
CONCLUSION	PAG. 41
BIBLIOGRAFIA	PAG. 43

**ABSTRACT:** El trabajo de los empaques de supermercado, es una figura que en los últimos años ha sido objeto de múltiples calificaciones, tanto jurídicas como no jurídicas, cada una de las cuales nos impedía conocer su real naturaleza y aseverar con absoluta convicción, cual era el régimen jurídico aplicable a la misma. Se le ha señalado como mandato, como arrendamiento de servicios, como suministro de trabajadores, todo lo cual la ha dejado en un absoluto anonimato. En la práctica todos los actores involucrados le han negado su carácter laboral, pero a través de estas líneas dejaremos por establecido que cumple con todo y cada uno de los requisitos y elementos propios, de una relación laboral, develando la existencia palpable de un permanente y continuo fraude laboral.

**DESCRIPTORES:** Empaques, Relación Laboral, Fraude Laboral, Encubrimiento, Simulación

## INTRODUCCION

El objetivo de esta investigación tiene como punto central el delimitar de manera absoluta y categórica la figura del trabajo de los empaques de supermercado, figura que hasta hoy ha sido objeto de múltiples calificaciones por parte de los distintos intérpretes y operadores jurídicos, los que le atribuyen diversos sentidos de acuerdo a su propia visión de la realidad y del marco institucional que les afecta, privándola de este modo de una efectiva regulación normativa.

La incertidumbre acerca de su naturaleza jurídica nos lleva al tema de la concurrencia de normas, pues existen dos ramas del Derecho (la civil y la laboral) que en principio pretenden regir esta figura contractual, este trabajo busca dilucidar y establecer con claridad y precisión la verdadera norma atinente que nos permita terminar con esta concurrencia en principio.

El presente estudio se justifica, en Primer lugar, por la conveniencia que reviste para nuestro ordenamiento jurídico el concluir con la actual indeterminación que es fuente fecunda de abusos e irregularidades y, permitir en el futuro poder solucionar de manera correcta y acabada los conflictos de relevancia jurídica que se puedan suscitar. En Segundo lugar, por la relevancia social que implica, pues se ven afectados por aquella falta de concreción un sinnúmero de adolescentes que trabajan bajo esta estructura innominada que los hace permanecer en una absoluta indefensión. En Tercer lugar, por su relevancia practica , pues viene a solucionar un problema que aqueja desde hace bastante tiempo el buen rol y desempeño que ha tenido la Dirección del trabajo como ente fiscalizador, permitiendo llenar un vacío normativo que le dé mayor sustento a sus últimos dictámenes, que han calificado esta figura como una verdadera relación laboral.

En las páginas que siguen, intentaremos hacernos cargo sistemáticamente de este conflicto. Para ello, el trabajo se estructurara , del modo que sigue: En el Primer apartado, nos abocaremos a determinar la naturaleza de esta figura y para ello utilizaremos un método de análisis comparativo con otros contratos regulados por el Derecho Civil como son el contrato de mandato y el contrato de arrendamiento de servicios y con algunas instituciones del Derecho Laboral, como son la subcontratación laboral y el contrato de trabajo de servicios transitorios, a fin de establecer su compatibilidad o incompatibilidad

con ellas .En el Segundo apartado, incorporaremos nuestra hipótesis dentro de los elementos propios de la relación laboral con el claro objetivo de demostrar que en ella se cumplen todos los presupuestos básicos que permitan señalar que efectivamente ella existe. En el Tercer apartado nos preocuparemos del análisis del fraude laboral y su manifestación en las figuras de la simulación laboral y el encubrimiento laboral

## **CAPITULO I**

### **ESTRUCTURA DEL TRABAJO DE EMPAQUES.**

El análisis de la relación laboral en estudio, requiere previamente, el establecer como se estructura el trabajo dentro de los supermercados y quienes son las partes en esta relación contractual.

En la actualidad, se visualizan tres agentes, en el trabajo de los empaques de los supermercados :

- 1.- EL EMPAQUE: Persona natural que realiza la labor de empacar los bienes y productos, que los consumidores adquieren en el supermercado.
- 2.- EL SUPERMERCADO: Empresa que facilita la estructura dentro de la cual el empaque presta sus servicios y que se beneficia de su trabajo, pues éste forma parte de su cadena productiva.
- 3.- EMPRESA EXTERNA: Que se vincula a) con los empaques, pues esta los organiza y obtiene una utilidad, debido a que los trabajadores deben pagarle un monto de dinero por cada turno que realizan y, b) con el supermercado, quien les facilita su estructura para que realice su gestión a cambio del beneficio que les reporta el que se atiende a sus clientes.

### **LOS EMPAQUE Y EL CONTRATO DE MANDATO.**

El mandato está definido en el artículo 2116 del código civil el cual señala que “Es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra que se hace cargo de ellos, por cuenta y riesgo de la primera”

Esta definición nos entrega sus elementos esenciales, que es un contrato, de confianza, cuyo objeto es la gestión de uno o más negocios y que el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante. Si extrapolamos estos elementos al trabajo que realizan los empaques se nos presentan ciertas interrogantes, primero ¿existe efectivamente un contrato? segundo ¿Quién es mandante y mandatario en esta relación contractual? tercero ¿Quién responde frente a un posible incumplimiento contractual?

## **EXISTENCIA DE UN CONTRATO**

En el trabajo de los empaques no existe contrato alguno escriturado entre éstos y el supermercado, ni tampoco entre ellos y la empresa externa, no obstante lo anteriormente expresado se podría señalar que el cumplimiento de tal requisito no sería imprescindible, pues el mandato por regla general es consensual bastando únicamente el acuerdo de voluntades para que quede perfeccionado, siendo así, de todas maneras se requeriría manifestación de voluntad por parte de ambas partes contratantes, lo cual estamos convencidos no existe y en caso contrario, ésta estaría viciada, pues el empaque nunca ha contratado los servicios de la empresa externa para que lo represente, ni menos le encomienda la gestión de algún negocio y, si existe alguna vinculación con esta empresa es porque se ve coaccionado a ello para poder acceder a dicha fuente laboral.

## **QUIEN ES MANDANTE Y MANDATARIO**

Se ha señalado que en esta figura el mandante sería el trabajador y el mandatario la empresa externa y, que la gestión del negocio encomendado estaría dado por la representación de estos trabajadores frente al supermercado, por lo tanto, habría un mandato con representación y remunerado.

Independiente de la postura que adoptemos frente al carácter amplio o restringido del término “gestión de negocios” haciéndola extensiva solo a los actos jurídicos o bien a cualquier otro negocio o actividad de naturaleza económica, ambas requerirían de cierta atinencia ya sea en la creación, mantenimiento o extinción de relaciones jurídicas, situación que en esta figura no está presente, pues no existe ningún reconocimiento formal de algún tipo de relación jurídica entre partes. A mayor abundamiento se niega tajantemente que esta empresa externa sea un intermediario de la relación entre los empaques y el supermercado, pues este último no acepta ninguna vinculación con dichos trabajadores.

Ahora, si nos ponemos en la hipótesis de que el mandante es el supermercado el cual le solicita a la empresa externa que gestione la búsqueda de personal para que desarrolle la labor de empaque y el mandatario la empresa externa, llegaremos a la misma conclusión anterior, pues no se reconoce vinculación contractual alguna entre ambas empresas.

## **QUIEN RESPONDE FRENTE A UN POSIBLE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL**

Como ya hemos señalado, no hay claridad de quienes son las partes de este tipo contractual hasta este momento innominado, pues ninguno de nuestros sujetos puede ser colocado eficazmente en alguno de los roles propios del contrato de mandato, menos aún se podría señalar quien es el responsable frente a un posible incumplimiento, pues ni siquiera hay un reconocimiento de una relación jurídica de carácter contractual.

En conclusión: si bien es cierto podemos encontrar en esta figura alguno de los elementos del contrato de mandato como es por Ej. Su carácter consensual, le son ajenos la mayoría de sus requisitos esenciales como son, la falta de relación jurídica, que es un contrato de confianza, que el mandatario actúe por cuenta y riesgo del mandante, la existencia de un mandante y un mandatario claramente establecidos que determine su bilateralidad y en definitiva la existencia de alguna obligación para aquellas partes que no se obligan a nada y sólo reciben los beneficios del trabajo de otros.

## **LOS EMPAQUES Y EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS**

El artículo 1915 del código civil, define el contrato de arrendamiento señalando que “el arrendamiento es un contrato en el que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado”

Nuestro código civil establece como formas de arrendamiento, a.- el arrendamiento de cosas (artículos 1926 a 1977) b.- el arrendamiento para la confección de obra material (artículos 1996 a 2005) y c.- el arrendamiento de servicios inmateriales (artículos 2006 a 2012), sin embargo el que interesa a nuestro estudio es este último, es decir el arrendamiento de servicios inmateriales donde el arrendador toma el nombre de empleador y el arrendatario de empleado.

El profesor Ugarte, señala que dentro de este arrendamiento encontramos los servicios aislados, los servicios que consisten en una larga serie de actos y los servicios prestados por profesionales (2004: p. 61)

En todos estos contratos de arrendamiento de servicios el arrendador se obliga a trabajar o a prestar determinados servicios al arrendatario en forma, lugar y tiempo

convenidos mediante un pago, por lo tanto el arrendatario está obligado a retribuir dichos servicios mediante una remuneración.

Al homologar las figuras ya mencionadas con la labor que realizan los empaques, queda de manifiesto que esta última no cumple con los requisitos propios del arrendamiento de servicios, en virtud de las siguientes razones:

1.- Desde el derecho romano la *locatio operarum* se concibió como un acuerdo entre partes iguales, faltando desde éste punto de vista, esa sensibilidad social, fundamento primario que da origen al carácter protector del derecho del trabajo, pues es de recordar que este derecho como asimismo toda la legislación social, se basa en la existencia de un tipo social “el trabajador asalariado” que no puede ser tratado como parte contractual del modo civil por su falta de poder económico. A mayor abundamiento, en esta figura ninguna de las partes paga un precio determinado por los servicios prestados, al contrario la única remuneración que reciben estos trabajadores es la propina que le proporcionan los consumidores o clientes del supermercado

2.- La insuficiencia de las categorías civiles de actividad/resultado propias del esquema de arrendamiento de servicios, para explicar el contrato de trabajo, no solo será detectada por parte de la doctrina perteneciente a la corriente del socialismo jurídico alemán con sus exponentes Menger y Gierke (Ugarte, 2004: p. 33), sino que también se hará latente para los propios operadores del derecho que rápidamente comenzaran a utilizar la subordinación jurídica como elemento diferenciador de la relación jurídica laboral.

3.- Esta figura no esta en condiciones de dar un cauce jurídico idóneo a la nueva realidad del empleo masivo de trabajadores.

## **DOCTRINA ADMINISTRATIVA**

Es frecuente que, aun cuando se suscriba un contrato de prestación de servicios que se registrá por el derecho civil, en la práctica se den en esa vinculación, los requisitos que el artículo 7 del código del trabajo establece para estar frente a una relación cuyo contenido sea reglado por el derecho laboral.

Bajo estas circunstancias la doctrina administrativa nos ha señalado que en los casos en que concurran los elementos que determinan la existencia de un contrato de trabajo en los términos prescritos por el artículo 7 ,se excluye la posibilidad de celebrar para tales efectos un contrato de prestación de servicios “a honorarios” Ord. N° 4.422/317,23.10.00

A su vez, la Dirección señala que resulta irrelevante la calificación que las partes le hayan dado a la relación jurídica que las une, ya que, en definitiva si se dan los elementos propios de una relación laboral, ésta será la relación existente entre ambos contratantes.

Dicha conclusión encuentra su fundamento, al igual que para determinar la calidad de empleador en el principio de la *primacía de la realidad* en el evento de que exista discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, pues se debe dar preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos, así, la ejecución de determinadas prácticas define y delimita el contenido del contrato.

Lo anterior también es reiterado en las Ords. N° 3.521/118.28.08.03, 6.841/324,21.11.94, 536/13,25.01.90 de la misma institución.

Los tribunales de justicia mantienen una posición diversa, pues ellos señalan que no es de competencia de los órganos de la administración, el calificar relaciones civiles como laborales, sobretodo cuando la relación de prestación de servicios ha sido registrada por escrito entre las partes, mediante un documento de carácter no laboral. (Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de abril de 1991, Rol 101/90)<sup>1</sup>.

## **LOS EMPAQUES Y LA SUBCONTRATACION LABORAL**

La subcontratación esta regulada en la ley 20.123, cuya fecha de publicación es el 16 de octubre del año 2006, ley que incorpora al código del trabajo los artículos 183 letras A, B, C, D y E.

El artículo 183-A señala que “Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas”.

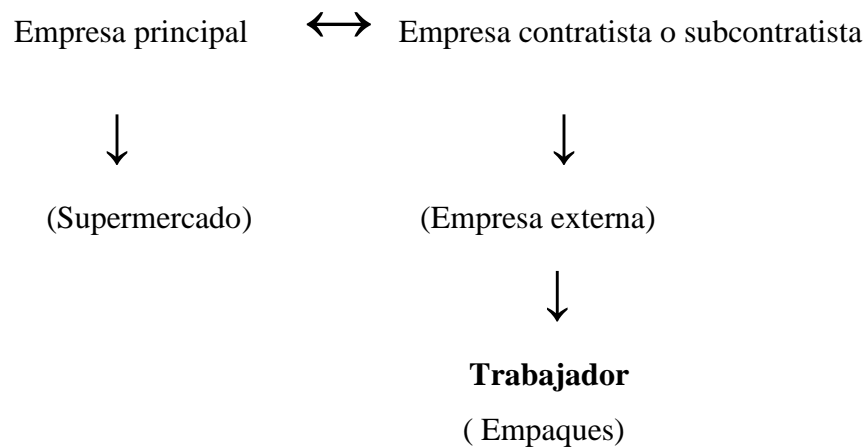
---

<sup>1</sup> Sin embargo, han existido fallos en un sentido contrario, aunque minoritariamente, a modo ejemplar señalamos (Corte Suprema Rol 1225/2005,6.04.2005),(Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 7.369/2003.5.01.2004), (Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 174/2005,24.05 2005)

Los sujetos de esta relación jurídica son, por una parte, un empleador, denominado contratista o subcontratista, por otra una persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena que la misma ley denomina empresa principal y el trabajador que presta sus servicios en el régimen laboral de subcontratación.

La obligación que emana de este contrato puede ser de naturaleza civil o comercial y que se traduce en la ejecución de una obra o la prestación de un servicio por parte del contratista a favor de la empresa principal.

Al aplicar esta figura a nuestra hipótesis quedaría estructurada de la siguiente forma:



### **ELEMENTOS DEL TRABAJO EN REGIMEN DE SUBCONTRATACION.**

El análisis sistemático de la definición legal nos permite visualizar una serie de elementos o requisitos esenciales a la hora de determinar si nos encontramos frente a un régimen lícito de subcontratación, o bien, si la relación correspondiente obedece a una situación de clara infracción laboral, lo anteriormente señalado queda refrendado a su vez por la doctrina administrativa quien a través de la dictación de su dictamen N° 145/05 de fecha 10 de enero del 2007 , denominado “dictamen marco” ha establecido los parámetros y criterios fundamentales de las nueva normativa legal sobre subcontratación.

Estos elementos son los siguientes:

- a) Sujetos: del concepto se desprende que estamos frente a una relaciona triangular, toda vez que ella esta compuesta tanto por la empresa principal, la empresa contratista y el trabajador subcontratado.

- b) Acuerdo contractual: la génesis del trabajo en régimen de subcontratación corresponde a una relación jurídica de naturaleza civil o comercial entre sujetos privados (empresa principal y contratista), mediante la cual se contratan servicios u obras. Este contrato deberá traducirse en un contrato solemne o consensual mediante el cual las partes fijarán las condiciones de los servicios u obras contratadas.
- c) Objeto del contrato: el objeto del contrato es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio por parte del contratista. Queda claro que no existe restricción sobre los ámbitos, actividades y funciones que se pueden externalizar a través de la subcontratación, basta con cumplir con los requisitos señalados en la ley, sin importar el tipo de obra o servicio que se contrata para estimarla legítima, A mayor abundamiento, la norma previsional, ley 16.744 en su artículo 66 bis, señala con total nitidez que las empresas pueden perfecta mente subcontratar labores sean o no éstas parte de su giro.
- d) Cuenta y Riesgo del contratista: esto se desprende del acuerdo contractual entre el contratista y la empresa principal ,en virtud del cual el primero se obliga a ejecutar ,por su cuenta y riesgo, obras o servicios para esta ultima, es decir, el contratista asume íntegramente el riesgo del negocio, ya sea en su éxito o fracaso, dicho de otro modo, que se beneficie con las ganancias que el negocio genere, o bien, que soporte las eventuales pérdidas del mismo, hechos que en la practica, se traduce en el precio del contrato.
- e) Propiedad de la empresa, obra o faena: esto se traduce en que la empresa principal sea dueña de la obra, empresa o faena en que se desarrollan los servicios o se ejecutan las obras objeto de la subcontratación.

Este elemento no debe confundirse con el lugar donde debe desarrollarse la obra o prestarse los servicios , pues existirá subcontratación si la labor se desarrolla, tanto en las instalaciones o espacios físicos propios de la persona natural o jurídica dueña de la obra ,empresa o faena, como fuera de éstos , pues la dirección del trabajo ha hecho primar la idea de que se trate de actividades que pertenezcan a la organización de la empresa principal para la cual se desarrolla la obra o el servicio y no el lugar de la prestación.

- f) Existencia de un contrato de trabajo entre la empresa contratista o subcontratista y sus trabajadores: es decir, que el dependiente labore para un empleador, denominado contratista o subcontratista, en virtud de un contrato de trabajo.
- g) Subordinación o dependencia en la prestación de servicios del trabajador subcontratado: no obstante, el origen privado de la subcontratación, la laboralidad de la misma surge en el momento en que la empresa contratista, para cumplir su cometido, contrata los servicios de un trabajador bajo el régimen de subordinación o dependencia, el cual si bien desarrollará sus funciones o faenas en las instalaciones de la empresa principal lo hará bajo dependencia de su empleador directo, es decir el contratista. Conforme a la doctrina histórica de la Dirección del trabajo, ello se traduce en el derecho del empleador de dirigir al trabajador impartándole órdenes e instrucciones, principalmente acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de sus labores, y el deber del trabajador de acatar y obedecer las mismas.

h) Continuidad y habitualidad de la subcontratación:

- 1.- Estarán afectas a la citada normativa las obras y labores que el trabajador deba realizar para la empresa principal cuando estas impliquen “permanencia, habitualidad o alguna secuencia en el tiempo”.
- 2.- Quedarán excluidas del régimen de subcontratación, aquellas labores “ocasionales, discontinuas o esporádicas”.
- 3.- Deberá efectuarse una calificación casuística para determinar si las labores quedan o no afectas a la normativa sobre subcontratación, sobre la base de los antecedentes de que se dispongan en cada momento.

Análisis comparativo.

- 1.- En nuestra hipótesis en estudio, no existe contrato alguno entre las partes, ya sea para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, ni tampoco contrato de trabajo, sin embargo cabe mencionar en este punto que según la opinión de los autores, la génesis del trabajo en régimen de subcontratación corresponde a una relación jurídica de naturaleza civil o comercial entre sujetos privados( empresa principal y contratista), mediante la cual se contratan servicios u obras y que deberá traducirse en un contrato solemne o consensual, no obstante, la ley no exige ningún tipo de formalidad o solemnidad al contrato o acuerdo, motivo por el cual la eventual escrituración o no de aquel entre las

partes es indiferente para el cumplimiento de este requisito y su eventual existencia (Albornoz, Alviz ,Pérez, 2007: p. 33).

Por consiguiente, desde esta premisa, no existiría incompatibilidad.

2.- En cuanto la objeto del contrato: hemos señalado que este puede consistir ya sea en una obra o bien en la prestación de un servicio, a su vez queda claro en la ley que la naturaleza de las materias que pueden ser subcontratadas son ilimitadas, especialmente por la diversidad de servicios que hoy en día las empresas pueden entregar a sus clientes, no obstante ello, se reconoce como esencial para el cumplimiento de la ley, la explícita y clara descripción del o los servicios u obras que se contraten bajo el régimen legal de la subcontratación. De lo anteriormente expresado se desprende que el trabajo de los empaques también podría quedar comprendido dentro de este tipo de servicios, pues una empresa puede subcontratar cualquier fase de su ciclo productivo.

3.- Tratándose del elemento por cuenta y riesgo del contratista: el legislador condiciona la existencia de la subcontratación laboral a que el contratista ,al momento de ejecutar el encargo convenido con la empresa principal, lo haga a su cuenta y riesgo, es decir que asuma íntegramente, ya sea su éxito o fracaso.

Al interpretar este requisito es necesario no confundir el riesgo del negocio que conlleva el subcontrato laboral, con la propiedad y provisión de los medios para llevar a cabo dicho subcontrato, pues, técnicamente, es perfectamente posible que la empresa principal sea propietaria de los medios, instalaciones, insumos o equipos utilizados por el contratista en el desarrollo de sus labores, pues es conveniente recordar que el proyecto original de la ley de subcontratación si contemplaba expresamente la necesidad de que el contratista contara con medios ,al señalar textualmente que el contratista debía desarrollar su labor “con sus propios elementos” ( artículo 152 A inciso primero del mensaje del Ejecutivo N° 2943-13), sin embargo, este requisito se excluyó del concepto legal definitivamente aprobado. Cabe destacar no obstante lo anterior, que ello no implica de manera alguna la inexistencia total de medios por parte de la empresa contratista, pues en ese caso se corre el riesgo de que su labor sea catalogada como una mera provisión de trabajadores por parte de aquél a la empresa principal, situación que puede ser objeto de investigación y eventual sanción al calificarse el supuesto servicio de subcontratación, como una mera intermediación de trabajadores.

En nuestra hipótesis este riesgo recaería en la empresa externa quien es la que elige a los empaques y los contrata verbalmente, por tanto, ella debería asumir por su

cuenta y riesgo el encargo convenido, más aun considerando que obtiene un beneficio cada vez que los empaques le pagan una cantidad de dinero por los turnos que realizan

4.- Propiedad de la empresa, obra o faena: la actividad desarrollada por los trabajadores de la empresa contratista deben prestarse en la empresa principal, en opinión de la Dirección del Trabajo esto también se vincula con la facultad que posee ésta última, en cuanto al control o dirección de las labores ejecutadas por el contratista o subcontratista. De lo ya señalado se infiere que este requisito también se cumple en nuestra hipótesis, pues el empaque realiza sus labores dentro de las instalaciones del supermercado, atiende a sus clientes y para ello utiliza los medios que ella le proporciona (bolsas, carros etc.)

5.- La potestad de mando: sin duda estamos en presencia de uno de los elementos esenciales al momento de calificar la licitud de la subcontratación, por tanto es el contratista, como empleador, quien deberá supervigilar a sus trabajadores, como asimismo impartirles las instrucciones que estime pertinentes y ejercer los controles necesarios para tales efectos.

Conforme a lo anterior y siguiendo criterios de racionalidad interpretativa, es posible sostener que se trata de una subordinación de tipo funcional y no necesariamente física.

Si señalamos que esta facultad es ejercida en pleno por la empresa externa, la subcontratación podría ser compatible con nuestra figura en estudio, sin embargo cabe acotar que en la práctica, tanto la empresa externa como el supermercado comparten esta facultad, pues si bien la empresa externa es la que selecciona a los empaques, les señala los días y horarios de trabajo etc., al momento de ejercer éstos sus funciones son dirigidos bajo las normativas e instrucciones del supermercado. Bajo estas circunstancias se nos presenta una dificultad, pues aquí la potestad de mando es compartida tanto por la empresa principal como por la empresa externa.

Creemos que la mencionada dificultad se puede solucionar, señalando en primer término que esta atribución, de acuerdo a la definición de subcontratación corresponde al contratista, es decir (la empresa externa) quien es el empleador y por tanto, el legitimador activo de esta facultad, no obstante ello, no puede interpretarse dicho poder de manera extrema al punto de confundir la necesaria supervisión o supervigilancia del empleador contratista, con la forma como ella se manifiesta, pues debemos recordar que la subordinación o dependencia no está definida en la ley, siendo necesario para su calificación que el interprete, operador y fiscalizador del Derecho Laboral la pueda configurar, a través de manifestaciones concretas y no confundiéndola

con la manera como aquella se efectúa o con las personas o agentes que la ejercen . A mayor abundamiento es difícil imaginar que un tercero ajeno al supermercado pueda tomar decisiones de introducir personas en las dependencias de otro, sin que esas directivas al menos sean consultadas y coordinadas con él.

6.- La incidencia del giro en la subcontratación: mucho se ha especulado sobre la incidencia del giro de la empresa principal en las materias objeto de la contratación, específicamente, se discutió si era lícito o no que la empresa principal subcontratara o externalizara actividades o funciones propias de su giro.

A partir de la ley 20.123 queda claro que no existe restricción alguna en cuanto al objeto de la subcontratación, se puede subcontratar todo, tanto el objeto principal como cualquier fase del ciclo productivo de una empresa.

El embalaje forma parte de las etapas productivas de la empresa, pues a nuestro entender el empaque de los productos es una etapa propia del ciclo de venta al público que realiza el supermercado.

7.- En materia de responsabilidad, debemos señalar que la nueva ley de subcontratación en el artículo 183B inciso 1º, establece como regla general una **responsabilidad solidaria** para la empresa principal.

Esta solidaridad presenta las siguientes características:

- 1.- Es de carácter legal.
- 2.- Es de naturaleza pasiva, pudiendo estar obligados al pago total de la deuda tanto el contratista, subcontratista como la empresa principal.
- 3.- Abarca las obligaciones de naturaleza laboral, previsional, de seguridad e incluso indemnizatorias que correspondan por el término de la relación laboral.
- 4.- El trabajador subcontratado tiene la facultad de elegir a cual de los deudores solidarios exigirá el pago de la deuda. Queda claro la conveniencia de que esta responsabilidad recaiga en la empresa de mayor solvencia económica, que en la generalidad de los casos es la empresa principal.

A su vez, la ley ha preservado en su artículo 183B inciso 4º una **responsabilidad subsidiaria**, pero esta vez con carácter excepcional para la empresa principal en la eventualidad de que la empresa contratista no cumpla con lo estipulado en el contrato.

Para ser uso de esta limitación es necesario que la empresa principal haya actuado diligentemente ejerciendo los derechos de *información* y *retención* que la ley pone a su disposición

A) Derecho de información: consiste en la facultad que tiene la empresa principal o el contratista, según el caso, para conocer directamente de estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales (de dar) en las empresas contratistas y subcontratistas, a fin de resguardar su eventual grado de responsabilidad frente a determinados derechos de los trabajadores subcontratados que laboran en su empresa, obra o faena.

Este derecho de información establecido en el artículo 183 C, a su vez esta relacionado con la obligación que recae en la Dirección del Trabajo de informar o dar a conocer tanto a la empresa principal como contratista, las infracciones a la normativa laboral que ella constate en el marco de su facultad fiscalizadora.

B) Derecho de retención: en virtud de tal derecho, asiste tanto a la empresa principal como a la contratista, la facultad de retener el monto correspondiente a las respectivas obligaciones laborales y previsionales, las cuales se apreciarán al ejercer el derecho de información.

C) Pago por subrogación: La ley también establece el derecho de pago por subrogación, facultad que se inscribe dentro de las medidas que el legislador dota a la empresa principal o contratista “diligente” que, precaviendo posibles consecuencias patrimoniales en virtud de la eventual responsabilidad que en ellas pueden recaer, asumen directamente las obligaciones que son de cargo del contratista o subcontratista. Aquí las empresas antes mencionadas pagan voluntariamente y lo hacen con cargo a su propio patrimonio, cumpliendo con las obligaciones del empleador directo respecto de sus trabajadores, pagando sus remuneraciones y efectuando sus cotizaciones previsionales, montos que posteriormente podrá reembolsar en contra del contratista o subcontratista.

La finalidad del legislador al incorporar nuevas normas de responsabilidad fue la de propiciar que las empresas que utilizan contratistas, velaran directamente por el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales respecto de los trabajadores subcontratados, mediante el incentivo de no asumir una responsabilidad mas gravosa (solidaria) a cambio de un mayor control privado de estos deberes legales .

## **EFFECTOS DE LA INFRACCION A LOS REQUISITOS DE LA SUBCONTRATACION**

La norma del artículo 183 A, en su inciso segundo, prescribe claramente las consecuencias jurídicas cuando no se cumple con algunos de los requisitos señalados precedentemente, es decir, si la situación de hecho no califica para ser considerada como una relación laboral “en régimen de subcontratación”, señalando que: “ Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan solo a la intermediación de trabajadores a una faena ,se entenderá que el empleador es el dueño de la obra ,empresa o faena ,sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478<sup>2</sup> ”

Como se aprecia, la norma contempla dos hipótesis para calificar de infracción la ocurrencia de un hecho que se pretende exhibir como trabajo subcontratado. El primero, que falte alguno o varios de los requisitos legales antes señalados. La segunda, se relaciona con la necesidad de acreditar un fraude de ley, en cuanto a que la empresa principal o contratista, según sea el caso, utilice este instrumento a fin de encubrir un vínculo laboral directo. Dicho de otra forma, caerá en esta infracción aquel que cumpliendo aparentemente con los requisitos legales, disfrace una relación laboral directa con sus trabajadores mediante la interposición de un falso contratista o subcontratista, situación que a nuestro parecer resulta compatible con nuestra hipótesis en estudio, pudiéndose aplicar plenamente los efectos que prescribe la normativa legal, es decir o transformamos en empleador a la empresa principal (supermercado) quedando éste sujeto a todas las obligaciones y derechos laborales y previsionales desde el inicio de la relación aparente o carente de alguno de los requisitos o bien aplicamos el artículo 507 del código del trabajo en caso de simulación o subterfugio incoando un procedimiento ya sea en sede administrativa o judicial para que se declare y sancionen tales efectos.

## **LOS EMPAQUES Y EL CONTRATO DE TRABAJO DE SERVICIOS TRANSITORIOS.**

El párrafo 2º de la ley 20.123 bajo el título “De las empresas de servicios transitorios, del contrato de puesta a disposición de trabajadores y del contrato de trabajo de servicios transitorios”, se hace cargo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico laboral del fenómeno de la externalización a través del *suministro de trabajadores*.

---

<sup>2</sup> Artículo modificado por ley 20.260 y reemplazado por el Art. 507

Para tales efectos la nueva normativa crea la denominación de servicios transitorios, con la evidente intención de diferenciar absolutamente esta figura de la subcontratación.

El legislador de este modo ha validado esta peculiar forma de relación laboral bastante utilizada en la práctica, y que antes de la ley 20.123 era un terreno propicio para el abuso laboral.

De la normativa antes señalada, se desprende que el suministro de trabajadores es “Aquella figura que consiste en que una empresa cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores (Empresa de Servicios Transitorios), debidamente habilitada para el ejercicio del mismo, pone a disposición de otra empresa (Empresa Usuaria) mediante un contrato solemne y a cambio del pago de un precio determinado, los servicios laborales de sus empleados, pero reteniendo para sí la calidad de empleador respecto de aquellos”. (Albornoz et al., 2007: p.101)

El suministro de trabajadores se estructura de acuerdo al artículo 183-F de la manera siguiente:

A.- Empresa De Servicios Transitorios: Toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas ultimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras afines en el ámbito de los recursos humanos.

B.- Usuaria: Toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-N del código del trabajo.

C.- Trabajadores De Servicios Transitorios: Todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquella.

Esta figura de acuerdo a la actual normativa presenta las siguientes características:

1.- Los servicios transitorios solo pueden ser ofertados a través de empresas organizadas bajo alguna estructura societaria, con personalidad jurídica e inscrita en un registro público de carácter especial y administrado por la Dirección del Trabajo.

2.-Si bien, de acuerdo a la definición legal el objeto social de estas empresas queda circunscrito a uno de carácter exclusivo, la propia norma (artículo 183F) se encarga de matizar su aparente rigidez al consagrar una amplitud de giro al señalar “como otras actividades afines”.

3.-En cuanto a la naturaleza de los servicios, la ley autoriza la externalización de servicios a condición de que estos sean transitorios u ocasionales. De este elemento se desprende la clara intención del legislador de corregir la anómala práctica del suministro permanente, ampliamente difundida en algunos sectores de nuestra economía.

4.- Los servicios transitorios pueden ser prestados o ejecutados por el trabajador a favor de una o más empresas usuarias.

5.- Las empresas de servicios transitorios no podrán tener relación societaria de ningún tipo, con empresas usuarias que contraten sus servicios.

6.- Existencia de un contrato de puesta a disposición: dicho contrato constituye un acuerdo de carácter civil o comercial que liga a la Empresa de Servicios Transitorios con la Empresa Usuaria y que constituye el medio para proveer la externalización de trabajadores bajo esta figura. Este contrato debe constar por escrito, solemnidad exigida por vía de prueba como *ad solemnitatem*, por tanto éste es un contrato *solemne* y la solemnidad consiste en la *escrituración*, la falta de este requisito de validez acarreará la nulidad absoluta del contrato e incluso podría derivar en una atribución distinta del elemento dependencia y subordinación.

La Nueva legislación ha sido rigurosa al establecer de forma obligatoria una serie de menciones que deberá contener el señalado contrato como por ejemplo, la causal que las partes invocan para la contratación de los servicios transitorios, los puestos de trabajo para los cuales se realizarán tales servicios, pretendiendo de esta manera proteger al trabajador de eventuales abusos laborales .

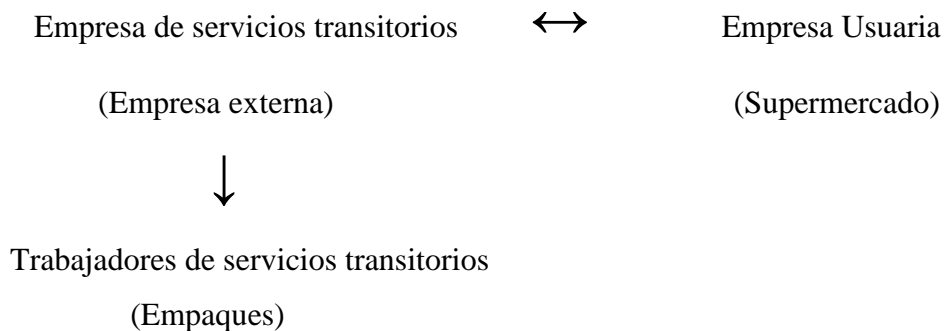
7.- Existencia de un contrato de trabajo de servicios transitorios: esta convención es típicamente laboral y a través de ella se relacionan la Empresa de Servicios Transitorios con sus trabajadores, las obligaciones que de él emanan son las mismas de toda relación laboral, por un lado la prestación de un servicio y por otra el pago de una remuneración determinada. Este contrato también debe celebrarse por escrito, requisito cuya omisión implica la nulidad del mismo

8.- La facultad de mando: entendiéndose por tal, la facultad de dirigir y organizar el trabajo, está en manos de la Empresa Usuaria, lo que se desprende de los artículos 183 letras W y X.

9.- Esta figura es de carácter transitorio: su periodo de ejecución va a depender de la circunstancia en virtud de la cual se celebren el contrato de puesta a disposición de trabajadores, no obstante ello no superará los 180 días.

10.- En materia de responsabilidad el artículo 183-AB, señala que la usuaria será subsidiariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a los trabajadores de las empresas de servicios transitorios.

Al traspasar estos datos al análisis del trabajo de los empaques, se constituye la siguiente estructura



Análisis comparativo.

Al analizar los requisitos que exige la actual normativa legal en relación a los servicios transitorios, nos permite señalar que es incompatible con la figura del trabajo de los empaques.

Lo anterior se describe de la siguiente forma:

1.- Inexistencia de contratos: hemos señalado reiteradamente que el trabajo de los empaques como asimismo, la relación de la empresa externa con el supermercado, no están amparadas por contrato alguno y en esta figura la escrituración de ambos contratos es una solemnidad, por lo tanto en principio, no se podría aplicar la normativa de los servicios transitorios

Sin embargo, el artículo 183N en su inciso final, pone de manifiesto en un claro intento por brindar protección al trabajador, que en la eventualidad de que no exista contrato escriturado, el trabajador se considerará dependiente de la Empresa Usuaria y que dicho vínculo se regirá por las normas de la legislación laboral común.

2- Su carácter transitorio: el código del trabajo en su artículo 183-O señala que estos servicios se prestan por un lapso no superior a 180 días y que solo será prorrogable si al tiempo de terminación del contrato, subsisten las circunstancias que motivaron su celebración hasta completar los 90 o 180 días según el caso, requisito que no se presenta

en el trabajo de los empaques, pues éste tiene el carácter de permanente y es de normal ocurrencia que muchos de estos trabajadores lleven años desarrollando tal actividad.

A pesar de lo anteriormente dicho, la normativa vigente (artículo 183 T) ha prescrito un efecto diverso a la nulidad en caso de que se excediere el tiempo de duración de la prestación de servicios del trabajador para la Empresa Usuaria, transformando su contrato en indefinido y atribuyendo su dependencia a la Empresa Usuaria quien pasa a ser el empleador desde la fecha en que haya comenzado a prestar servicios para ella.

3.- Las empresas de servicios transitorios deben inscribirse en un registro especial y público que lleva al efecto la Dirección del trabajo, requisito que no se cumple por parte de la empresa externa en nuestra hipótesis.

No obstante lo anterior, El artículo 183 AA prevé la celebración de contratos de puesta a disposición de trabajadores de servicios transitorios con empresas que no se encuentren inscritas en este registro, a tal situación anómala se le aplicará la normativa general del código del trabajo, entendiéndose que el trabajador posee relación laboral directa con la empresa usuaria, sin perjuicio de la sanción por parte de la Dirección del Trabajo equivalente a 10 UTM.

4.- El artículo 183-S señala expresamente que: “En ningún caso la empresa de servicios transitorios podrá exigir ni efectuar cobro de ninguna naturaleza al trabajador, ya sea por concepto de capacitación o de su puesta a disposición de una usuaria”. Esta norma es claramente incompatible con nuestra hipótesis, pues es reconocida la exigencia de un pago por parte de los empaques a esta empresa externa cada vez que estos inician un turno en el supermercado, pago que si no es efectuado les impediría desarrollar su labor.

5.- La ley señala los supuestos por los cuales se permite la contratación de servicios transitorios, la procedencia de dichos servicios descansa en la concurrencia de alguna de las causales previstas en el artículo 183 Ñ, que habilitan este tipo de externalización.

Consecuentemente con lo anterior, podemos señalar que el trabajo de los empaques de supermercado no está considerado dentro de las causales que permiten la contratación de servicios transitorios.

En el artículo 183U, el legislador se ha colocado en el supuesto que la empresa usuaria se ha valido de una justificación distinta a las contempladas en la ley para recurrir al suministro, equiparando una situación de esa naturaleza con aquellas contrataciones que, amparándose en la figura de los servicios transitorios, están destinadas a encubrir relaciones laborales de carácter permanente.

Lo anterior queda de manifiesto a la luz de la redacción de este artículo el cual señala que “Los contratos celebrados en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios transitorios o que tengan por objeto encubrir una relación de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude de ley”.

Esto nos permite establecer que es irrelevante para la ley la verdadera motivación que la Empresa Usuaria, haya tenido a la vista, al externalizar parte de sus labores a través de los servicios transitorios, bien que se haya incurrido en un simple error en la calificación o bien se hubiere obrado con la intención precisa de vulnerar la transitoriedad de la figura, la ley en cualquiera de las situaciones antes descritas la calificara como fraude.

Los efectos de esta infracción se traducen en que el trabajador se considerará dependiente de la usuaria, rigiéndose esta vinculación por las normas comunes del código del trabajo, es decir, volvemos a la aplicación de la normativa general en materia laboral.

## **CAPITULO II.**

### **LOS EMPAQUES Y LA LEY LABORAL**

El código del trabajo en su artículo 9 señala que el contrato de trabajo es “consensual” por lo tanto como no se exige formalidad alguna para su perfeccionamiento, basta el solo consentimiento de las partes contratantes para que se repute perfecto y la concurrencia de ciertos hechos que hagan presumir la existencia de una relación laboral. Estos elementos se desprenden del artículo 7 del código del trabajo y son:

- 1.- Prestación de servicios personales.
- 2.-. Una remuneración por los servicios prestados
- 3.- Ejecución de la prestación bajo subordinación o dependencia respecto de la persona en cuyo beneficio se realiza.

El artículo 8 del mismo cuerpo legal señala que toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo 7, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.

Lo expuesto, es refrendado por las Ord. De la Dirección del trabajo N° 649/22,09.02.05 y 2.701/65.10.07.03 que señalan que constituye una relación laboral que debe materializarse en un contrato de trabajo, toda prestación que reúna las condiciones

señaladas en el artículo 7 del Código del trabajo, aun cuando las partes le hayan dado otra denominación a la respectiva relación jurídica.

En resumen, para determinar la existencia de un contrato de trabajo, deberá establecerse si en la referida relación jurídica se dan los elementos y requisitos contemplados en los artículos 7 del código del trabajo, apoyándonos en el artículo 3 el cual establece las definiciones legales y haciendo extensivas las consecuencias jurídicas del artículo 8 del mismo código, en el caso que se cumplan los requisitos antes establecidos. Es decir, son estas las disposiciones a las que se deberá recurrir para determinar si estamos en presencia de un contrato de trabajo o bien frente a una relación jurídica distinta.

### **1.- LA PERSONALIDAD DE LOS SERVICIOS**

El contrato de trabajo es un contrato *intuitu personae* que requiere de una realización personal por parte del trabajador, no susceptible de ser ejecutado por terceros, esta característica se cumple a cabalidad en el trabajo que realizan los empaques, pues ellos directamente ejecutan la labor de empaclar los bienes y productos que se venden en el supermercado.

### **2.-LA REMUNERACION**

El artículo 7 del código del trabajo señala que “el contrato individual” es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo subordinación y dependencia del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada” de lo expresado anteriormente y de la naturaleza consensual de este contrato se desprende que concurren tales elementos, sin embargo, en nuestra figura el empleador no cumple con su obligación de pagar una remuneración por los servicios prestados incurriendo en una abierta infracción y abuso.

### **3.-LA SUBORDINACION Y DEPENDENCIA.**

Este elemento del contrato de trabajo ha sido determinante a la hora de calificar la existencia o no de una relación laboral, pues se ha establecido como condición esencial para la configuración de una relación jurídico laboral regida por las normas del código de trabajo, a su vez este elemento ha servido de puerta de escape para todos a aquellos que pretenden desconocerla.

## **ANALISIS NORMATIVO DE LA SUBORDINACION**

El artículo 3 del código del trabajo define en su inciso primero letra a), qué se entiende por empleador señalando “Es aquella persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o mas personas en virtud de un contrato de trabajo”

Si nos apegamos estrictamente al sentido literal de esta norma queda claramente de manifiesto que en nuestra hipótesis si existe un empleador que es el supermercado, pues es éste el que “*utiliza*” los servicios materiales de los empaques.

A su vez, el mismo artículo 3 en su letra b), señala que se entiende por trabajador: “Toda persona natural que presta servicios intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”.

El empaque es una persona natural que presta servicios materiales al supermercado y lo hace bajo dependencia y subordinación, pues realiza su trabajo dentro del recinto del supermercado, recibe instrucciones, cumple con horarios y asistencia, utiliza un uniforme relacionado con la empresa, es sancionado e incluso despedido, entonces cabe preguntarse ¿como puedo despedir a alguien que no esta bajo mi potestad de mando?

El artículo 4 del código del trabajo establece una presunción de derecho que señala que contrae las obligaciones de empleador la persona que ejerce “*habitualmente*” funciones de control y administración, efecto que se produce ya sea que ese ejercicio lo haga por cuenta propia o ajena. Situación que nos permitiría abarcar tanto al supermercado como a la empresa externa, pues ambas ejercen este control y administran el trabajo de los empaques de manera directa y habitual.

## **DOCTRINA DE LOS AUTORES**

No existe un concepto normativo de subordinación. Solo la doctrina y mayormente la jurisprudencia ha tratado de delimitarlo estableciendo diversos criterios, entre ellos:

José Luis Ugarte ha señalado que la subordinación es una noción abstracta diseñada genéricamente y que se caracteriza por ser:

1.-Una noción formal, que atiende a la posición jurídica de las partes y no a su situación material de ambas, es decir se basa en la existencia de un empleador quien detenta el

poder y de un trabajador que esta a su disposición para ejercer las funciones por él determinadas.

2.-Un sistema de indicios, comprendiendo entre ellos, todas aquellas manifestaciones paradigmáticas del ejercicio del poder jurídico de una de las partes con respecto a la otra, entre ellos (cumplimiento de jornada, recepción de instrucciones, cumplimiento de horarios, etc.) (Ugarte ,2004: p. 45)

El referido autor, pone de manifiesto que la noción de subordinación ha presentado la siguiente evolución:

1.- Noción física: este tipo de subordinación es característico de la empresa fordista donde se pone énfasis en la presencia física del trabajador dentro de la empresa, puesto a disposición de un empleador, quien ejerce el mando y control directo en las faenas, bajo una total sujeción.

2.- Noción productiva o funcional: Esta busca reemplazar la noción física, en ella existe una atenuación de la sujeción la que da paso a la cooperación, aquí el empleador ya no dirige y controla facticamente al trabajador, sino que organiza la actividad encaminada a la concreción de determinados propósitos y objetivos.

Esta noción tiene sus cimientos en los nuevos tiempos, la nueva concepción de empresa que evoluciona de la tradicional producción fordista a una nueva forma de organización mas flexible, con nuevas formas de contratación, con relaciones empresariales en red coordinadas para la producción, las cuales hacen necesario visualizar la subordinación con otro prisma, alterando la concepción del empleador tradicional que supervisaba el trabajo y daba órdenes, todo lo anterior tiene sus fundamentos en que la ley no ha definido lo que debe entenderse por subordinación o dependencia jurídica, a su vez la propia ley se ha encargado de descartar abiertamente que la subordinación se trate de una cuestión de mando y control directo, pues el artículo 22 del código del trabajo también considera trabajador a quienes realizan su labor sin fiscalización superior inmediata (Ugarte, 2004: p. 54 ).

Concuerdan con esta última noción los profesores Melis y Sáez, quienes expresan que la subordinación jurídica, debe ser atendida en cuanto al empleador tiene la potestad de mando funcional, referido a la adecuada prestación de servicios, y correlativo deber de obediencia del trabajador, que obliga a este sin quebrantamiento de su libertad. (Melis, Sáez, 2009: p. 43)

Desde otra perspectiva, el profesor José Luis Ugarte, señala 2 métodos que nos permiten llegar a establecer la existencia de la subordinación.

1.- Método Subsuntivo: Este criterio está definido por uno o más elementos enumerados exhaustivamente, y que deben ser considerados por el legislador, por el juez o por quien corresponda, como esenciales, de tal manera que la ausencia de uno de ellos importará necesariamente la no aplicación del concepto de subordinación. Por ello “La calificación se realiza mediante la comparación analítica de los elementos contenidos en la definición y los que estén presentes en el caso concreto”, bajo un juicio de identidad plena.

2.- Método Tipológico: Entiende a la subordinación como un tipo normativo, que describe de modo abierto y aproximado una determinada condición que debe ser correspondida por los hechos a ser calificados, a través de un juicio de semejanza entre el tipo normativo y el caso fáctico. A este método corresponde, sin duda, la operación del criterio de subordinación jurídica por la vía de un sistema de indicios abierto y elástico, que no exige la concurrencia de todos y cada uno de los indicios, sino de un número suficiente que permita al aplicador del derecho sostener esa correspondencia. (Ugarte, 2004: p 48 y 49)

Cualquiera sea el criterio o método que adoptemos, en su aplicación al caso concreto que nos atañe, queda de manifiesto la existencia de dependencia y subordinación, pues si analizamos la hipótesis desde el punto de vista tradicional existe un trabajador que físicamente está a disposición del empleador, que trabaja dentro de su empresa (supermercado) y bajo su consentimiento, son seleccionados y entrevistados para poder acceder al puesto de trabajo, cumplen con horarios, usan uniforme con los colores distintivos de la empresa o sus logos, debe cumplir con instrucciones, si falta al trabajo es sancionado o despedido, pues existe un registro de asistencia etc.

A su vez, si lo analizamos desde un punto de vista productivo el empaque cumple un rol dentro de la cadena productiva del establecimiento, pues su servicio es indispensable para entregar un buen servicio al público, este servicio es catalogado como un activo en la captación de clientela, este servicio les entrega una ventaja competitiva a los supermercados en relación a otros establecimientos, es un servicio económicamente relevante para el supermercado pues dicho trabajo cierra el proceso productivo de venta.

Por consiguiente, cabe afirmar que los directamente beneficiados con la prestación del servicio de empaque, son los supermercados.

Para el profesor Palomeque se deben buscar manifestaciones concretas, lo que él denomina “indicios” que permitan ordenar el concepto jurídico de subordinación, como sometimiento al poder de dirección del empresario, en los diversos y cambiantes tipos de

trabajo, dando paso, un respiro o alivio en la difícil tarea de conceptualizar la subordinación del trabajador. (Palomeque, 1999: p.622)

Estas manifestaciones concretas del vínculo de subordinación o dependencia deben constatarse en cada caso en particular, teniendo presente, además, que no es necesario que las mismas concurren en forma copulativa. Del mismo modo, la intensidad del vínculo podrá variar en un caso u otro.

## **DOCTRINA ADMINISTRATIVA**

La Dirección del trabajo, ha sostenido que el vínculo de dependencia y subordinación se manifiesta a través de diversas circunstancias concretas tales como:

Continuidad de los servicios prestados.

Obligación de asistencia del trabajador.

Cumplimiento de horario de trabajo.

Obligación de ceñirse a las órdenes e instrucciones dadas por el empleador.

Obligación de asistencia del trabajador.

Supervigilancia en el desempeño de sus funciones.

La obligación de mantenerse a disposición del empleador.

Lo anterior se desprende de sus dictámenes, señalando a modo ejemplar las Ord.Nº 141/05,10.01.2007, 1.171/025,29.03.07 ,3.517/114,28.08.03, 4.422/317,23.10.00.

Cabe destacar, dentro de los dictámenes de la Dirección del trabajo, aquellas Ord. que se refieren a nuestra hipótesis en estudio. En estos dictámenes la Dirección del trabajo reconsideró la doctrina sustentada por el mismo servicio a través del dictamen 4.775-211,24.08.92.que señalaba que el vínculo entre el supermercado y los empaques no constituía una relación jurídico laboral que debía materializarse en un contrato de trabajo

1.- Ord.Nº 5845/365,30.11.99 señaló que era posible reconsiderar la doctrina emanada por el órgano administrativo el año 1992, fundada en los siguientes argumentos:

- a) Que el trabajo de los empaques se realiza al interior de un recinto privado, bajo el consentimiento de su propietario.
- b) Que los empaques están afectos al cumplimiento de un horario para la realización de sus servicios.
- c) Que los empaquetadores utilizan un delantal o pechera con los colores y distintivos propios de la empresa o supermercado
- d) Que su área de trabajo se desarrolla en el mesón de las cajas registradoras

- e) Que su labor consiste en empaclar la mercadería de los clientes de los supermercados y en algunas ocasiones trasladar las mismas a sus vehículos.
- f) Que los propios administradores y cajeros de dichos establecimientos han señalado que la labor de los empacadores es indispensable para un buen servicio al público.
- g) Que los empaques están sujetos a cumplir con una asistencia y en caso de no concurrencia son suspendidos e incluso despedidos.

De los hechos constatados anteriormente, es posible advertir que el empaque es un servicio al cliente, valorado como activo en la captación de la clientela y que, por lo tanto, no puede ser considerado como intrascendente comercialmente, para el supermercado pues estos jóvenes están realizando un servicio incorporado a la cadena productiva del establecimiento.

En efecto, por la organización del proceso industrial de los supermercados, el empaque es la etapa final de dicha actividad, siendo este servicio una ventaja competitiva para dichas empresas, dado que la circunstancia de empaclar o no el producto vendido es un beneficio más, pues el cliente lo aprecia como una mejor atención.

Por consiguiente, cabe afirmar que los directamente beneficiados con la prestación del servicio, son los supermercados, pues de acuerdo a nuestra legislación laboral vigente reviste la calidad de empleador quien recibe o se beneficia de los servicios personales del trabajador.

2.-Ord. N° 3543/262,24.08.00 que señala que si se comprueba el hecho de que un supermercado esta recibiendo los beneficios de la prestación de servicios de una persona que empacla productos que éste vende; y en segundo término, se comprueba que, además, el supermercado acepta dicha prestación ejerciendo potestad de mando respecto al empaque, no cabe sino concluir “*presuntivamente*” que “media una relación laboral” entre ambos.

Frente a estos dictámenes de la Dirección del trabajo, que si bien es cierto, se valoran en primer termino, por atreverse a cambiar de criterio y segundo por hacer un análisis objetivo de la realidad fáctica que viven este tipo de trabajadores, extrañamos la concreción definitiva de la real existencia de una relación laboral.

Pensamos que el fundamento de esta posición descansa en la tesis de los tribunales superiores de justicia que sostienen que la Dirección del trabajo carece de competencia para calificar la naturaleza jurídica de una relación contractual de carácter laboral, pues esta es privativa de los órganos jurisdiccionales. (Corte de Apelaciones de Santiago Rol 102/909 Y Rol 7054-2003)

Esta conservadora postura señala que los ámbitos materiales de actuación los órganos administrativos del trabajo y los tribunales de justicia, son distintos y excluyentes, por tanto de rebasar la administración su ámbito de competencia restringida, su actuación sería contraria a derecho

En abierta oposición a lo expresado anteriormente podemos señalar que nuestro ordenamiento jurídico establece un modelo institucional para la aplicación de la normativa laboral de carácter mixto cuyos rasgos fundamentales son la generalidad y la concurrencia coordinada entre la administración y los tribunales de justicia, articulada de modo sucesivo, precediendo la actuación administrativa a la judicial y siendo las primeras revisables por los tribunales de justicia (Ugarte ,2008: p, 180)

Un eventual conflicto institucional se puede resolver teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1. El órgano administrativo debe abstenerse de conocer cuando el asunto ya esta siendo conocido por los tribunales de justicia.
- 2.-si el asunto ya fue conocido por el órgano administrativo, puede ser revisado por los tribunales de justicia.

La Dirección del trabajo es un órgano de la administración del Estado cuya función consiste en “velar por la correcta aplicación de las leyes del trabajo en todo el territorio de la republica” (artículo 5 DFL N° 2) y “fiscalizar del cumplimiento de la legislación laboral y su interpretación” (artículo 505 del código del trabajo).

Su facultad fiscalizadora se traduce en aplicar en derecho y aplicar el derecho es, precisamente, la calificación tanto de la premisa fáctica como de la jurídica para la resolución de una situación en particular, exista o no conflicto entre los interesados sobre como debe calificarse dicha situación, pues de lo contrario, si fiscalizar fuera solo detectar infracciones donde las partes no discrepen ,la fiscalización quedaría entonces a criterio del fiscalizado , lo que es insostenible en un Estado de Derecho (Ugarte, 2008: p. 202)

En cuanto a su función interpretativa esta es el complemento necesario de la función fiscalizadora, pues para poder controlar el cumplimiento de las normas laborales es necesario previamente determinar su sentido y alcance, cuestión que realiza mediante la emisión del acto administrativo denominado dictamen, que ha dado lugar a la jurisprudencia administrativa al generar precedentes o al modificar el criterio

interpretativo vigente ( situación esta ultima generada en el caso de los empaques de supermercado )

El desconocerle la facultad a la Dirección del trabajo de poder calificar jurídicamente una relación contractual otorgándole el carácter de laboral, significaría restarle toda efectividad en la practica a este órgano, ya que no podría ejercer adecuadamente su función protectora y fiscalizadora de la normativa laboral, todo lo cual se traduciría en que las normas laborales se transformarían en meras disposiciones programáticas,

El profesor Ugarte señala como fundamento, que ante la lentitud y onerosidad de la justicia laboral, la posibilidad que sea la inspección del trabajo la que califique y desenmascare los posibles encubrimientos laborales, es fundamental, ya que permite que el trabajo informal sea reprimido, dándole eficacia al derecho del trabajo y resguardo a los derechos de los trabajadores involucrados (Ugarte, 2008, p. 198)

A su vez, el otorgarle esta competencia, no implica infracción al ordenamiento jurídico ni tampoco una violación a los derechos de los particulares toda vez que se puede recurrir a la instancia jurisdiccional si una persona cree que sus derechos han sido vulnerados.

Otro fundamento, esta dado por la propia legislación laboral que en numerosas normas le reconoce explícitamente la facultad de calificar jurídicamente a la dirección del trabajo Ej. Artículos 12, 17, 27, 31, 37, 87, 146,305 y 331 del código del trabajo. Es más, la nueva ley de subcontratación, le reconoce expresamente a la Dirección del trabajo la facultad de calificar en su artículo 183G, dejando de manifiesto que el legislador laboral le esta dando la espalda a la tesis conservadora de la corte suprema, que reducía al órgano de la administración a un mero constataador de hechos

A mayor abundamiento, la ley 20.187 que establece la reforma procesal laboral otorga al órgano administrativo la facultad de denunciar cualquier conducta empresarial que atente contra los derechos fundamentales del trabajador, a través del “procedimiento de tutela laboral”, transformándolo en titular de la acción, pudiendo éste hacerse parte en los procedimientos judiciales.

Sin embargo, mas allá de los conflictos de competencia que se puedan suscitar el verdadero problema de fondo es tratar de dilucidar quién es el verdadero empleador, situación que atendida la normativa vigente y los recientes fallos judiciales no debería presentar mayor dificultad, pues hacen coincidir tanto a la Dirección del trabajo como a

los tribunales superiores de justicia, en una misma solución jurídica que se desprende de los siguientes argumentos:

- 1.- El contrato de trabajo es un contrato consensual.
- 2.- Su escrituración es solo un medio de prueba.
- 3.- La subordinación jurídica es una cuestión de hecho donde prima el principio de la realidad.
- 4.- El rol de empleador le corresponde a quien efectivamente recibe y utiliza los servicios del trabajador, mediante la potestad de mando.
- 5.- La calidad de empleador no se adquiere en virtud de un convenio, pues su calificación es de carácter legal y de acuerdo a su real naturaleza, por lo tanto las partes no pueden calificarla de acuerdo a su conveniencia.

### **CAPITULO III**

#### **EL FRAUDE LABORAL**

En el ámbito jurídico, el hombre se encuentra sometido en su actuar a una serie de normas imperativas y prohibitivas que, por mirar el interés general de la sociedad, pueden entrar en conflicto con los intereses y deseos particulares de cada individuo.

Es por ello, que el sujeto puede intentar realizar su voluntad quebrantando dichas normas, sin embargo, poco provecho sacará de esa actitud, toda vez que el poder estatal lo obligará a someterse a ellas, deshaciendo las conductas que lo contrarían.

De lo anterior se advierte la situación de debilidad del sujeto frente a los mandatos del ordenamiento jurídico, donde la utilización de medios directos y violentos de muy poco le servirían.

Ante tal situación, (ineficacia de los medios violentos), el hombre busca la forma de lograr el incumplimiento de las normas y a la vez, no sufrir las consecuencias que una infracción abierta le ocasionarían, para ello puede seguir dos caminos:

- 1.- Recurrir a la simulación, para poder ocultar el acto ilícito mediante un acto lícito, pero ficticio, esta vía tiene el inconveniente de que si se descubre la simulación, queda patente el acto ilícito, produciéndose las consecuencias propias de ese tipo de actos.
- 2.- El fraude de ley a través del encubrimiento, donde la letra de la ley es respetada, pero su espíritu transgredido.

Ligeropoulo, explica la causa de la utilización del fraude de ley, en los siguientes términos: “Este fenómeno del fraude a la ley es de todos los tiempos y de todos los países. Fácil de comprender la causa de que así suceda. El individuo se aviene mal con las obligaciones que el poder social hace pesar sobre el y a cuyo respeto obliga por la fuerza coercitiva de que dispone. Pero no le es dado rebelarse abiertamente contra la voluntad legal; ¿Cómo ha de asombrar pues, que intente eludir esas obligaciones por medios de artificios, de una manera indirecta? De este modo el espíritu del fraude se ve sostenido por el perpetuo antagonismo que existe entre el interés general y los intereses particulares. La salvaguardia del primero exige que el derecho ponga trabas a los segundos. En este conflicto, el hombre, naturalmente inclinado a dar preferencia a su propio interés, tratara de burlar el Derecho por medios aparentemente lícitos” (Ligeropoulo, 1930: p. 1 y 2)

Gamonal, señala “Una norma imperativa o prohibitiva, puede transgredirse en forma hipócrita o encubierta, con malicia o engaño, buscando el apoyo de otra u otras normas con el objetivo de evadir mañosamente el cumplimiento de la primera, qué por lo mismo es denominada ley defraudada, constituyendo la norma de apoyo y de apariencia una ley de cobertura. Aquí estamos frente a un fraude a la ley. (Gamonal, 2009: p. 123)

Para Díez-Picazo y Gullón “el fraude de ley se caracteriza por implicar una vulneración de una norma imperativa o prohibitiva oblicuamente. Se realiza un determinado acto o actos con el propósito de conseguir un resultado que prohíbe aquella norma, buscando la cobertura y amparo de la que regula el acto y protege el resultado normal de él, que en el caso concreto satisface el interés de las partes por ser coincidente en última instancia con el vedado” (Díez- Picazo y Gullón, 1994. p199)

Lo interesante de esta institución, consiste en utilizar la propia legalidad existente para obtener aquellos resultados que la legislación desea impedir. En otras palabras la utilización de medios lícitos permitidos por la ley para conseguir las consecuencias prohibidas por ella.

Siguiendo al autor Rodríguez Fuentes Guíñez, podemos señalar que al fraude a ley y la simulación presentan las siguientes diferencias.

- 1.- El acto simulado Quiere producir una apariencia, en cambio en el fraude se quiere producir una realidad.
- 2.- El acto simulado: es ficticio, no querido, los actos en fraude a la ley son actos reales y ejecutados por las partes para conseguir un resultado prohibido.
- 3.- El acto simulado: pretende ocultar una violación de la ley, pues oculta el acto contrario a ella mediante un acto lícito, en el fraude no se oculta el acto, sino que se lo deja claro y

visible, tratando de escapar a la aplicación de la ley, mediante una ingeniosa y artística combinación de medios jurídicos no reprobados.( Fuentes, 1998: p. 86)

El estudio del fraude laboral lo abarcaremos desde dos puntos de vista, en primer término, bajo el alero de la Simulación Laboral y en segundo lugar el Encubrimiento Laboral, No obstante que ambas figuras se manifiestan en la negación de una verdadera relación laboral ya sea disfrazándola con el ropaje de otras figuras jurídicas contractuales de naturaleza ( civil, comercial u de otro tipo) , ya sea ocultando al verdadero empleador o bien utilizando mecanismos o subterfugios que le permitan sustraerse de la aplicación de las normas laborales.

## **LA SIMULACION LABORAL**

El legislador históricamente ha hecho un esfuerzo por regular las diversas instituciones del derecho laboral, a fin de que exista un cierto equilibrio entre las partes contratantes, sin embargo, la inteligencia del ser humano y la presión de poder económico llevan a desvirtuar las normas jurídicas por lo que se hace necesaria su nueva intervención para salvaguardar el carácter protector del Derecho del trabajo.

Frente a las nuevas tendencias de la contratación laboral que procuran el tener trabajadores, pero sin los compromisos propios que impone el contrato de trabajo, dando preeminencia al acuerdo de voluntades por sobre un derecho regulado mediante normas de orden público, por ser considerado un hecho de relevancia social, nos vemos enfrentados a la institución de la simulación laboral que se manifiesta mediante cierta modalidad de actos que hacia el exterior se pretenden mostrar como emanados de la autonomía de la voluntad, para acogerlas dentro del ordenamiento jurídico, pero excediendo su normatividad en un provecho indebido.

En la simulación se oculta un acto ilícito mediante un acto lícito pero ficticio, pues existe una declaración de voluntad cuyo contenido manifiesta una voluntad que no es real, existiendo la apariencia de un acto jurídico que en realidad no existe y que es diverso de aquel que realmente se lleva a cabo, en otras palabras estamos en presencia de una voluntad Real-Interna diversa de aquella que se exterioriza y cuyo objeto es engañar a terceros.

A través de la simulación, hay trasgresión directa de una norma imperativa o prohibitiva, existiendo una violación pura y simple del tenor literal de las mismas, es

decir, la simulación más que ser un medio de eludir la ley es un medio de ocultar su violación. . (Ferrara, 1960: pp.81 y 82)

## **LA SIMULACION Y EL CODIGO DEL TRABAJO**

La simulación constituye una conducta infraccional en nuestra legislación laboral establecida en el artículo 507 del código del trabajo y que se enmarca en el concepto de “fraude laboral”.

La figura de la simulación es particularmente gravísima, pues ella más que buscar engañar al trabajador atenta contra el ordenamiento jurídico laboral pues ella pretende eludir la aplicación de las normas imperativas del derecho del trabajo establecidas por el legislador.

Esta figura esta referida a la existencia de un empleador aparente u ostensible que en realidad no lo es, es decir, se trata de un sujeto que formalmente se presenta como empleador contratante de un trabajador, no obstante que en los hechos el que ejerce el vinculo de subordinación o dependencia y que recibe y se beneficia con el producto de la labor realizada por aquel, resulta ser otro sujeto que no figura formalmente como empleador o no aparece como tal en los instrumentos que documentan la relación laboral.

Cabe destacar que la utilización del elemento de subordinación y dependencia como requisito determinante a la hora de calificar una relación de laboral o no, solo tiene como objetivo el distribuir la protección laboral a aquellos casos que evidencien la existencia de este vínculo, y no se desvirtúa por el hecho de ser otro sujeto distinto al empleador formal, quien es efectivamente el que la ejerce, pues tanto para la doctrina de la Dirección del trabajo como para la jurisprudencia de los tribunales de justicia, es empleador quien ejerce la potestad de mando y se beneficia con el trabajo subordinado de su dependiente.

Por tanto , simulación, subordinación y dependencia, empleador y principio de la realidad son instituciones laborales íntimamente ligadas a la hora de determinar la existencia o no de la primera, dicho de otra manera para poder afirmar la existencia de simulación, deberá recurrirse a los tradicionales conceptos y practicas laborales para calificar al empleador, es decir, de quien depende el trabajador y a quien le proporciona el producto de su trabajo, todo ello sin importar más que los hechos o las prácticas y no las formas o los documentos.

Esta figura, que antes de la ley 20.123 solo indirectamente estaba referida al suministro de trabajadores, hoy gracias a la nueva normativa se reconoce e institucionaliza mediante los conceptos de “servicios transitorios” o “puesta a disposición de trabajadores”.

La simulación es típicamente una figura en que la relación laboral es triangular donde existe un empleador, un trabajador y un tercero donde este ultimo cumple con un rol de intermediación o encubrimiento de un verdadero vinculo laboral, siendo indiferente la existencia del elemento subjetivo de la “intencionalidad” que se traduzca en un perjuicio o vulneración de derechos laborales.

Lo anterior ha sido explicitado en algunos dictámenes de la Dirección del Trabajo por ejemplo: Dictamen N° 0922/0025 marzo del 2003 y se desprende del actual artículo 507 que no establece como requisito que la simulación sea dolosa o con ánimo de perjuicio para que ella se constituya.

Con lo anteriormente expresado, se materializa de manera concreta la posibilidad de fiscalización por parte de la administración, pues al no establecerse el requisito del dolo la norma consagra una conducta objetiva, bastando simplemente la triangulación de la relación para configurar la infracción, resultando indiferente para ello la conducta sea realizada o no con ánimo de perjuicio o dolo, lo anterior se fundamenta en que la exigencia de estos elementos ( dolo o culpa) hacían casi imposible las investigación y sanción de estas conductas debido a lo difícil de su acreditación .

El artículo 507 del código del trabajo en su inciso primero señala expresamente que “Se sancionara con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 UTM al empleador que *simule* la contratación de trabajadores a través de terceros”.

De la lectura de la norma antes citada se puede desprender como requisitos de esta conducta calificada y sancionada como ilegal los siguientes:

- 1.- La existencia de un sujeto, sea persona natural o jurídica que tenga la calidad de empleador, es decir que reúna los requisitos señalados en el artículo 3 letra a) del código del trabajo y que debe ser considerado conforme a los hechos como acreedor de los servicios prestados y como deudor de las prestaciones laborales, pues él ejercerá la potestad de mando y percibirá del trabajador el producto de su trabajo.
- 2.- Que dicho empleador no tenga escriturado el respectivo contrato de trabajo en tal calidad con su trabajador subordinado, no obstante cumplirse con los requisitos señalados en los artículos 3 ,4, 7, 8 y 9 del código del trabajo.

3.- La concurrencia de un tercero sea esta persona natural o jurídica que se vincule con el trabajador como empleador o a cualquier otro título, produciendo como resultado la simulación de una relación laboral existente entre el verdadero empleador y el trabajador involucrado.

La nueva reforma legislativa elimino la responsabilidad solidaria entre empleador y el tercero, pasando el primero a ser plena y directamente responsable de todas las obligaciones y prestaciones que emanan de su condición jurídica de empleador.

La finalidad otorgada por el legislador a esta norma es que el verdadero empleador asuma las obligaciones laborales y previsionales por los servicios que en los hechos utiliza y de los cuales se beneficia, haciendo efectivamente aplicable el principio de la *primacía de la realidad*, principio que es plenamente coherente con el objetivo de la norma tendiente a evitar situaciones de fraude que atenten contra la normativa protectora y tutelar del derecho del trabajo, dando prioridad a los hechos por sobre cualquier estipulación o acuerdo formal que no se condiga con la realidad.

La principal manifestación de esta figura se da cuando se trata de disimular a un trabajador subordinado bajo la apariencia de ser un trabajador independiente.

Cabe destacar que los artículos 183 A, 183 U Y 183 AA, agregados a nuestra normativa laboral por la ley 20.123, recogen implícitamente el principio de la primacía de la realidad.

Luego de analizar los elementos constitutivos de esta figura, es posible señalar que nuestra hipótesis en estudio, es un típico caso de simulación laboral, pues existe un empleador fáctico (el supermercado) que utiliza y se beneficia de los servicios prestados por los empaques, pero que no reconoce vinculo laboral con ellos, y un tercero (empresa externa) quien es la que selecciona y contrata a los empaques, pero que en la practica tampoco se hace cargo de dicho vinculo.

## **EL ENCUBRIMIENTO DENTRO DE LA FIGURA DEL FRAUDE DE LEY**

Los autores distinguen entre fraude de ley en sentido amplio y en sentido restringido.

Ligeropoulo señala que el fraude en un sentido amplio es “Toda operación, toda maniobra cuyo objeto es eludir una disposición expresa de la ley o ponerse en condiciones de invocar una ley contrariamente a su espíritu” (Ligeropoulo, 1930: p. 4).

De acuerdo a esta definición quedarían comprendidos dentro de la misma, todos los tipos de fraude, por lo que nos parece adecuado colocar aquí la figura del

encubrimiento a fin de diferenciarla de la simulación, pues en éste hay una violación indirecta de la ley, ya que a través de un procedimiento licito donde se respeta el texto de la misma, se busca un resultado ilícito atentando contra su espíritu.

En este caso estamos frente a una transgresión menos aparente, porque se manifiesta externamente un respeto a la ley que en realidad no se tiene.

## **EL ENCUBRIMIENTO LABORAL**

La figura del encubrimiento en materia laboral ha tenido un explosivo aumento que se ha visto intensificado por las nuevas realidades productivas de descentralización de la empresa que dan origen a lo que se ha denominado “La Huida del Derecho del trabajo”. (Ugarte, 2004: p.14)

En esta figura observamos la existencia de un sujeto de derecho que incumple una norma legal (ley defraudada), mediante una conducta aparente y formalmente ajustada a otra ley, que da cobertura al caso, pero que disimula o encubre la elusión de la normativa laboral. Cabe señalar que la norma de cobertura puede ser civil, comercial o de cualquier otra índole.

Es de común ocurrencia que ciertos empleadores busquen el alero de otra normativa mas flexible como la civil donde prima el principio de la autonomía de la voluntad para evadir la ley laboral a la cual el legislador le ha dado un fuerte carácter tutelar, ejemplo de lo anterior seria el utilizar el artículo 1545 del código civil que consagra el principio de la libertad contractual, para pretender eludir la norma laboral del artículo 7 del código del trabajo que establece los elementos del contrato de trabajo.

Esta figura surge desde antiguo, básicamente bajo la forma de un arrendamiento de servicios donde existe una superposición de un contrato de naturaleza no laboral, por sobre una “efectiva” relación de trabajo, con el fin de ocultar o disfrazar esta ultima, con el objeto de eludir y evitar la aplicación del régimen tuitivo del derecho del trabajo.

El encubrimiento corresponde de esta manera a un fraude a la ley laboral la cual posee naturaleza imperativa, mediante otra norma de cobertura, con el claro objeto de evitar la aplicación de los artículos 7 y 8 de código del trabajo.

Ugarte, ha señalado que las vías para solucionar esta nefasta figura estaría dado por:

- 1.-Reafirmar el carácter consensual del contrato de trabajo.

2.-Consagrar la aplicación efectiva del principio de la realidad, es decir mas allá de los documentos que acrediten tal circunstancia, se debe primar los hechos imperantes en la realidad que establecen la efectiva existencia de subordinación.

Ambos, elementos esenciales, a la hora de calificar una relación de laboral o no.

3.-Fundamentar tales apreciaciones (1 y 2) en el artículo 9 del código de trabajo.

4.- Tener como suficientes para calificar un vínculo de naturaleza laboral, los elementos de personalidad de los servicios, la subordinación y la remuneración, transformándola de iure en objeto de protección legal. (Ugarte, 2004: p. 61)

Cabe destacar que el artículo 8 del código del trabajo al señalar “Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior (artículo 7) hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, si embargo, no establece una presunción propiamente tal de modo que invierta la carga de la prueba en perjuicio del empleador, sino que su real sentido es el establecer que si se verifican los elementos señalados en el artículo 7 debe entenderse que “efectivamente” existe un contrato de trabajo.

## **EL ENCUBRIMIENTO Y EL CODIGO DEL TRABAJO.**

Creemos que de acuerdo a la actual normativa, esta figura es más amplia que la simulación laboral por lo que ella podría abarcar:

1.- Todas aquellas hipótesis señaladas en los incisos segundo y tercero del artículo 507 del código del trabajo, por ejemplo cuando se utilice cualquier subterfugio que tenga por finalidad eludir el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales, las alteraciones empresariales a través de razones sociales distintas, creaciones de entidades legales fantasmas, divisiones de empresas etc.

2.- Situaciones particulares como las descritas en el artículo 183U del código del trabajo el cual señala “los contratos de trabajo celebrados en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios transitorios de conformidad con el artículo 183Ñ, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude de ley”

En atención de lo precedentemente expuesto, la figura del encubrimiento se nos presenta quedando comprendida en el numeral primero, si analizamos nuestra hipótesis desde la perspectiva de la empresa externa, pues esta se nos presenta claramente como una entidad fantasma, que si bien existe en los hechos, no existe para el derecho

## CONCLUSION

Luego de analizar las diversas hipótesis posibles donde se puede encuadrar el trabajo de los empaques de supermercado, podemos señalar que esta figura es incompatible con las categorías civiles del contrato de mandato y el contrato de arrendamiento de servicios.

A su vez, queda de manifiesto que tampoco estamos frente a un suministro de trabajadores, pues esta relación laboral no cumple con el requisito de transitoriedad establecido en la ley ni se encuentra dentro de las causales previstas por el legislador para estar frente a ella. A mayor abundamiento toda figura que se aparte de su exigente regulación, es ilegal.

Del estudio fáctico y normativo de las categorías contractuales restantes, podemos concluir que este tipo de relación, la podemos ubicar dentro de dos figuras de carácter laboral, la subcontratación y la relación laboral propiamente tal, dependiendo de a quien consideremos como empleador. Sin embargo, ya hemos señalado que el trabajo de los empaques presenta la peculiaridad de que nadie se hace responsable como empleador, negándose la existencia de cualquier vínculo con este tipo de trabajadores, incurriéndose en un abierto abuso e infracción de la normativa laboral, pues hoy en día nadie puede negar que ellos son trabajadores.

Entonces, ¿cómo solucionamos este conflicto? Creemos que la respuesta más adecuada a esta interrogante es la siguiente:

En primer término, si reconocemos la existencia real de la empresa externa y le atribuimos el carácter de parte en esta relación laboral estaremos frente a una figura tripartita, donde el supermercado sería la empresa principal, la empresa externa el contratista y el empaque el trabajador subcontratado, dando origen a una subcontratación, por tanto si el supermercado quiere librarse de ser catalogado como empleador debe regularizar su actual relación con esta empresa externa a través de esta figura, pues de otro modo denotaría su total asquiesencia con esta irregular situación, dando paso a señalar que están incurriendo en un abierto fraude laboral, por existir un claro encubrimiento de la relación laboral.

En segundo término, si señalamos que esta es una típica relación laboral donde solo existe un empleador (el supermercado) y un trabajador (el empaque), existiría también un fraude laboral, pero a través de la figura de la simulación.

Frente a las dos posturas antes mencionadas, nos quedamos con la segunda, pues creemos que quien se beneficia directamente con el trabajo de los empaques es el supermercado, este trabajo se realiza dentro de sus instalaciones, bajo sus órdenes, utilizan uniformes acordes con su institución, se atiende a sus clientes y es un servicio valorado por los consumidores, en definitiva, obtiene una ventaja sin dar nada a cambio.

Para concluir, queremos manifestar que independiente de la postura que se adopte en el futuro respecto al tema, ya sea si la calificamos de subcontratación o relación laboral propiamente tal, no se debe olvidar, que el fundamento de existencia de la legislación laboral es el proteger y tutelar los derechos de los trabajadores, y en respeto a esos valores, cualquiera de ellas es mejor que continuar dejando a estos trabajadores en la indefensión.

## BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Albornoz, Marcelo; Alviz, Christian; Pérez, Enrique (2007): *Subcontratación Laboral y Servicios Transitorios*, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile.
- 2.- Aienza, Manuel, Ruiz, Juan (2000): *Ilícitos Atípicos*, Editorial Trotta S.A., Madrid.
- 3.- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (1994): *Sistema de Derecho Civil*, Editorial Civitas, Madrid.
- 4.- Fuentes, Rodrigo (1998): *El Fraude de Ley*, Editorial Jurídica Congreso, Santiago de Chile
- 5.- Ferrara, Francisco (1960): *La Simulación de los Negocios Jurídicos*.Revista de Derecho Privado, Madrid, pp.81 y 82 (traducción de Rafael Atard y Juan de la Fuente)
- 6.- Gamonal, Sergio (2009): *Fundamentos del Derecho Laboral*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile
- 7.- Ligeropoulo, Alexandre (1930): *La Defensa del Derecho contra el Fraude*. Revista de Derecho Privado, Madrid, N° 17, pp.1 y 2 (traducción de Sancho Seral)
- 8.- Lizama, Luis (1998): *La Dirección del Trabajo, una explicación de su facultad de interpretar la legislación chilena*, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago de Chile
- 9.- Melis, Christian, Sáez, Felipe (2009): *El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile.
- 10.- Palomeque, Manuel (1999): *Derecho del trabajo*, Centro de Estudios Ramón Arces S.A., Madrid.
- 11.- Ugarte, José Luis (2004): *El Nuevo Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile
- 12.- Ugarte, José Luis (2008): *Inspección del trabajo en Chile: vicisitudes y desafíos*, Revista Latinoamericana de Derecho Social, N°6, pp. 187-204