



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO
SEMINARIO DE LICENCIATURA



***SITUACIÓN DE LOS EMPAQUETADORES
DE SUPERMERCADOS EN CHILE
¿CONSTITUYE RELACIÓN LABORAL?***

Fernanda Ramírez Lazcano.

Bruno Passalacqua Vergara.

Profesor Guía: Carlos Fuentes Puelma.

VALPARAÍSO, OCTUBRE DE 2012.

ÍNDICE

PÁGINAS

RESUMEN.....4

INTRODUCCIÓN.....4

I. CAPÍTULO PRIMERO:

Explicación del problema de los empaquetadores de supermercados.

- 1.1 Causas del problema de la situación actual de los empaquetadores.
Tema del multirrut.....8
- 1.2. Desenfoque del derecho del trabajo: Fenómeno a nivel mundial.
Referencias de la OIT.....11
- 1.3 Presiones políticas y económicas que influyen en la situación actual de los
empaquetadores de supermercados.....13

II. CAPÍTULO SEGUNDO:

Elementos del contrato individual de trabajo y principios de la relación laboral.

- 2.1 Consideraciones generales.....15
- 2.2 Elementos del contrato individual del trabajo en la legislación chilena.....16
- 2.3 Elementos del contrato individual del trabajo en la doctrina, enfatizando en el
vínculo de subordinación o dependencia.....18
- 2.4 Elementos del contrato de trabajo desde el punto de vista de la jurisprudencia, con
especial relevancia del vínculo de subordinación y dependencia. Análisis particular
de los empaquetadores de supermercados.....21
- 2.4.1 Elementos del contrato de trabajo desde el punto de vista de la jurisprudencia judicial
y administrativa.....21
- 2.4.2 Análisis particular de los empaquetadores de supermercados.....22

2.5 Referencia al Principio Protector y al Principio de Primacía de la Realidad.....	25
2.5.1 Principio Protector.....	25
2.5.2 Principio de Primacía de la Realidad.....	25

III. CAPÍTULO TERCERO:

Configuración del régimen de subcontratación.

3.1 Régimen de subcontratación entre las empresas de <i>retail</i> y las empresas intermediarias.....	27
3.2 Fraude laboral, simulación de la relación laboral a través del contrato de mandato.....	31
3.3 Comentarios.....	33

IV. CAPÍTULO CUARTO:

Soluciones al problema que afecta a los empaquetadores de supermercados, en cuanto a su régimen laboral.

4.1 Soluciones al problema de los empaquetadores de supermercados.....	34
4.1.1 Asociación Gremial de Empaquetadores a nivel nacional como una alternativa de solución.....	35
4.2 Modificaciones del Código Laboral.....	36
4.2.1 Posibles soluciones a la luz de la legislación laboral vigente.....	37
4.3 Funciones fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo.....	40
4.4 Recomendación 198 de la OIT año 2006, sobre la relación de trabajo.....	41
CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	46

RESUMEN.

El objetivo de este trabajo es demostrar que existe una relación laboral entre los empaquetadores de supermercados, y las empresas de *retail*, en base a indicios donde se presume la existencia de la misma. Actualmente, las empresas de *retail* e intermediarias disfrazan la relación laboral bajo otras formas legales, para de esta forma eludir responsabilidades y así no cumplir con las obligaciones que le corresponden en su calidad de empleador, situación que será demostrada a lo largo de este trabajo. Junto con lo anterior, se analizará el tema de la subcontratación de acuerdo a la ley 20.123. Por otro lado, creemos que existen poderes fácticos que influyen en la insuficiente iniciativa para regular el tema de los empaquetadores.

PALABRAS CLAVES:

SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA- RELACIÓN LABORAL- SUBCONTRATACIÓN- SIMULACIÓN – ENCUBRIMIENTO- PRIMACÍA DE LA REALIDAD- RETAIL.

INTRODUCCIÓN.

El 14 de diciembre de 2010 en la ciudad de Valparaíso se dictó un fallo sin precedentes en materia laboral, por primera vez se reconoce la relación laboral existente entre los empaquetadores, la Sociedad Bow, Pérez y Pérez Limitada (SOEUS) y de Jumbo Administradora Norte S.A, lo cual es un avance significativo.¹

El fallo anteriormente citado, revela las irregularidades que se presentan actualmente en la relación laboral que enfrentan en los últimos años, los empaquetadores de supermercados.

Dicha situación anterior no ha sido regulada en el Código del Trabajo, y es necesario tener presente que esta realidad afecta a alrededor de 24.000 jóvenes que ante la necesidad

¹Sentencia Tribunal de Letras de Valparaíso (2010) RIT M-1146-2010, Ilabaca con Sociedad Bow Pérez y Pérez Ltda. Jumbo Administradora Norte S.A. Magistrado Ximena Cárcamo Zamora.

de obtener dinero para costear sus estudios, u otros objetivos, no cuestionan las irregulares condiciones laborales en que se encuentran.

Dentro de las anomalías que podemos encontrar, mencionaremos en primer lugar la obligación de los empaquetadores de pagar una determinada suma de dinero para poder trabajar. Esto, sin duda, resulta atentatorio en contra de la libertad de trabajo, consagrada en el artículo 19 n°16 de la Constitución Política de la República, del cual se infiere que una persona intercambia su trabajo a cambio de remuneración y no a la inversa.

Otro de los aspectos, considerados, dice relación con la inexistencia de seguridad laboral para los empaquetadores dentro de su lugar de trabajo y fuera de éste. Esta situación, se constata fehacientemente, en cuanto a que los jóvenes frente a la necesidad de recaudar más dinero por concepto de propinas, suelen cargar carros hasta los vehículos de los clientes e incluso hasta el domicilio de los mismos. Frente a la situación anterior, surge la interrogante ¿quién responde en el caso de que un empaquetador se accidente en cumplimiento de su función?, ¿existe un seguro para los empaquetadores de supermercados?

En la práctica es posible constatar que las condiciones de trabajo son precarias, en donde se burlan derechos laborales esenciales, a través de empresas intermediarias que disfrazan la relación laboral, para eludir responsabilidades para con los empaquetadores.

En base a lo anterior, nuestro objetivo es demostrar que si existe una relación laboral entre los empaquetadores de supermercados y la propia empresa de *retail*, como asimismo identificar la presencia de otros agentes involucrados dentro de la relación laboral, tales como empresas intermediarias que regulan el cobro por el derecho a trabajar, así como también una serie de obligaciones a las que los empaquetadores deben sujetarse.

En general, se trata de jóvenes que trabajan, pero que no tienen derechos laborales básicos, ya que no perciben un sueldo fijo (reciben propina), deben pagar por trabajar, reciben órdenes directas a las cuales deben someterse, esta última idea hace presumir la existencia de una relación laboral, bajo subordinación y dependencia.

Cabe señalar que la situación de los empaquetadores de supermercados es peculiar, ya que en el papel no son trabajadores, sin embargo, en la práctica existe un vínculo de subordinación y dependencia.

Otro de los tópicos que se desarrollarán en este trabajo será el tema de la subcontratación, en el sentido de que no hay claridad en cuanto a si los empaquetadores se consideran trabajadores dependientes del supermercado, o bien de otra empresa que sería una “contratista” de la empresa principal, en este caso de la empresa de *retail*.

En relación a lo anterior, es necesario señalar a modo de crítica, que si bien la ley número 20.123 en principio tuvo como objetivo mejorar la situación laboral, generó efectos colaterales tales como la precarización laboral, el problema del multirrut y en general, el hecho de que el empleador pueda esconder su condición, eludiendo así responsabilidades para con los trabajadores.

Por último, cabe hacer presente que en la problemática de los empaquetadores de supermercados, si bien existen proyectos de ley que apuntan a regular la situación, existe también una cierta reticencia a la hora de regularizar los aspectos mencionados anteriormente, lo cual se manifiesta, por ejemplo, en la propuesta de solución que presenta la Asociación Gremial de Supermercados de Chile, la cual excluye categóricamente la relación contractual con los empaquetadores y en general, la defensa de los intereses de los grandes grupos empresariales ligados a las empresas de *retail*.

En consecuencia, el objetivo de nuestro trabajo es en primer lugar una explicación del problema, para luego proponer una solución original al mismo, tomando en cuenta la perspectiva social que le daremos a nuestro proyecto, no olvidando, sin embargo, el enfoque jurídico.

En el primer capítulo, trataremos las causas del problema, y la insuficiente iniciativa en la regulación de éste, así como también los principales problemas derivados de la nula regulación laboral. Por otro lado, se analizarán las presiones políticas y económicas que estancan la regulación de los empaquetadores de supermercados.

En el segundo acápite, se desarrollará el vínculo de subordinación y dependencia, los elementos de la relación laboral y una referencia al Principio Protector y de Primacía de la Realidad.

En el tercer apartado, tocaremos el tema de la Subcontratación, haciendo referencia al vacío legal en cuanto al vínculo laboral que sostienen los empaquetadores de supermercados.

Por último, el capítulo final de nuestro trabajo, tiene por objetivo establecer soluciones al problema, además de considerar las recomendaciones que al respecto ha señalado la OIT.

CAPÍTULO PRIMERO:

EXPLICACIÓN DEL PROBLEMA DE LOS EMPAQUETADORES DE SUPERMERCADOS.

1.1 Causas del problema de la situación actual de los empaquetadores. Tema del multirrut.

En la actual legislación laboral no se ha determinado una normativa explícita respecto a los servicios que prestan los empaquetadores de supermercados, lo que causa abusos a los derechos laborales de los jóvenes. Gran parte de ellos tiene que pagar a una empresa externa al supermercado, en la mayoría de los casos esto sólo constituye un acuerdo de palabra, y esto hace que los empaquetadores no sean considerados trabajadores o subcontratistas del supermercado, a pesar de cumplir con un horario, usar uniforme, estar bajo supervisión y acatar un reglamento interno, es decir, existe una relación laboral independiente de la escrituración del contrato que es una obligación del empleador y no determina la existencia de una relación laboral.

Una gran cantidad de jóvenes, preferentemente universitarios busca trabajo de empaquetador, ya que esta actividad les permite elegir el día y número de horas que pueden trabajar, pudiendo así compatibilizar el horario de sus estudios universitarios con sus compromisos laborales. La flexibilidad laboral es valorada por los empaquetadores, sin embargo, llevada al extremo, puede incurrir en abusos y desprotección laboral.

El tema de los empaquetadores de supermercados se enmarca dentro de un fenómeno laboral más amplio que corresponde a las formas de contratación atípicas, las cuales debilitan la protección que se ofrece al trabajador en un contrato de trabajo típico, Bronstein señala que dentro de las relaciones laborales atípicas debe incluirse a las relaciones triangulares, bajo forma de subcontratación de servicios, a veces genuina, cuando la empresa contratista aporta un verdadero valor añadido, y otras veces mucho menos, cuando la subcontratación no va mucho más allá del reclutamiento de mano de obra por enganchadores más o menos clandestinos. (Bronstein, 2005: p.13, 14).

Este fenómeno ha encontrado un verdadero paraíso en lo que el autor llama sociedad posindustrial, sociedad actual, explica el mismo, dominada por el neoliberalismo y la economía de mercado, donde han disminuido los niveles de protección social, y, los Estados, fuertemente influidos por la globalización, tienden a aumentar la competencia económica intentando fomentar la disminución de los costos de producción, entre los que se encuentra el trabajo. Todo ello, dice Bronstein, ha dado paso, entre otros fenómenos, a las relaciones de trabajo *atípicas*, las que casi invariablemente debilitan la protección que se ofrece al trabajador en las relaciones laborales *típicas*; forman parte de este grupo el trabajo a tiempo parcial, el intermitente, de duración determinada, a distancia o teletrabajo, también las relaciones triangulares como la subcontratación y el contrato de puesta a disposición de trabajadores. (2005.p: 12 a 14).

En relación con el tema a investigar, Goldin señala que existe una tendencia creciente a la “deslaboralización” instadas por los propios empleadores, bajo las formas del fraude o la evasión por medio del “trabajo negro”, la interposición de personas, o la simulación de otras figuras contractuales, la generalización de las modalidades de contratación “atípicas”, la “individualización” de las relaciones de trabajo (huida del derecho colectivo y de lo colectivo en sí), ciertas manifestaciones de la descentralización productiva y, por cerrar el círculo con modalidades imputadas antes del proceso de transformación organizacional, el recurso deliberado y creciente (real o simulado) al trabajo autónomo o independiente. (Goldin, 2005: p.53, 54). Otros autores denominan a este fenómeno “huida del derecho del trabajo”.

Este fenómeno se relaciona con la denominada “zona gris” del Derecho del Trabajo, donde se encuentran otras formas de relación de trabajo atípicas, de las cuales se discute si se encuentran dentro del ámbito del mismo. Ugarte además defiende la postura de que la subordinación clásica en el Derecho del Trabajo se encontraría en crisis, respondiendo a la pregunta ¿Qué hace que problemas antiguos de la subordinación se conviertan en el último tiempo en una crisis?, señala el autor que: “Los nuevos tiempos, de la producción posfordista y flexible, habrían provocado que la intensidad y número de

excluidos en razón de que las nuevas formas de trabajo no son reconducibles al concepto formal y restrictivo de subordinación jurídica, aumente de una manera tal que de un efecto de exclusión marginal, como el de las zonas grises tradicionales, nos encontremos ante una exclusión masiva y generalizada que amenace con dejar a tantos afuera que quizás no tenga sentido seguir efectuando la distinción.”(2005:p.129)

Estas nuevas formas de trabajo, nacen como consecuencia de las experiencias de flexibilidad normativa en el ámbito laboral que surgen a fines de los años noventa en América Latina, donde surge una tendencia a introducir medidas de flexibilización en la legislación, en donde la crítica economicista señala que el exceso de protección produce un efecto inverso al querido, generando desinversión o desempleo, desarticulando la creación de nuevos puestos de trabajo (Ermida, 1992: p. 32, 33), sin embargo, creemos que el exceso de flexibilidad produce consecuencias desfavorables, en este caso particular de los empaquetadores de supermercados, en donde se intenta encubrir una relación laboral, por medio de mecanismos clandestinos como señala Bronstein.

De nuestra parte, creemos que más que hablar de mecanismos clandestinos, es más específico referirnos a mecanismos legales, figuras propias del Derecho Común, como el contrato de mandato, con las cuales el empleador intenta eludir su condición de tal. Situación que se explicará en los capítulos siguientes.

Como se señaló a principios de este trabajo, los empaquetadores de supermercados constituyen alrededor de 24.000 a lo largo del país, los cuales no se encuentran organizados por la propia naturaleza de su relación laboral, por tanto su capacidad de movilización y presión es prácticamente nula ya que al no tener protección laboral básica, los jóvenes universitarios no se organizan para mejorar su situación por temor a que los despidan de sus puestos de trabajo.

Debemos tomar en cuenta que la mayoría de los jóvenes que trabajan como empaquetadores, lo hacen para pagar sus estudios superiores y por tanto, ante la necesidad

de generar dinero de forma rápida y en poco tiempo (horarios flexibles), no cuestionan las condiciones laborales en las que se encuentran.

Otro de los factores que inciden en la precaria situación actual de los empaquetadores de supermercados es el tema del multirut, relacionado con la subcontratación, el cual consiste en dividir las empresas en una pluralidad de razones sociales, cada una de estas y los respectivos trabajadores adscritos a ellas, debía ser considerada un empleador distinto para efectos de la formación de sindicatos y de negociación colectiva. La finalidad es dividir a los trabajadores para que no puedan negociar colectivamente en un solo proceso con fuerza y unidad. A pesar de trabajar para el mismo empleador, el fenómeno del multirut se ha dado con mayor énfasis en las empresas de supermercados y de *retail*, es común la subcontratación de proveedores, promotores, bodegueros, reponedores, vendedores y empaquetadores que se desempeñan en un mismo supermercado, pero que responden formalmente a distintos empleadores. Con este mecanismo se oculta la subordinación directa de los trabajadores a la empresa principal (Pizarro, 2011).

1.2 Desenfoco del derecho del trabajo: Fenómeno a nivel mundial. Referencias de la OIT.

La OIT ha señalado que se ha producido un fenómeno de *desenfoco* de la relación de trabajo, término que se utilizó por primera vez con motivo de la elaboración de un documento técnico sometido a una *reunión de expertos sobre trabajadores en situación que necesitan protección*, caracterizada por el hecho de que la legislación del trabajo “apunta” en una dirección, pero los trabajadores que necesitan su protección se encuentran en otra. El reto en que se encuentra hoy consiste en el *reenfoco* de la legislación del trabajo, o quizás con mayor propiedad el de *dotarla de un objetivo gran angular* de suerte que pueda *enfocar* no sólo el trabajo subordinado en sentido estricto del término, sino también a los trabajadores que se encuentran en su periferia, de quienes hoy se puede decir que son objetivamente dependientes pero no jurídicamente subordinados. (Bronstein, 2005:p.16).

Al amparo de la OIT, la Reunión de expertos sobre trabajadores en situación que necesitan protección, trabajó el tema en conferencias de los años 1997, 1998, 2000, donde la problemática estaba latente, sin embargo, no se sabía con precisión cuáles eran estos trabajadores desprotegidos. Ya en la reunión de la conferencia de 2003 se identificó la delimitación de aplicación del ámbito del derecho del trabajo, hasta llegar a la recomendación 198, sobre la relación de trabajo, de 2006, la que entrega una serie de soluciones al fenómeno desenfoco del derecho del trabajo que revisaremos en el último capítulo de éste . (et,al.p: 18 a 27)

Antes de eso, en seguimiento a la resolución de 1998 la Oficina encomendó un número importante de estudios nacionales, en los que se examinaba la existencia del fenómeno de *desenfoco* en las distintas regiones del mundo, su amplitud y las formas que podía adoptar. Algunas de las *situaciones en las que los trabajadores necesitaban protección*, eran particulares a ciertos países o estaban mucho más difundidas en ellos que en otros. En dicho trabajo, pudieron identificar cuatro topologías diferentes de situaciones en las que el trabajador podía quedar al margen de la legislación laboral o desprovista de protección:

- En primer lugar, los casos en que la desprotección se debe a que la legislación no es clara, su ámbito es demasiado limitado, o es inadecuada por otros motivos.
- En segundo, cuando la relación de trabajo está disfrazada o encubierta, y se presenta bajo la forma jurídica de un contrato civil o comercial, que en algunos casos es de buena fe, mientras que en otros se trata claramente de un fraude laboral.
- Tercero, cuando la relación de trabajo es ambigua.
- Cuarto, cuando el trabajador es claramente un empleado, pero no está claro quién es el empleador, cuáles son los derechos del trabajador y a quién puede reclamar éste que sus derechos se respeten, situación que se presenta en las relaciones llamadas *triangulares*.
- A ellas debe agregarse el puro y simple incumplimiento de la ley. (et, al. p. 28).

1.3 Presiones políticas y económicas que influyen en la situación actual de los empaquetadores de supermercados.

El tema de los empaquetadores de supermercados, afecta a las empresas de *retail*, que pretenden mantener el fraude actual, a través de propuestas que excluyen la relación laboral con los trabajadores, reflejo de esto es la propuesta de la Asociación Gremial de Supermercados de Chile, que pretende establecer una relación directa no contractual entre los supermercados y los empaquetadores, asimilando a los empaquetadores con los jóvenes que realizan prácticas estudiantiles, lo cual no tiene lógica, puesto que la práctica estudiantil se realiza para dar cumplimiento a requisitos académicos de formación profesional. Con todo, en el caso de las prácticas profesionales las empresas están obligadas a proporcionarles colación y movilización, o bien una asignación compensatoria de dichos beneficios, cuestión que no contempla la propuesta de la ASACH.

Relacionado con lo anterior, es necesario señalar que el proyecto de ley boletín N° 5.983-13 del año 2010, uno de los seis proyectos que se encuentran actualmente en tramitación en el congreso, excluye la relación laboral entre los empaquetadores, argumentando que si se considera como trabajador, y por tanto, con derecho a remuneración o renta, arriesgaría a perder una serie de beneficios sociales incompatibles con dicha remuneración.²

Creemos que estas dos visiones del problema expuesto, solo intentan mantener el statu-quo, no habiendo voluntad política real de querer regular el tema de los empaquetadores, además de proteger a los poderes fácticos representantes de las grandes cadenas de supermercados.

Es pertinente señalar que la industria del *retail* vinculada a los grandes holdings y empresas, ha tenido un gran desarrollo, especialmente a partir de la década de los noventa del siglo pasado, debido a la proliferación de centros comerciales y a la profundización del negocio del crédito a través de tarjetas emitidas.

²(2010) Boletín 5983-13, Proyecto de ley que establece régimen para empaquetadores de supermercado.

Durante los últimos años, se han producido fusiones y adquisiciones lideradas principalmente por holdings de empresas tales como Cencosud y Falabella, los cuales han integrado horizontalmente sus negocios, teniendo presencia simultánea en supermercados, tiendas por departamento, tiendas de mejoramiento del hogar, centros comerciales o *malls*, etc. (Duran y Kremerman, 2008).

CAPÍTULO SEGUNDO:

ELEMENTOS DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO Y PRINCIPIOS DE LA RELACIÓN LABORAL.

2.1 Consideraciones generales.

En relación a lo expuesto en el capítulo anterior donde se explica el problema fáctico de la situación actual de los empaquetadores de supermercados, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

Para aplicar las normas del Derecho del Trabajo deben presentarse ciertos indicadores que nos permitan establecer de manera certera que estamos frente a un contrato de trabajo. Estos indicadores son los llamados “elementos del contrato de trabajo”, sin los cuales la relación existente entre dos personas tendría carácter civil, comercial u otra naturaleza.

Es por lo anterior, que el estudio y conocimiento de dichos elementos es especialmente relevante para la determinación de la naturaleza jurídica de vínculos que, muchas veces es muy difícil de determinar. Esto no es tan raro hoy, en que las nuevas tecnologías y la economía de mercado han dado paso a nuevas formas de organización del trabajo, y, a las *relaciones laborales atípicas*, entendiéndose por tales a la “relación jurídica, de índole laboral, que liga a un dependiente con el respectivo acreedor de trabajo, sin que se den en ellas todas las diversas características de la relación laboral normal, o algunas de ellas emerjan muy pálidas”, han tenido un inusitado desarrollo. (Novoa y Thayer, 2003:p.135). Un claro ejemplo de esta problemática, es la situación actual de los empaquetadores de supermercados en Chile.

Los empaquetadores que trabajan en las empresas de *retail*, constituyen un retrato social de lo que constituye hoy en día el mundo laboral, que se caracteriza de la siguiente manera: competitivo, acelerado, liderado por el libre mercado, donde la flexibilidad laboral ha aumentado, donde subsiste el histórico interés del empleador de producir con la mano de obra menos onerosa posible y desligarse de todo lo que pueda constituir una carga para

él como lo es, por ejemplo, la normativa laboral, pero pese a ello es una realidad donde los jóvenes más vulnerables del país intentan mejorar su condición, compatibilizando estudio y trabajo. En este contexto, no es irresponsable e infundado sostener que, el empresario (empleador actual) busca todas las alternativas posibles para evadir las responsabilidades que le impone el Derecho del Trabajo (aunque en realidad éste no le sea tan desfavorable), creando nuevas formas de trabajo, disfrazándolas de relaciones civiles y entrometiendo a terceros, actuando de esta forma, al límite del ordenamiento jurídico.

Así, la creación de nuevas formas de trabajo van quedando al margen del estatuto laboral y es responsabilidad de todos, pero principalmente de los estudiosos del Derecho del Trabajo y de los jueces, buscar una solución tal que permita a estas personas acceder a los derechos básicos y fundamentales que reconocen su dignidad como trabajador. Es por ello que hemos tomado como objeto de este trabajo las circunstancias laborales por las que atraviesan los empaquetadores de supermercados, sin antes advertir que estos trabajadores indudablemente han sido marginados del Derecho Laboral, careciendo de reconocimiento y regulación frente a este tipo de oficio. Por otro lado, el legislador no ha dado importancia suficiente a la problemática, aun cuando actualmente se encuentran en tramitación cinco proyectos de ley, sin embargo, los defensores de la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo han puesto el tema en discusión y señalan como principal argumento la presencia en el vínculo que une a empaquetadores y la empresa que contrata con ellos, a los elementos esenciales del contrato individual del trabajo, enfatizando en la “prestación de servicios personales” y la “subordinación o dependencia”. En esta misma línea, ha argüido la resolución del año 2010 sin precedente del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, el que además de reconocer elementos propios de la relación laboral, ha dado especial importancia en este tema al “Principio de Primacía de la Realidad”.

2.2 **Elementos del contrato individual del trabajo en la legislación chilena.**

Lo primero que debemos hacer para demostrar que el servicio prestado por los empaquetadores está efectivamente protegido por las normas laborales es, reconocer la existencia de los elementos del contrato individual de trabajo en el vínculo que los une a la empresa que contrata con ellos.

Estos últimos, como dijimos en el título anterior, son relevantes ya que delimitan el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo y es por ello que nuestra legislación laboral, específicamente el Código del Trabajo Chileno, hace un reconocimiento expreso de ellos en su artículo 7º, el que señala “*Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.*” Así, para calificar a un vínculo jurídico de contrato individual de trabajo, deben estar presente los siguientes elementos o requisitos de existencia: *prestación de servicios personales, trabajo remunerado* y por último, *subordinación y dependencia*.

A continuación, procederemos a desarrollar los elementos de la relación laboral y junto con ello identificar, cómo se manifiestan en el caso de los empaquetadores de supermercados.

a) Prestación de servicios personales: Es una “obligación de hacer” que debe cumplir el trabajador en la forma que lo ha estipulado la convención en beneficio del empleador. No es ésta cualquiera prestación de servicios, sino que debe ser personal, lo que implica que ésta debe ser realizada directamente por el trabajador, siendo consecuentemente intransferible e indelegable.

Este elemento está presente en el oficio de los empaquetadores, ya que, éstos realizan personalmente labores de empaque, ordenan carros, asisten a cajeros y trasladan mercaderías adquiridas por los clientes de la empresa de *retail*. Esta labor debe ser realizada de manera continua y permanente en el tiempo. “La continuidad en estos casos la podemos ver reflejada en los turnos (regidos por horarios) que los empaquetadores trabajan semanalmente y que son pactados en iguales periodos”.

b) Trabajo remunerado: Es una obligación de dar, constituye el objeto de la obligación del empleador y consiste en una contraprestación en dinero. Es la contrapartida de los beneficios producidos en el patrimonio del empleador, gracias al aumento de valor que sólo es capaz de producir el trabajo humano. Este elemento está presente de manera irregular en la situación analizada, ya que no es el empleador (empresa intermediaria que

contrata con ellos) el que realiza la contraprestación. La remuneración de los jóvenes empaquetadores se constituye irregularmente por las propinas de los clientes, no obstante ello, no puede afirmarse que, por el hecho que el empleador no sea quien pague directamente, no estemos frente a un contrato de trabajo, ya que ello significaría reafirmar el fraudulento actuar del empleador, quien se aprovecha de esta situación eludiendo el estatuto laboral. (Labra y Lama)

c) Vínculo de subordinación o dependencia: Este requisito no está definido en la ley, de manera que, su significado ha sido entregado por la doctrina. En el siguiente título veremos qué ha dicho esta última a propósito de la subordinación o dependencia. Por ahora, podemos adelantar que este elemento se vislumbra en que las funciones realizadas por los empaquetadores son dirigidas por un jefe supervisor de cada local de *retail*, quien fiscaliza la presentación personal de los jóvenes, el cumplimiento de horarios, el trato hacia los clientes y en general, imparte directrices en cuanto al desempeño de sus funciones.

De acuerdo a lo anteriormente señalado, podemos concluir que estos tres elementos en mayor o menor medida se encuentran en los contratos de los empaquetadores de supermercados. Sin embargo, en las páginas siguientes mostraremos que estos tres requisitos entregados por el artículo 7°, en el caso de presentarse por sí solos en un contrato cualquiera, no necesariamente constituirían una relación laboral.

2.3. Elementos del contrato individual del trabajo en la doctrina; especial relevancia del vínculo de subordinación o dependencia.

Entre los autores no hay acuerdo unánime, en cuanto a cuáles son los elementos que deben estar presente en un contrato individual de trabajo, por lo tanto la discusión y la crítica respecto de los requisitos señalados por el artículo 7° es amplia.

Thayer y Novoa señalan 5 elementos necesarios para estar en presencia de una relación laboral, y por ende, frente a un contrato individual de trabajo: (1) Relación jurídico-personal, (2) Ajenidad, (3) Subordinación, (4) Profesionalidad y (5) Estabilidad y continuidad (et al., p: 47 a 60). Por su parte, Lanata señala que los elementos necesarios para estar frente a un contrato de trabajo son: (1) Intervención de un empleador y un trabajador, (2) Prestaciones u obligaciones de contenido patrimonial y (3) Continuidad y

permanencia en las prestaciones de los servicios (2009. p: 95 a 104). En la misma línea, el profesor Humeres señala los tres requisitos presentes en artículo 7º, más un cuarto agregado por la doctrina; *la continuidad de los servicios* (Humeres, 2009. p: 115).

Nosotros defenderemos la situación laboral de los empaquetadores, tomando el esquema tradicional, recogido tanto por el antiguo código como por los tratadistas, el mismo que ha utilizado Héctor Humeres: (1) La prestación de servicios personales y continuos, (2) la existencia de remuneración y (3) el vínculo de subordinación o dependencia. Respecto a este último es preciso hacer dos advertencias; la primera es que, el elemento “ajenidad”, señalado tantas veces por la doctrina, queda inserto dentro del elemento “subordinación o dependencia”, ya que si el trabajo es por cuenta propia, es imposible que exista la subordinación. En segundo término pensamos que sólo la subordinación o dependencia es un elemento inseparable del trabajo, ya que es perfectamente posible que los restantes formen parte de un contrato civil. De manera que sin este último elemento no hay un contrato de trabajo, por tanto, demostrar su existencia en el contrato de los empaquetadores de supermercados es fundamental.

a) Prestación de servicios personales y continuos: Este es un requisito de existencia señalado en el artículo 7º, sin embargo, éste no menciona la “continuidad”, sin embargo, la prestación señalada puede ser realizada de distintas formas, y normalmente una de sus características es su periodicidad, la que la conecta con el elemento de continuidad y permanencia que la doctrina ha expuesto. (Labra y Lama)

Pese a la importancia de este requisito, es común que en la doctrina se señale que este último no sea elemento determinante de la relación laboral, así, Lanata señala que “es perfectamente posible que tal prestación la encontremos en otras figuras o contratos, tales como el arrendamiento de servicios, mandato, y aun en el contrato de sociedad, en que es muy común distinguir el desarrollo de actividades de trabajo, pero no con la connotación que tienen en el contrato laboral”. (et al., p: 99)

b) Trabajo remunerado: A pesar que es muy difícil imaginar una relación laboral en que el trabajador no sea remunerado, este elemento al igual que el anterior, es, como señalan

Caballero y Muñoz, sólo un elemento sintomático o índice de relación laboral, pero no tipifica esta relación (Caballero y Muñoz, 1987 ,p: 84).

c) Vínculo de subordinación o dependencia. Como dijimos en el título anterior, este elemento no ha sido definido en el Código, de manera que los autores han debido trabajar en ello, así Lanata Fuenzalida señala que “la doctrina lo ha entendido desde un punto de vista jurídico, es decir, se traduce en el poder de mando, dirección, control y fiscalización que ejerce el empleador sobre el trabajador. Es así, como en el ejercicio de su facultad de organizar la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando el trabajador incurra en faltas” (et al., p: 99 a 100). Por su parte, Caballero y Muñoz señalan que “es la posibilidad jurídica del empleador de dirigir la actividad del trabajador, referida a la adecuada prestación de servicios, y al correlativo deber de obediencia que tiene el trabajador, el que proviene del libre acuerdo de voluntades que ha existido entre ellos”. Además señalan que este elemento es delimitador de la esfera de protección del derecho laboral y que es una cualidad inseparable del trabajo (et al., p: 85), siguiendo así, la línea tradicional de los autores respecto a este requisito del contrato individual de trabajo

A pesar de su esencial importancia, según Thayer y Novoa, este requisito ha sido considerado insuficiente para definir al contrato de trabajo, esto ya que perfectamente, la subordinación o dependencia pueden, por ejemplo, ser parte de un contrato civil, como el mandato. Sin embargo, los mismos autores señalan que “esta nota adquiere ribetes específicos en tanto cuanto se articula juntamente con otras que caracterizan a la relación de trabajo” (et al., p: 56 a 57).

En síntesis, un contrato que manifiesta “prestación de servicios personales continuos” y además “remuneración”, no necesariamente es de naturaleza laboral, tampoco lo es un contrato en que sólo está presente la “subordinación”. La subordinación manifestada en diversos grados, siempre debe ser parte de un contrato calificado como contrato individual de trabajo, pero además deberá ir acompañada de otros elementos.

Por otro lado, debemos recordar que en los contratos civiles hay un principio básico: igualdad de las partes, no hay sometimiento a un poder ajeno.

2.4 Elementos del contrato de trabajo desde el punto de vista de la jurisprudencia, con especial relevancia del vínculo de subordinación y dependencia. Análisis particular de los empaquetadores de supermercados.

2.4.1 Elementos del contrato de trabajo desde el punto de vista de la jurisprudencia judicial y administrativa.

La Corte Suprema en uno de sus fallos, estableció que “los elementos que configuran la vinculación laboral, aun cuando ella no conste en tales términos por escrito, están constituidos por la prestación de servicios personales, la subordinación y dependencia y el pago de un estipendio mensual”³. En la misma línea el fallo n°259-2011, señala los mismos elementos de la sentencia anterior, pero en este caso, con mayor énfasis en el vínculo de subordinación o dependencia, que de todas formas debe siempre concurrir simultáneamente con los demás elementos que tipifican la relación laboral.⁴

Por su parte, la Dirección del Trabajo en el dictamen N°5848/386, señala que constituye un contrato de trabajo, la prestación de servicios en las siguientes condiciones: a) una prestación de servicios personales, b) una remuneración por dicha prestación, c) ejecución de la prestación en situación de dependencia y subordinación respecto de la persona en cuyo beneficio se realiza, elemento este último que permite diferenciar el contrato de trabajo de otras relaciones jurídicas.⁵

Relacionado con lo anterior, es necesario destacar que el vínculo de subordinación es una cuestión fáctica que debe apreciarse caso a caso. Existen signos materiales que lo manifiestan, sin embargo, más que concreciones materiales, creemos que la determinación de que existe subordinación corresponde al juez, quien debe investigar no sólo manifestaciones concretas, sino si esta posibilidad de dirigir la actividad de otro y la obligación de acatarlo existe o no.

³Resolución N°38440, de Corte Suprema de Chile - Sala Cuarta, 31 de Diciembre de 2008

⁴Resolución N° 259-2011 de Corte Suprema de Chile- Sala Cuarta, 30 de septiembre de 2011

⁵Ord N°5848/386 Dirección del trabajo.

Por otro lado, la Dirección del Trabajo estableció que el vínculo de subordinación y dependencia se configura en base a los siguientes elementos:

a) La obligación del trabajador de dedicar al desempeño de la faena convenida un espacio de tiempo significativo, como es la jornada de trabajo, pues en virtud del contrato de trabajo la disponibilidad de dicho tiempo pertenece a la empresa o establecimiento.

b) La prestación de servicios personales en cumplimiento de la labor o faena contratada, se expresa en un horario diario y semanal, que es obligatorio y continuado en el tiempo.

c) Durante el desarrollo de la jornada, el trabajador tiene la obligación de asumir dentro del marco de las actividades convenidas, la carga de trabajo diaria que se presente, sin que le sea lícito rechazar determinadas tareas o labores.

d) El trabajo se realiza según las pautas de dirección y organización que imparte el empleador, estando sujeto el trabajador a dependencia técnica y administrativa. Esta supervigilancia del empleador se traduce en instrucciones y controles acerca de la forma y oportunidad de la ejecución de las labores por parte del trabajador.

e) Por último, las labores, permanencia y vida en el establecimiento durante la jornada de trabajo deben sujetarse a las normas de ordenamiento interno que, respetando la ley, fije el empleador.⁶

2.4.2 Análisis particular de los empaquetadores de supermercados.

La posición de la Dirección del Trabajo en materia de empaquetadores de supermercados ha sido la siguiente:

En primer lugar, es necesario citar el dictamen N° 5845/365 de 30 de noviembre de 1999, donde se señala que, si se comprueba el hecho relativo a que un supermercado está recibiendo los beneficios de la prestación de servicios de un menor de edad que empaqueta los productos que vende el primero: y, en segundo término, se comprueba que además, el

⁶Ord N°5848/386 Dirección del Trabajo.

supermercado acepta dicha prestación ejerciendo potestad de mando respecto del menor, no cabe sino concluir presuntivamente que, en dichos casos, mediaría una relación jurídico laboral entre los menores empaques y los supermercados que así operan⁷.

Esto quiere decir que se reconsidera la doctrina contenida en Ord N° 4.775-211, de 24 de mayo de 1992, en cuya virtud se concluyó que no existía relación laboral en el caso de la especie, porque no se presenta el requisito *sine qua non* contemplado en el artículo 7° del Código del Trabajo, esto es, que un acuerdo entre las partes para que configure un contrato de trabajo debe traducirse en un pacto de servicios que se prestan bajo dependencia y subordinación.

Por su parte, el dictamen Ord. N° 3543/262 de 24 de agosto de 2000, precisa alcances de la doctrina contenida en dictamen N°5845/365 de 30 de noviembre de 1999, en el sentido que mediará una relación jurídico laboral entre un menor empaque y un supermercado, siempre y cuando la prestación de servicios del menor se verifique bajo subordinación o dependencia, cuestión que deberá constatar caso a caso, conforme a las condiciones efectivas en que se organiza y presta tal servicio y la doctrina reiterada de este Servicio.

Cabe señalar que en este tema, existe el fallo de primera instancia de 14 de diciembre de 2010, RIT: M-1146-2010, en Valparaíso, que en el visto sexto establece lo siguiente:

“Que, analizada la prueba rendida en estos autos, de acuerdo con los parámetros que indica la sana crítica, el Tribunal ha llegado a la convicción que, la relación existente entre el actor y la demandada es de carácter laboral. Conforme a la prueba rendida existió entre las partes un vínculo de naturaleza tal, que el actor prestó servicios de carácter personal, ninguna duda cabe que se desempeñó como empaque, realizando la labor de empaque en bolsas las mercaderías que adquiere la clientela del supermercado Jumbo de Valparaíso, para su posterior traslado. No hay controversia en ese sentido, con lo que ya estamos en presencia de uno de los elementos de la relación laboral. En segundo lugar, no

⁷Dirección del trabajo Ord N° 5845/365 30 de noviembre de 1999 Contrato de trabajo Existencia Empaques supermercados

cabe duda después del análisis de la prueba que, para hacerlo, el actor se vinculó bajo vínculo de subordinación y dependencia con la empresa principalmente demandada⁸

Por otro lado, recientemente, el pasado 7 de diciembre en la ciudad de Los Ángeles, el Juzgado de Letras del Trabajo de dicha ciudad en fallo de primera instancia RIT M-134-2011 señala lo siguiente, en su considerando noveno parte final: ...” *Finalmente, se aprecia también que la prestación de servicios indicada no está exenta de **subordinación y dependencia**. Elemento este último que caracteriza a la relación laboral, y cuya apreciación depende siempre del caso concreto.*”⁹

Por último, el segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en causa RIT O-3289-2011 de enero del 2012, en su considerando sexto señala lo siguiente: “*Que entre las partes es controvertido el hecho de que entre ellas haya existido una relación laboral y en ese sentido se debe tener en consideración que el artículo 8 del Código del Trabajo prescribe que toda prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación del usuario de los mismos y que dan derecho a percibir una remuneración determinada hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, de manera que para resolver la litis es necesario determinar si en el presente caso concurren los tres requisitos que copulativamente configuran un vínculo laboral, estos son:*

- 1.- Prestación de servicios personales.*
- 2.- Los servicios se desarrollan bajo subordinación y dependencia del usuario de los mismos.*
- 3.- El prestador de los servicios tiene derecho a exigir al usuario el pago de una remuneración determinada.*¹⁰

⁸Sentencia Tribunal de Letras de Valparaíso (2010) RIT M-1146-2010, Ilabaca con Sociedad Bow Pérez y Pérez Ltda. Jumbo Administradora Norte S.A. Magistrado Ximena Cárcamo Zamora.

⁹ Sentencia Tribunal de Letras del Trabajo de Los Ángeles (2011), RIT: M-134-2011, Espinoza con Gestión y Desarrollo Empresarial Ltda. y Administración de Supermercados Híper Líder Ltda. Magistrado Fernando Stehr

¹⁰ Sentencia segundo Tribunal de Letras del Trabajo de Santiago(2012), RIT: O-3289-2011, Pineda y molina con , Sociedad comercial iturnos Limitada y Supermercado Santa Isabel Tobaraba, Cencosud Retail S.A

2.5 Referencia al Principio Protector y al Principio de Primacía de la Realidad.

Relacionado con el tema, la situación de los empaquetadores de supermercados se presta para relaciones laborales “simuladas”, es decir, por un lado la empresa principal correspondiente al supermercado señala que no existe ningún tipo de relación de carácter laboral con los jóvenes empaquetadores y por otro lado, existe una empresa intermediaria que al momento de seleccionar a las personas que desempeñaran los turnos convenidos, les hacen firmar un contrato de mandato y una declaración jurada donde se señala que no existe ningún vínculo de subordinación y dependencia y por ende tampoco relación laboral.

La situación anteriormente descrita atenta contra el principio protector, donde el trabajador corresponde a la parte débil de la relación laboral.

2.5.1 Principio Protector.

Uno de los principios que informa al Derecho Laboral, es el Principio Protector. Se debe tener en cuenta que en la relación laboral las partes no están en igualdad de condiciones, es por ello, que se hace necesario proteger al contratante más débil que en este caso corresponde a los empaquetadores de supermercados.

Según Plá, “el principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. (1990, p: 23)

Es importante señalar que este principio es fundamento de los demás principios del derecho del trabajo, por ello que es llamado el *supraprincipio* del derecho laboral.

2.5.2 Principio de Primacía de la Realidad.

Gamonal señala que la principal manifestación de este principio se da cuando se trata de disimular a un trabajador subordinado bajo la apariencia de ser un trabajador independiente. Esto lleva a los tribunales a establecer la verdadera naturaleza de la prestación (1998: p. 175). Por su parte, Américo Plá, señala que en caso de discordancia

entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos (1990: p. 256).

Este criterio del principio de primacía de la realidad, se invocó en la sentencia RIT: M-1146-2010, del Tribunal de Letras de Valparaíso¹¹, en su considerando séptimo estimando que, dentro del ámbito del Derecho Laboral, aun cuando nos encontremos en materia de subcontratación, debemos tener presente el principio de primacía de la realidad.

La realidad muestra que los jóvenes empaquetadores cumplen funciones en favor del supermercado, que en virtud del principio anteriormente señalado, la tesis de la irresponsabilidad de las cadenas de supermercados con respecto a los empaquetadores es inadmisibles.

El dictamen N° 3161/064, establece que “la relación laboral es la que genera efectivamente derechos y obligaciones entre las partes y constituye en nuestra normativa una manifestación del principio de primacía de la realidad, conforme al cual deberá estarse a la realidad de los hechos por sobre lo que indiquen los documentos, al momento de analizar si estamos en presencia o no, de una relación laboral”¹²

¹¹Sentencia Tribunal de Letras de Valparaíso (2010) RIT M-1146-2010, Ilabaca con Sociedad Bow Pérez y Pérez Ltda. Jumbo Administradora Norte S.A. Magistrado Ximena Cárcamo Zamora.

¹²Ord N° 3161/064

CAPÍTULO TERCERO:

CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN DE SUBCONTRATACIÓN

3.1 Régimen de subcontratación entre las empresas de *retail* y las empresas intermediarias.

Al analizar la problemática de la situación laboral de los empaquetadores de supermercados, es necesario desarrollar el tema de la subcontratación, no obstante, los intentos de parte de las empresas involucradas de eludir sus responsabilidades laborales y en definitiva su calidad de empleador, negando su condición como tal, esto último como uno de los efectos colaterales de la subcontratación.

De los antecedentes planteados, resulta evidente que para el empresario o empleador, la relación existente entre él y el empaquetador es de tipo civil, sin embargo, ya hemos dicho en el capítulo anterior que, en atención al principio de primacía de la realidad, y teniendo presente los elementos del contrato de trabajo, dicha relación es de carácter laboral.

Ahora, cabe preguntarse quiénes son las partes en el contrato de trabajo. El trabajador claramente está definido en la figura del empaquetador, de ahí, que la dificultad se presenta a la hora de determinar quién es el empleador de estos trabajadores.

No es difícil notar que en este tipo de trabajo hay tres intervinientes, la empresa de *retail*, una empresa externa o intermediaria que tiene directa relación con los jóvenes trabajadores y los empaquetadores. De ahí, que atendiendo a la realidad, esta figura perfectamente podría enmarcarse dentro de la llamada subcontratación, eso es justamente lo que han considerado los tribunales del trabajo a la hora de señalar que efectivamente existe relación laboral.

En el considerando 7° de la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso, de 14 diciembre 2010, se señala: “...*aún cuando nos encontremos en materia de subcontratación, debemos tener presente el principio de la primacía de la realidad. La ley, en el artículo 183 del Código del Trabajo, no exige contrato escrito, lo que exige es un*

*acuerdo contractual, lo que no excluye la posibilidad de que sea verbal. Exige la existencia de dos empresas, ninguna duda cabe que aquí existen; una persona natural o jurídica por cada una de las partes del contrato; una de ellas se encarga de ejecutar obras o servicios por su cuenta y riesgo, la demandada principal, estima esta Magistrado, para la tercera dueña de la obra, el Tribunal estima que es JUMBO Administradora Norte S.A”.*¹³

Posteriormente, en el mismo tema, en el considerando 12° de la sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, de 7 diciembre de 2011, se señala: “*Por ello, su responsabilidad es la del artículo 183 B del régimen de subcontratación, que lo obliga a responder solidariamente de las obligaciones de su contratista en favor de los trabajadores de éste*”.¹⁴

En la misma línea, el fallo de primera instancia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, de 6 de enero de 2012, en su considerando 8°, señala: “*...Que entraran o no por la puerta principal no desvirtúa lo anterior, pues el lugar de los jóvenes es detrás de las cajas y se reportan a su encargado, lo que nos lleva naturalmente a concluir que la situación fáctica se encuadra en un régimen de subcontratación contemplado en el artículo 183 A del Código del trabajo.*”¹⁵

Por su parte, la Dirección del Trabajo en el año 2007 con respecto a la subcontratación ha dicho lo siguiente: “*Existirá subcontratación, tanto si las obras o servicios que ejecutan los trabajadores del contratista se desarrollan en las instalaciones o espacios físicos propios de la persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, como fuera de éstos, como también, que la exigencia de que la empresa principal deba ser la dueña de la obra o faena que debe realizar el personal subcontratado, significa que “éstas deben corresponder a actividades que pertenezcan a la organización de la empresa principal y que estén sometidas a su dirección, debiendo por lo tanto excluirse de*

¹³ Sentencia Tribunal de Letras de Valparaíso (2010) RIT M-1146-2010, Ilabaca con Sociedad Bow Pérez y Pérez Ltda. Jumbo Administradora Norte S.A. Magistrado Ximena Cárcamo Zamora.

¹⁴ Sentencia Tribunal de Letras del Trabajo de Los Ángeles (2011), RIT: M-134-2011, Espinoza con Gestión y Desarrollo Empresarial Ltda. y Administración de Supermercados Híper Líder Ltda. Magistrado Fernando Stehr

¹⁵ Sentencia segundo Tribunal de Letras del Trabajo de Santiago(2012), RIT: O-3289-2011, Pineda y molina con , Sociedad comercial iturnos Limitada y Supermercado Santa Isabel Tobaraba, Cencosud Retail S.A

tal aplicación, a aquellas que no cumplan tal exigencia”. A la vez, la prestación de servicios de los trabajadores del contratista debe ejecutarse bajo un vínculo de subordinación y dependencia respecto de éste. Y por último es el contratista, en su carácter de empleador, el que estará dotado de la facultad de supervigilar a los trabajadores que se desempeñen en las obras o servicios que realiza para la empresa principal.¹⁶

El régimen de subcontratación se enmarca dentro del fenómeno de la trilateralidad laboral, el cual se produce cuando la actividad desplazada hacia fuera de la empresa principal es asumida, en principio, por una empresa distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas. (Lizama y Ugarte, 2007. p: 4).

En la práctica las empresas principales de *retail* manifiestan que no existe ningún tipo de relación con la empresa intermediaria y los empaquetadores, no obstante, a la luz del Principio de Primacía de la Realidad, podemos ver que existe relación entre ambas empresas de acuerdo a lo que señala el art° 183-A del Código del Trabajo.

Uno de los factores que demuestran la relación contractual entre las empresas de *retail* y las empresas intermediarias, se muestra en que la primera conviene con la segunda el uso de sus locales para la prestación de servicios de los empaquetadores. Para ilustrar de manera clara este fenómeno, extraemos del fallo M-134-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles lo siguiente: en su considerando noveno señala: “*Qué, de los hechos establecidos, se aprecia que el supermercado concede a la empresa GDE el derecho a ingresar personas para empaquetar a los clientes la mercadería comprada a cambio de una propina voluntaria. Que, bajo de un sistema de turnos y con la utilización de indumentaria característica, GDE organiza a universitarios para ello, quienes tienen derecho a recibir la propina pero deben pagar \$600 por cada turno.*

¹⁶ Dictamen Ord. N° 4881/103- Dirección del Trabajo, 28 de noviembre de 2007.

Luego, existe prestación de servicios para GDE, pues se vale de esas personas en la explotación del derecho a gestionar el empaque de pago voluntario, que con acuerdo del supermercado detenta.

Igualmente, salvo los \$600 pesos que los empaquetadores deben entregar después de cada turno a GDE, estos tienen derecho a las propinas recibidas, existiendo en consecuencia, un acuerdo remuneratorio, consistente en que los trabajadores se hacen con la parte restante de la utilidad o producto proveniente de la explotación del derecho que GDE tiene para gestionar empaque a cambio de propinas.

Finalmente, se aprecia también que la prestación de servicios indicada no está exenta de subordinación y dependencia. Elemento este último que caracteriza a la relación laboral, y cuya apreciación depende siempre del caso concreto.

En este caso, aun cuando se estime que la demandada no incidía en distribuir las personas en los turnos y asignaciones de cajas, lo cierto ella detenta la potestad de fijar el número de personas que autoriza a estar en el supermercado, requiere que la gente que se presente lo haga con indumentaria característica- aun cuando no conste la obligación que la adquieran de ella- y dispone de la existencia y colaboración de un coordinador que se preocupa tanto del orden indicado, así como de recaudar el dinero que a ella le corresponde.”¹⁷

Por otro lado, es pertinente señalar, que la figura de la subcontratación en el sistema laboral de los empaquetadores de supermercado, muchas veces no se da de manera genuina, esto último ya que una de las características de la subcontratación es que el contratista se obliga a ejecutar obras o servicios por su cuenta o riesgo y con trabajadores bajo su dirección (lo que la distingue del contrato de puesta a disposición), o sea, en él queda radicada la potestad de mando, sin embargo, en la práctica los jóvenes empaquetadores reciben órdenes de la empresa principal, como la limpieza de cajas, ordenar carros, labores de bodega, entre otras, configurando una especie de “suministro ilegal”, es decir, no permitido por la ley, y, en este caso se entiende que el empleador es la empresa principal.

¹⁷ Sentencia Tribunal de Letras del Trabajo de Los Ángeles (2011), RIT: M-134-2011, Espinoza con Gestión y Desarrollo Empresarial Ltda. y Administración de Supermercados Híper Líder Ltda. Magistrado Fernando Stehr.

3.2 **Fraude Laboral, simulación de la relación laboral a través del contrato de Mandato.**

Antes de comenzar es importante distinguir la figura de la simulación y el encubrimiento laboral. La simulación constituye una conducta infraccional en nuestra legislación laboral y se enmarca en el concepto de “fraude laboral”. Esta figura está referida a la existencia de un empleador aparente u ostensible que en la 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 vínculo de subordinación o dependencia y que recibe y se beneficia con el producto de la labor realizada por aquél, resulta ser otro sujeto que no figura formalmente como empleador o en los instrumentos que documentan la relación laboral (Albornoz, Alviz, Pérez; 2007:p. 64).

El encubrimiento laboral es aquella situación en que existiendo relación laboral, el empleador intenta disfrazar la figura, dándole otra naturaleza jurídica, y por ende, haciendo inexistente el contrato de trabajo.

En las páginas anteriores hemos afirmado que las labores desempeñadas por los empaquetadores de supermercado cumplen con todos los requisitos necesarios para establecer un contrato de trabajo, y, por ende, una relación laboral, sin embargo, en la práctica esto no es asumido por los empleadores por las siguientes razones:

(a) Los empaquetadores al momento de ser seleccionados deben firmar un contrato de mandato, en el cual se señala que el empaquetador es quien “manda” a la empresa intermediaria para que “administre” sus turnos y realice las gestiones que tengan por fin obtener “autorizaciones” para que éstos realicen sus labores “independientes” al interior del supermercado.

(b) Además de esto, los aludidos, deben firmar una declaración jurada por medio de la cual se establece que los servicios son prestados de forma “independiente”, bajo su propia cuenta y riesgo, y a cambio del cual recibirán una propina voluntaria de parte de los clientes que soliciten esos servicios. Acto seguido, se deja constancia de que no se tiene ningún vínculo laboral ni contractual con el supermercado ni con la empresa intermediaria.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que el empleador directo, la empresa que gestiona la administración de los turnos, por medio de la figura del mandato, intenta eludir su calidad de empleador directo para con los empaquetadores de supermercados, desconociendo la relación laboral existente, como también el régimen de subcontratación establecido entre la empresas de *retail* y las empresas contratistas que suministran trabajadores a cambio de la exclusividad del uso de las dependencias del local de supermercado.

Por otro lado, no obstante exista un contrato de mandato entre las partes que regula la administración de turnos que realiza la empresa externa por medio del cobro de los mismos, es necesario recordar el artículo 5° del Código del Trabajo, que establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales, mientras subsista el contrato de trabajo. Luego, existiendo contrato de trabajo entre las partes, no se puede por la vía de acuerdos contractuales de otra naturaleza limitar ni menos imposibilitar el ejercicio de los derechos laborales, así lo ha señalado el Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, en sentencia de 7 de diciembre de 2011, la que, en atención al artículo 5° del Código del Trabajo, señala en el considerando 7°: *“Si bien, ella habría suscrito un contrato de mandato con la demandada y bajo esa figura se respalda el pago de \$600 pesos por las gestiones que hace GDE para que se desempeñe como empaquetadora, resulta aplicable el artículo 5° del Código del Trabajo, que establece la irrenunciabilidad de los derechos laborales, mientras subsista el contrato de trabajo. Luego, existiendo contrato de trabajo entre las partes, no se puede por la vía de acuerdos contractuales de otra naturaleza limitar ni menos imposibilitar el ejercicio de los derechos laborales”*

3.3 Comentarios:

(1) Este tema del encubrimiento de las relaciones laborales, y, la consecuente desprotección de los trabajadores se ha expandido a nivel mundial. La OIT, en la Recomendación 198 de 2006, ha tratado tal situación. La Recomendación reconoce como antecedente una serie de discusiones verificadas en el seno de la OIT sobre trabajo informal, trabajo a domicilio, subcontratación y otras formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas. Además, se identifican algunas de las causas de tal desprotección, a saber, el encubrimiento de la relación de trabajo, el recurso a acuerdos contractuales que intentan atribuir otra naturaleza a la relación laboral y las eventuales insuficiencias legislativas

(2) Es preciso decir que, aunque la utilización del Principio de Primacía de la realidad, nos de indicios de estar frente al régimen de subcontratación, esto no significa una solución total al problema, ya que, de ser, su labor, aceptada formalmente como subcontratación, de todas maneras traería consigo una serie de dificultades que el derecho del trabajo chileno no ha podido solucionar.

La subcontratación en Chile presenta una serie de insuficiencias, entre ellas destacan la existencia de discriminatorias condiciones de trabajo y salariales entre los trabajadores subcontratados o suministrados y los trabajadores directos de la empresa principal o de las empresas usuarias, que realizan el mismo trabajo; así como la irrelevancia de negociar colectivamente con la empresa contratista, cuando todas las decisiones económicas más importantes las toma la empresa principal.

CAPÍTULO CUARTO.

SOLUCIONES AL PROBLEMA QUE AFECTA A LOS EMPAQUETADORES DE SUPERMERCADOS, EN CUANTO A SU RÉGIMEN LABORAL.

4.1 Soluciones al problema laboral de los empaquetadores de supermercados.

La solución al problema de los empaquetadores de supermercados no pasa por mayor regulación legal, el hiperlegalismo será siempre inoperante, incluso usando los medios públicos. De seguir con esta lógica, es decir, sin mover los pilares que construyen las relaciones colectivas de trabajo, sin que haya una capacidad de representatividad real, sin un equilibrio relativo de fuerzas a niveles sectoriales, geográficos, particulares o a nivel nacional, de nada sirve promulgar leyes. En términos generales, el hiperlegalismo mantiene la idea del paternalismo de la ley, es por ello que son los actores sociales quienes deben luchar por un nuevo proyecto país.

Aspectos a considerar en cuanto a las posibles soluciones al problema laboral de los empaquetadores:

(1) En primer lugar es necesario contar con normas interpretativas que permitan dilucidar la naturaleza de la relación laboral, evitando la configuración de las “zonas grises” del Derecho del Trabajo. Un ejemplo de norma interpretativa para el caso concreto de la situación laboral de los empaquetadores la encontramos en el proyecto de ley boletín N°5983-13, ingresado el año 2008, en donde se señala que además de reformar el Código del Trabajo, propone que se incorpore el siguiente artículo transitorio:

" Declárese, interpretando el artículo 3° b) del Código del Trabajo, que quienes se encuentran actualmente prestando funciones de empaquetador o embalador de supermercado o de otros establecimientos comerciales, se encuentran sujetos a una relación laboral, en los términos del artículo 3° letra b).

La anterior podrá acreditarse, entre otras formas, mediante la existencia de regulaciones de control de horarios y asistencia, el uso obligatorio de uniformes representativos de la

empresa, la existencia de normas e instructivos de vestuario y presentación personal; la supervisión por parte de personal del respectivo supermercado o comercio o la sujeción a órdenes o mandatos de éstos."¹⁸

(2) En segundo lugar, es necesario fortalecer la capacidad de especialización de los Tribunales y de formación de los jueces. En resumen, es necesario buscar una solución satisfactoria para los empaquetadores de supermercados a la luz de la legislación vigente.

(3) Por último, es necesario considerar una propuesta de solución que abogue por mantener y regular la laboralidad de los empaquetadores de supermercado, donde se debería especificar la labor que realizará el empaquetador, además se debería prohibir el cobro por su uniforme, turnos u otros materiales que ayuden al trabajo, se le debiera cargar al empleador este pago, puesto que es él, el beneficiario del servicio. No obstante lo anterior, se debiera igualmente dar flexibilidad al momento de “tomar turnos”, con el fin de adaptar este trabajo a las condiciones de sus trabajadores, quienes son principalmente jóvenes estudiantes. Por otro lado, el empleador debe pagar al trabajador por los turnos trabajados y las cotizaciones previsionales pertinentes, el valor de los turnos debería ser proporcional al salario mínimo mensual. (Labra y Lama).

4.1.1 Asociación Gremial de Empaquetadores a nivel nacional como una alternativa de solución.

Por otro lado, creemos en una posible solución que consistiría en la creación de una asociación gremial de empaquetadores de supermercados a nivel nacional que tenga los siguientes objetivos:

- (a) Defender los intereses del sector.
- (b) Entregar seguros de salud, además de la obligación del supermercado de otorgar cobertura respecto de las enfermedades y los accidentes que puedan sufrir las personas con ocasión de la prestación de tales servicios
- (c) Establecer una relación directa con los supermercados, para así superar las relaciones entre éstos y las empresas intermediarias, por ende eliminar el sistema de cobros por turnos.

¹⁸ (2008) Boletín N° 5983-13. Establece régimen para empaquetadores de supermercados.

No obstante, si la relación laboral involucrara a una empresa intermediaria, deberá sujetarse al régimen de la subcontratación.

(d) Mantener la flexibilidad horaria, no obstante el reconocimiento de derechos laborales básicos y además establecer una remuneración proporcional al sueldo mínimo que no implique perder otros beneficios sociales.

Esta solución no está exenta de complicaciones dado que constituyen alrededor de 24.000 empaquetadores a lo largo del país, que no se encuentran organizados, creemos que existen ciertas presiones por parte de las empresas involucradas para que los jóvenes no se organicen. Es más, suele suceder que ante cualquier manifestación de organización o cuestionamiento de las condiciones de trabajo, el trabajador es separado de sus funciones sin justificación alguna.

La constitución de una Asociación Gremial de Empaquetadores se ajusta a la realidad de los mismos puesto que al no tener contrato con el supermercado, no son parte de la empresa y por ende no podrían formar sindicatos.

4.2 Modificaciones del Código Laboral.

Creemos que es posible una inclusión dentro del Código del Trabajo, donde se contemple la regulación de estos trabajadores. Uno de los precedentes de esta idea la encontramos en la modificación, del año 2001, al inciso primero del CT que incluye a los trabajadores de notarías, archiveros y conservadores. Asimismo es necesario señalar que por mucho tiempo los garzones y meseras no eran remunerados, sino que su remuneración solo consistía en las propinas voluntarias de los clientes, situación que cambió el año 1981 cuando se estableció que los garzones debían tener contrato vigente con un salario a lo menos equivalente al mínimo legal.(Labra y Lama)

4.2.1 Posibles soluciones a la luz de la legislación laboral vigente:

Como mencionamos al comienzo del presente capítulo, la creación de una ley que regule de forma especial la situación de los empaquetadores no es la solución definitiva al problema, ello porque el “hiperlegalismo” ha demostrado ser inoperante si es que no existe la real voluntad de cambiar las situaciones injustas por parte de los involucrados, especialmente las empresas de *retail* y las intermediarias.

Por otro lado, hemos dejado claro en las páginas anteriores, que las normas de nuestro actual Código del Trabajo y los principios reguladores de la relación laboral, dan cuenta de que los empaquetadores de supermercado son trabajadores amparados por las normas del derecho del trabajo, como también la jurisprudencia laboral más reciente. Así lo han entendido algunos parlamentarios en el proyecto de ley boletín N°7200-13 de 2010 sosteniendo que:

“... el artículo 3° inciso 1° letra a) del Código del Trabajo, el cual define al empleador como “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”. Agrega el citado pronunciamiento jurídico, que la prestación de servicios “personales”, vale decir, fácticos o reales bajo dependencia y subordinación de un determinado empleador es elemento esencial para definir al trabajador de acuerdo al concepto fijado por el artículo 3°, letra b), del Código del Trabajo, conforme al cual reviste el carácter de tal “toda” persona natural que preste servicios intelectuales o materiales, bajo dependencia y subordinación, y en virtud de “un contrato de trabajo”. Es necesario puntualizar que el citado elemento jurídico resulta decisivamente confirmado en el artículo 4° inciso primero del mismo Código al establecer, en el carácter de presunción de derecho, que contrae las obligaciones del empleador frente a los trabajadores “la persona que ejerce habitualmente funciones de dirección o administración”, efecto éste que se produce sea que ese ejercicio lo haga por cuenta propia o ajena. Por su parte, y en armonía con lo ya expresado, el artículo 7° del cuerpo legal citado consagra como elemento de la esencia del contrato de

*trabajo, la prestación de servicios personales bajo dependencia y subordinación del empleador”.*¹⁹

Así, aplicando estas normas podemos llegar a establecer la existencia de una relación de trabajo en el caso de los empaquetadores de supermercado, sin embargo, hay dificultades que el actual ordenamiento laboral no puede resolver, entre ellas, que de escriturarse el contrato de trabajo los jóvenes perderían una serie de beneficios sociales, pensiones, becas, otorgados por el Estado.

Es por ello, que una reforma a nuestro actual código del trabajo resultaría de gran utilidad, al señalar expresamente que tales beneficios no son incompatibles con la remuneración que deberán recibir los empaquetadores por el trabajo realizado. A propósito de esto último destacamos nuevamente el proyecto anteriormente mencionado, el que propone la inclusión en el Código del Trabajo de un nuevo capítulo que regule como contrato especial de trabajo la prestación de servicios personales que realizan los empaquetadores de supermercados:

“Capítulo VI-A

Artículo 152 ter : Los trabajadores que se desempeñen en recintos de supermercados, en empaque de productos vendidos por éste, estarán sujetos a las normas de este código, y en especial, las normas contenidas en el Título VII del Libro I, en el evento que se constaten relaciones trilaterales entre quienes intervienen en la relación laboral.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, los trabajadores que tengan becas, pensiones o cualquier otro beneficios sociales, no lo perderán por efecto de estar sujeto a este tipo de contrato de trabajo.”

Por otro lado, la inclusión de este artículo único significa hacerse cargo de una de las grandes problemáticas en la situación de estos trabajadores; cual es, la determinación de la figura del empleador. Como ya vimos la figura laboral sería la subcontratación, de manera que nos resulta apropiada la extensión que haría esta nueva norma al estatuto del mismo.

¹⁹(2010) Boletín N° 7200-13, Proyecto de ley sobre contrato laboral del empaquetador de supermercado.

Así, a modo de síntesis destacamos de este proyecto de ley lo siguiente:

- (1) Que reconozca la existencia de relación laboral, y trate a los empaquetadores como trabajadores, y que por ende, se le reconozca a los mismos el derecho a recibir todos los beneficios que corresponden a un trabajador dependiente;
- (2) Trata de solucionar el problema de la determinación de la figura del empleador, haciendo aplicable las normas de subcontratación;
- (3) Compatibiliza la remuneración con los beneficios sociales que reciban del Estado.

Creemos, sin embargo, que este proyecto no soluciona el tema de la flexibilidad horaria, ya que ha quedado claro a lo largo de este trabajo, que este tipo de trabajadores debe conciliar dichas labores con sus estudios. De ahí, que consideramos pertinente agregar al proyecto el que este tipo de trabajadores pueda cumplir con una jornada de trabajo flexible que les permita compatibilizar trabajo y estudio.

En este punto es preciso hacer una reflexión, y es que, de incluirse este contrato especial en el Código, el empleador deberá pagar una remuneración y cumplir con las demás obligaciones legales propias de su condición, eventualmente podrían seguirse daños colaterales; por ejemplo, el empleador podrá optar por el autoempaque, o por trabajadores a jornada completa, y por ende por otro segmento de trabajadores, subir el precio de las mercadería, en definitiva, cortar la relación laboral.

Todas estas posibles consecuencias han truncado las discusiones en el congreso, sin embargo, se debe tener presente que estas personas no son trabajadores como cualquier otro, son estudiantes, muchas veces menores de edad, en algunos casos ancianos, o discapacitados, por ende, una parte de la población que merece especial atención, es por ello, que el ejecutivo y el legislativo debieran pensar además, en la posibilidad de adoptar políticas públicas de seguridad social para incentivar la contratación de estos trabajadores; a través de subsidios o beneficios otorgados a las empresas por cada contratación de personas en esta situación.

4.3 **Funciones fiscalizadoras de la Dirección del Trabajo.**

La función fiscalizadora de las inspección del trabajo está regulada en el decreto con fuerza de ley N° 2/67, artículos 23 y siguientes, en donde se faculta a los funcionarios a actuar como ministros de fe. Además puede comenzar una investigación dentro de un procedimiento administrativo regulado por la ley de procedimiento administrativo N°19.880, donde los sujetos fiscalizados cuentan con las garantías de recurrir ante las resoluciones del organismo fiscalizador por medio del recurso de reposición y en subsidio o a falta de aquel, del recurso jerárquico.

Tapia Guerrero señala a propósito de la función fiscalizadora, una idea que se relaciona con nuestro tema de investigación, dice: “El problema se presenta cuando se trata de relaciones laborales no registradas o encubiertas a través de figuras contractuales de derecho común. En tales casos, una vez practicada la investigación correspondiente, el inspector del trabajo ordena la suscripción de los respectivos contratos de trabajo, en virtud de lo establecido en el artículo 8 del Código del Trabajo, esto es, en tanto reúnan los elementos propios del contrato de trabajo, entre otros, el de dependencia o subordinación” (2005, p: 220)

La situación es problemática, puesto que la Inspección del Trabajo según la doctrina mayoritaria, no puede invadir el ámbito de la judicatura, resolviendo asuntos controvertidos, vulnerando derechos constitucionales garantizados, sin embargo, aplicando el principio de inexcusabilidad que inspira la ley de procedimiento administrativo, la inspección del trabajo estaría obligada a pronunciarse respecto a estos temas.

Junto con lo anterior, es necesario que los jueces de letras del trabajo, con ayuda de la labor fiscalizadora de las respectivas inspecciones regionales y provinciales del trabajo, cuando vean estas causas, apliquen el art° 507 del Código del Trabajo, en cuanto dicho precepto señala en su inciso primero: “ Se sancionará con una multa a beneficio fiscal de 5 a 100 unidades tributarias mensuales, al empleador que simule la contratación de trabajadores a través de terceros, cuyo reclamo se regirá por lo dispuesto en el artículo 474. En este caso, el empleador quedará sujeto al cumplimiento de todas las obligaciones

laborales y previsionales y al pago de todas las prestaciones que correspondieren respecto de los trabajadores objetos de la simulación”.

4.4 **Recomendación 198 de la OIT año 2006, sobre la relación de trabajo.**

Una de las vías que podemos seguir para solucionar el problema de los empaquetadores, es considerar la Recomendación 198 de la OIT, que tras la discusión solo quedó en Recomendación y no Convenio, lo cual repercute en su eficacia, puesto que son orientaciones no plenamente vinculantes, sin embargo, compartimos la tesis de Ermida en cuanto estas recomendaciones son de gran utilidad para el Derecho Laboral y los trabajadores. (Ermida, 2010).

La Recomendación reconoce como antecedente una serie de discusiones verificadas en el seno de la OIT sobre trabajo informal, trabajo a domicilio, subcontratación y otras formas de trabajo que podrían considerarse desprotegidas o insuficientemente protegidas.

El autor mencionado hace un análisis de la Recomendación 198, en cuanto obliga a los gobiernos y como debiese ser utilizada. La primera parte de la Recomendación postula que los Estados deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo y que, de ser necesario, deberían adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente (artº 1). Legislación ésta, que debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección de los trabajadores (artº 2).

En relación a lo anterior, dentro de los considerandos de esta recomendación, en donde se busca proteger al trabajador como una esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, es necesario destacar el siguiente considerando que se relaciona con nuestro tema de investigación: *“Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación”*²⁰. En el caso de los empaquetadores de supermercados

²⁰ Recomendación 198 de la OIT, año 2006.

se puede apreciar claramente una relación laboral encubierta en donde los trabajadores se encuentran en una incertidumbre en cuanto a sus derechos laborales.

Además la citada recomendación de la OIT, establece una política nacional para los estados de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, no obstante su menor grado de eficacia, dado que se trata de una Recomendación y no un Convenio, los tribunales laborales pueden aplicar la Recomendación 198, tanto en la integración del derecho (vacío legal) como en la interpretación de las normas vigentes.

Dentro de los contenidos básicos y los objetivos de la Recomendación, se puede destacar lo siguiente:

- (1) Junto con el objetivo principal de protección del más débil (trabajador), además se procura preservar la “competencia leal”, esto es, la que se abstiene de obtener ventajas sobre la base de malas condiciones de trabajo.
- (2) La indeterminación de la existencia de una relación de trabajo o las dificultades para determinarla, suponen una clara desprotección por inaplicación de la legislación laboral.
- (3) Algunas de las causales de desprotección, a saber, el encubrimiento de la relación de trabajo, el recurso a acuerdos contractuales que intentan atribuir otra naturaleza a la relación laboral y las eventuales insuficiencias legislativas.

Además es necesario recordar el Principio de Primacía de la Realidad, al cual nos hemos referido anteriormente, a lo largo de esta investigación, convirtiéndose en uno de los ejes de la misma. La Recomendación establece que, para garantizar la protección a los trabajadores, es necesaria la determinación eficaz de la existencia de una relación de trabajo, la distinción clara entre trabajadores dependientes e independientes y la lucha contra las relaciones de trabajo encubiertas, a despecho de los acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica de los trabajadores.

Los Empaquetadores son trabajadores en la práctica, aunque se intente demostrar lo contrario. El vínculo de subordinación y dependencia queda demostrado en los hechos, independiente del acuerdo contractual al que hayan llegado las partes.

CONCLUSIONES.

1. De acuerdo al análisis del problema laboral de los empaquetadores de supermercados, podemos concluir que existe una relación contractual independientemente de la escrituración del mismo, la cual constituye una obligación del empleador y no determina la existencia de la relación laboral.
2. Los empaquetadores de supermercados constituyen alrededor de 24.000 a lo largo del país, los cuales no se encuentran organizados por la propia naturaleza de su relación laboral, por tanto su capacidad de movilización y presión es prácticamente nula ya que al no tener protección laboral básica, los jóvenes universitarios no se organizan para mejorar su situación por temor a que los despidan de sus puestos de trabajo.
3. Uno de los factores que inciden en la precaria situación actual de los empaquetadores de supermercados es el tema del multirrut, el cual consiste en dividir las empresas en una pluralidad de razones sociales, cada una de estas y los respectivos trabajadores adscritos a ellas, debía ser considerada un empleador distinto para efectos de la formación de sindicatos y de negociación colectiva. La finalidad es dividir a los trabajadores para que no puedan negociar colectivamente en un solo proceso con fuerza y unidad.
4. La OIT ha señalado que se ha producido un fenómeno de *desenfoque* de la relación de trabajo, caracterizada por el hecho de que la legislación del trabajo “apunta” en una dirección, pero los trabajadores que necesitan su protección se encuentran en otra.
5. Los empaquetadores que trabajan en las empresas de *retail*, constituyen un retrato social de lo que constituye hoy en día el mundo laboral, que se caracteriza de la siguiente manera: competitivo, acelerado, liderado por el libre mercado, donde la flexibilidad laboral ha aumentado, donde subsiste el histórico interés del empleador

de producir con la mano de obra menos onerosa posible y desligarse de todo lo que pueda constituir una carga para él como lo es, por ejemplo, la normativa laboral.

6. La realidad muestra que los jóvenes empaquetadores cumplen funciones en favor del supermercado, que en virtud del principio de primacía de la realidad, la tesis de la irresponsabilidad contractual de las cadenas de supermercados con respecto a los empaquetadores es inadmisibile.
7. En este tipo de trabajo hay tres intervinientes, la empresa de *retail*, una empresa externa o intermediaria que tiene directa relación con los jóvenes trabajadores y los empaquetadores. De ahí, que atendiendo a la realidad, esta figura se enmarca dentro de la subcontratación, eso es justamente lo que han considerado los tribunales del trabajo a la hora de señalar que efectivamente existe relación laboral.
8. El empleador directo, la empresa que gestiona la administración de los turnos, por medio de la figura del mandato intenta eludir su calidad de empleador directo para con los empaquetadores de supermercados, desconociendo la relación laboral existente, como también el régimen de subcontratación establecido entre la empresas de *retail* y las empresas contratistas que suministran trabajadores a cambio de la exclusividad del uso de las dependencias del local de supermercado.
9. Personalmente creemos que el problema laboral de los empaquetadores de supermercados podría solucionarse en la medida en que exista transparencia en las relaciones laborales, estableciendo sanciones económicas a aquellas empresas que lucran con el trabajo de los empaquetadores, eludiendo su calidad de empleador y por ende las obligaciones que ello implica.
10. Además creemos que los jóvenes empaquetadores tienen mucha responsabilidad en la solución de este problema, ya que deben ser conscientes de sus derechos laborales, y no permitir que sean vulnerados, como tampoco estar dispuesto a transar garantías básicas dentro del lugar de trabajo, en pos de obtener mayores ganancias por concepto de propinas. Es necesario que adopten una postura crítica

respecto a lo que consideran condiciones de trabajo injustas y abusivas. Además de informarse respecto de sus derechos laborales.

11. En síntesis, en base a lo investigado, proponemos las siguientes soluciones a la situación actual de los empaquetadores:

a) Fortalecer la capacidad de especialización de los Tribunales así como de la formación de los jueces, además de la labor fiscalizadora de la Inspección del Trabajo.

b) Contar con normas interpretativas que permitan dilucidar la naturaleza de la relación laboral, y evitar la formación de las “zonas grises” del Derecho del Trabajo.

c) Creación de una Asociación nacional gremial de empaquetadores, con el objetivo de lograr unanimidad en el diagnóstico de la situación en que se encuentran, y así, buscar soluciones.

d) Modificación al Código del trabajo, incluyendo de manera expresa a estos trabajadores dentro del mismo.

BIBLIOGRAFÍA.

__**Albornoz, Marcelo. Alviz, Christian. Pérez, Enrique.** (2007): *Subcontratación laboral y servicios transitorios*, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile.

__**Bronstein, Arturo** (2005): “Ámbito de la relación del trabajo: el debate en la OIT”, en la obra colectiva *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, en el proceso de transformación de la empresa*, (coord.A. Bronstein) Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.

__**Caballero Muñoz y Muñoz Rivera** (1987) *Subordinación y dependencia, elemento esencial del contrato de trabajo*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas Universidad de Valparaíso. Chile.

__**Gamonal Contreras, Sergio** (1998): *Introducción al Derecho del Trabajo*, Editorial Jurídica Conosur, Ltda., Santiago de Chile.

__**Goldin, Adrián** (2005): “Las fronteras de la dependencia”, en la obra colectiva *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, en el proceso de transformación de la empresa*, (coord.A. Bronstein) Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.

__**Lanata Fuenzalida, Gabriela** (2009): *Contrato Individual de Trabajo*, Editorial Legalpublishing, Santiago de Chile.

__**Lizama Portal, Luis** (2005): *Derecho del Trabajo*, Editorial Lexisnexis, Santiago.

__**Lizama Portal, Luis y Ugarte Cataldo, José Luis** (2007): *Subcontratación y suministro de trabajadores*, Editorial Lexisnexis, Santiago.

__**PLÁ Rodríguez, Américo.** (1990) *Los principios del Derecho del Trabajo*, 2da Edición De palma Buenos Aires.

__**Romagnoli Umberto, Ermida Oscar y Tapia Francisco.** (1992): *Experiencias de flexibilidad normativa, la transformación del Derecho del Trabajo*. Editorial Universidad Nacional Andrés Bello, dirección de extensión e investigación, Santiago de Chile.

__**Thayer Arteaga, William y Novoa Fuenzalida, Patricio** (2003): *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo III, cuarta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

__**Ugarte, José Luis** (2005): “La crisis de la subordinación y el nuevo trabajo autónomo”, en la obra colectiva *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo, en el proceso de transformación de la empresa*, (coord.A. Bronstein) Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2005.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA.

__**Ermida, Oscar** (2010): “*La Recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores*”, en Grupo de Trabajo Autoreforma Sindical, III Reunión, Lima octubre de 2010. Disponible en: http://white.oit.org.pe/proyectoactrav/pry_rla_06_m03_spa/gtas/gtas_aportes/asores/gtas3-ermida.pdf . Fecha de última consulta: 8 de Septiembre de 2012.

__**Durán, Gonzalo y Kremerman Marco** (2008): “*Caracterización del sector retail- Comercio al por menor- Una mirada general*”, en Cuadernos de Investigación N° 7, Fundación Sol. Disponible en: <http://www.fundacionsol.cl/wp-content/uploads/2010/09/Cuaderno-7-Retail.pdf> Fecha de última consulta: 8 de Octubre de 2012

__**Labra Todorovich, Jaime y Lama Gálvez Tarik**: “La configuración de la relación laboral y sus sujetos, en el caso de los “empaquetadores de los supermercados”: una relación laboral precaria que muchos quieren esconder.” en *2do congreso nacional estudiantil de Derecho del Trabajo*. Disponible en <http://www.congresodeltrabajo.cl/wp-content/uploads/2012/05/La-configuraci%C3%B3n-de-la-relaci%C3%B3n-laboral-y-sus-sujetos-en-el-caso-de-los-empaquetadores-de-los-supermercados.-Jaime-Labra-y-Tarik-Lama.pdf> . Fecha de última consulta 05 de Julio de 2012.

__**Organización Internacional del Trabajo** (2006): Recomendación n° 198, sobre la relación de trabajo, disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:R198 Fecha de consulta 28 de Agosto de 2012.

__**Pizarro, Roberto** (2011): “Chile: “¿Será posible terminar con el pago por trabajar?”, en *Américaeconomía, Análisis & Opinión*. Disponible en: <http://www.americaeconomia.com/analisis-opinion/chile-sera-posible-terminar-con-el-pago-por-trabajar> . Fecha última consulta: 8 de Septiembre de 2012.