



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJO FAMILIAR EN CHILE

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile

Autor: Tomás Alberto Corominas Mancilla
Profesor Guía: María Eugenia Montt

Santiago, Chile – 2019

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen	5
Introducción	7
Capítulo I. La Familia y su importancia para la economía	11
A.1 Concepto de familia.....	11
A.2 Concepto legal	13
A.3 Otras definiciones legales importantes	14
A.4 Protección de la Familia	14
B. El trabajo familiar.....	17
B.1 Trabajo y familia	17
B.2 Concepto de trabajo familiar	18
B.3 Formas de organización del trabajo familiar	20
C. Las empresas familiares.....	25
C.1 Concepto.....	25
C.2 Elementos que caracterizan como familiar a una empresa.....	26
C.3 Integración de dos sistemas	28
C.4 Empresas familiares, una alternativa eficiente.....	31
C.5 Características de las empresas en Chile. Empresas familiares, una realidad contundente.....	33
C.6 Pequeña empresa familiar.....	36
Capítulo II. Legislación sobre el trabajo familiar	41
A. Legislación chilena sobre la materia.....	41
A.1 Alcance del Código del Trabajo	41
A.1.1 Ámbito de aplicación del Código del Trabajo	41
A.1.2 Contrato individual de trabajo	43
a. Prestación de servicios personales.....	44
b. Remuneración	45
c. Subordinación y dependencia	45
A.1.2.2 Presunción de laboralidad	47
A.1.3 Concepto de trabajador	47
A.1.4 Contratación entre cónyuges	48
A.2 La Dirección del Trabajo ante el trabajo familiar	50
A.3 Consideraciones finales.....	57
B. El trabajo familiar en la legislación extranjera	60
B.1. España	60
B.1.1 Exclusión de laboralidad.....	61
B.1.2 Exclusión de laboralidad en sociedades	66
B.2. Argentina.....	67
B.2.1 Extensión de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo	67

B.2.2 Exclusión de laboralidad del trabajo familiar	68
B.2.3 Trabajo familiar ante la fiscalización	72
B.2.4 Reconocimiento en la legislación.....	74
B.3 Ajenidad como elemento delimitador	75
Capítulo III. El trabajo dependiente objeto de regulación	77
A. Características del trabajo objeto de regulación	77
A.1. Juridificación del trabajo objeto de regulación	77
A.2. El trabajo objeto de regulación	78
1. El trabajo humano.....	78
2. El trabajo libre.....	79
3. El trabajo productivo	81
4. El trabajo por cuenta ajena	82
5. El trabajo dependiente	87
5.2. Dependencia como consecuencia de la ajenidad.....	98
5.3. Dependencia y ajenidad como elementos concurrentes	99
6. Elementos excluidos	101
1. Remuneración	101
2. Continuidad.....	102
3. Profesionalidad	103
B. Trabajo familiar y las fronteras del Derecho del Trabajo	105
B.1 Antecedentes normativos de trabajo familiar	105
1. Ley de Contrato de Trabajo de 1924.....	105
2. Código del Trabajo de 1931	108
3. Plan Laboral y legislación posterior.....	110
B.2 El trabajo familiar como objeto de regulación del Derecho del Trabajo.....	113
1. Trabajo Libre	114
2. Ajenidad	114
3. Subordinación.....	116
4. Remuneración	118
C. Reconsiderar nuevamente el trabajo familiar en la legislación chilena	121
1. Ubicación del trabajo familiar en el Derecho del Trabajo.....	121
2. Disposición legal expresa en el Código del Trabajo.....	123
3. Características de la disposición	124
4. Consideraciones sobre la norma propuesta	128
Conclusión.....	135
BIBLIOGRAFÍA.....	141

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto revisar críticamente el estado de la regulación del trabajo familiar en nuestra legislación. Para aquello, primero se conceptualiza esta relación de trabajo, determinándose lo que se entenderá por tal, lo que implica por cierto el estudio de las dos instituciones que entrecruzan a esta prestación de servicios: familia y empresa. Esto obliga a dedicar un apartado completo al análisis de las empresas familiares, con énfasis en datos estadísticos que ilustran importantes aspectos de aquellas.

También se expone cómo el trabajo familiar es regulado por la legislación laboral chilena, lo que posibilita concluir que las normas del Código del Trabajo no permiten inferir con certeza si corresponde que las prestaciones familiares sean objeto de sus normas tutelares, o si estas deben ser excluidas. Por lo que se complementa el estudio con aportes de la doctrina nacional y de la jurisprudencia administrativa. Se estudian también dos casos de legislación comparada –España y Argentina–, para dar cuenta de cómo el tema ha sido tratado en aquellos ordenamientos jurídicos.

Continúa esta tesis con el estudio acerca del trabajo que es objeto de regulación de la disciplina jurídico laboral, por lo que se examinan las notas que según la doctrina identifican el tipo de prestación de servicios que interesa al Derecho del Trabajo. Además, se analizan antecedentes normativos históricos, que ilustran el reconocimiento que tuvo en el pasado la relación de trabajo entre familiares. Finalmente, se reflexiona si la prestación de servicios entre parientes debe ser regulada por las normas contenidas en el Código del Trabajo, o si corresponde su exclusión del orden laboral. En base dicho análisis, se propone un marco regulatorio que permita cierto grado de certeza para quienes desarrollan una actividad productiva con la asistencia de familiares.

Introducción

Para quienes se han dedicado al estudio del Derecho del Trabajo, siempre ha sido tema de especial atención el delimitar de forma precisa el trabajo que es objeto de esta área del derecho. No es menor esta tarea, en particular para quienes afirman que el principal objetivo del derecho laboral es proteger al trabajador. Fijar sus fronteras implica necesariamente excluir del ámbito de aplicación de sus normas tutelares a determinadas formas de prestación de servicios.

Como sucede en todo subsistema jurídico al momento de delimitar su campo de aplicación, se presentan situaciones límites –“zonas grises”–, que en este caso dan cuenta de relaciones de prestación de servicios de naturaleza difusa, donde existe una duda razonable sobre si hay o no vínculo laboral. Uno de estos casos es la prestación de servicios entre familiares, relación de trabajo que es objeto central de esta tesis, y sobre la que se espera lograr responder la pregunta que motiva esta investigación: ¿debe ser el trabajo familiar objeto de regulación del ordenamiento jurídico-laboral?

El Derecho del Trabajo no está llamado a regular todas las relaciones de trabajo, sino solo aquellas que cumplen con determinadas notas que configuran un tipo de relación bastante particular. Precisar los elementos y rasgos tipificantes de este tipo de trabajo permitirá resolver si una prestación de servicios concreta corresponde que sea normada por el derecho laboral. Previo a aquello, será necesario dar un concepto de trabajo familiar, además de caracterizarlo en su más amplio sentido, para poder identificar sus elementos distintivos y, de esta manera, verificar si concurren los elementos que tipifican un vínculo laboral.

En el primer capítulo de esta tesis, se estudian los dos sistemas sociales que se integran en esta forma de trabajo: la familia y la empresa. Un adecuado entendimiento de cada una, desde el intento por definir las y señalar sus rasgos fundamentales, hasta el estudio de las normas positivas que dan cuenta de cada una de estas, permitirá en los siguientes capítulos realizar una reflexión jurídica más acabada de la relación de trabajo que opera cuando ambas se entrecruzan. Análisis que debe considerar el espacio en que se concentran la mayoría de los casos de trabajo familiar, esto es, las empresas familiares.

El estudio teórico de estas unidades económicas posibilita determinar las características que permiten calificar a una empresa como “familiar”. Además, en este

capítulo se analiza la realidad económica en que operan, a través de distintos instrumentos de medición estadística, poniendo especial énfasis en la marginalidad en que tienden a funcionar los pequeños negocios. El conocimiento de la realidad actual de las empresas familiares y de sus problemáticas en la práctica permiten una aproximación al alcance del trabajo familiar y su importancia para la economía del país. Como se evidencia, el desarrollo de una actividad productiva en la que forman parte miembros de una familia es una situación común en nuestra realidad económica, especialmente entre los pequeños emprendimientos. Para muchos de estos, el trabajo familiar es el soporte que les permite mantenerse operativos y, en definitiva, proveer al grupo familiar de ingresos para su subsistencia. Cualquier reflexión en torno a la regulación del trabajo familiar debe atender la situación material en la que por lo general opera.

En el segundo capítulo se expone cómo la legislación laboral trata al trabajo familiar. A pesar de la significación de esta forma de prestación de servicios en Chile, como evidencian las cifras que se exponen, en el Código del Trabajo (en adelante: CT) no existe disposición que de forma expresa haga referencia a esta forma de trabajo, por lo que hay que remitirse a las normas generales que definen el ámbito de aplicación de nuestro orden laboral. Alternativa que deja algunas dudas, ya que del estudio de las normas del CT no se infiere con certeza si corresponde que las prestaciones familiares sean objeto de sus normas tutelares, o si estas deben ser excluidas.

Por su parte, la doctrina no ha desarrollado el tema en Chile, centrándose los escasos estudios en la contratación laboral entre cónyuges. Dichos planteamientos, además de algunos dictámenes de la Dirección del Trabajo, conceden un primer acercamiento hacia la ubicación del trabajo familiar en nuestra legislación. Postura que de cualquier forma no es suficiente para rescatar conclusiones generales sobre esta institución. Por tanto, se exponen dos casos de legislación comparada – España y Argentina–, para dar cuenta de cómo el tema ha sido tratado por otros ordenamientos, con el objetivo de sumar elementos que aporten a la reflexión dogmática.

El tercer capítulo de esta tesis tiene por objeto el estudio acerca del trabajo que es objeto de regulación de la disciplina jurídico laboral, a través del examen crítico de las notas que según autorizada doctrina identifican el tipo de prestación de servicios que interesa al Derecho del Trabajo. Análisis que será exhaustivo en el caso de dos nociones que son consideradas esenciales en la relación laboral, y que han mantenido en constante tensión a la doctrina laboral, en su intento por precisar su contenido. Me refiero a la subordinación jurídica y al trabajo por cuenta ajena, conceptos que incluso son enfrentados por algunos

autores, en su esfuerzo por determinar aquella nota tipificante del vínculo laboral, que de forma excluyente permita determinar la aplicación del Derecho del Trabajo sobre una prestación de servicios.

Además, en este capítulo se exponen antecedentes normativos históricos, que dan cuenta de algunas disposiciones en las distintas leyes que en su momento ordenaron el derecho laboral en Chile, las cuales demuestran el reconocimiento que tuvo la relación de trabajo entre familiares, además de distintos criterios para su regulación.

El propósito del referido análisis es finalizar el tercer capítulo con una reflexión que justifique si el trabajo familiar debe ser regulado por las normas contenidas en el CT, o si corresponde su exclusión del orden laboral, a través de una norma expresa que así lo señale. En definitiva, se opta por esta última conclusión, por ser la alternativa coherente con el estudio dogmático sobre las notas que permiten sostener que una prestación de servicios debe ser objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo, y también con los antecedentes que aportan los capítulos primero y segundo de este trabajo. Finalmente, se propone un marco regulatorio que permita cierto grado de certeza para quienes desarrollan una actividad productiva con la asistencia de familiares.

Capítulo I. La Familia y su importancia para la economía

A. La familia

Antes de iniciar el estudio del trabajo familiar, es necesario hacer algunas precisiones respecto de la familia, para delimitar y caracterizar las especiales notas que tiene esta forma de trabajo. No solo es menester definirla en cuanto institución social fundamental y prelegal en nuestra cultura, sino también para aclarar el concepto que maneja el legislador al momento de regularla. Solo así se tendrá claridad para poder delimitar la institución del trabajo familiar.

A.1 Concepto de familia

Dar con un concepto preciso de familia puede ser un poco difícil. Como prevención, no debe sorprender el que este sea polisémico, es decir, que exista pluralidad de significados según el contexto en que se utiliza. En este sentido, la Real Academia de la Lengua Española maneja diez significados de este, destacando el primero, por su cercanía con otras definiciones que se analizarán. La define como “grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”¹. También se puede afirmar que etimológicamente:

“(…)procede de la voz *famulia*, por derivación de *famulus*, que a su vez deriva del osco *famel* que significa siervo, y más remotamente del sánscrito *vama*, hogar o habitación, significando, por consiguiente, el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa”².

Bajo ese concepto se comprendió a la familia históricamente, significado que también adoptó el Derecho Romano, donde se funda en el vínculo de autoridad y subordinación (*potestas*). Esta noción se recoge incluso por Las Siete Partidas, que así la define: “Familia se entiende el señor della, e su muger, e todos los que biven so el, sobre quien ha mandamiento, assi como los fijo, los sirvientes, e los otros criados”³.

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, edición del Tricentenario, actualización 2018, acceso el 13 de febrero de 2019, <http://dle.rae.es/?id=HZnZiow>.

² René Ramos, *Derecho de Familia*, Tomo I, 6a. ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 9.

³ Séptima Partida, citada por Hernán Corral, *Derecho y Derechos de la Familia* (Santiago: Editorial Jurídica Grijley, 2005), 25.

De manera similar, pero adaptado a los tiempos modernos, el profesor Meza Barros sostiene que familia, en un sentido lato, corresponde al grupo de personas que viven bajo el mismo techo que el jefe de hogar, bajo su dirección y dependencia económica⁴.

Una definición interesante, por su intento de delimitar qué debe entenderse por familia para el ordenamiento jurídico, y específicamente para su protección en cuanto tal, es la que propone el profesor Hernán Corral, para quien familia es:

“(...) aquella comunidad que, iniciada o basada en la unión permanente de un hombre y una mujer destinada a la realización de los actos humanos propios de la generación, está integrada por personas que conviven bajo la autoridad directiva o las atribuciones de poder concedidas a una o más de ellas, adjuntan sus esfuerzos para lograr el sustento propio y el desarrollo económico del grupo y se hallan unidas por un afecto natural derivado de la relación de pareja o del parentesco de sangre, el que las induce a ayudarse y auxiliarse mutuamente”⁵.

Una posición opuesta sostiene el profesor Lasarte, quien opta por una visión influenciada por la sociología, apelando a la idea de la “mutabilidad” de la familia a lo largo de la historia, según como lo entienda cada sociedad en sus diferentes etapas. Fiel a esta noción, afirma que “la idea de familia es tributaria en cada momento histórico de una serie de condicionamientos sociales y se resiste a ser encajonada en una noción concreta que no se plantee con grandes dosis de generalización e imprecisión”⁶.

Como se puede apreciar, no es un tema pacífico. Más adelante se profundizará en torno a lo que el legislador entiende por familia, y como se delimita su concepto para efectos del tema que aquí se discute. Sin embargo, por ahora corresponde indicar que la definición jurídica tradicionalmente aceptada es la del jurista español José Castán Tobeñas, para quien familia es “un conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco (consanguinidad, afinidad o adopción) a las que la ley atribuye efecto jurídico”⁷. Definiciones muy similares son las que manejan los profesores Somarriva⁸ y

⁴ Ramón Meza, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo I, 2a. ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989), 13. Definición que el autor opone a lo que entiende por familia en sentido estricto, como se expone más adelante.

⁵ Corral, *Derecho y Derechos de la Familia*, 32.

⁶ Carlos Lasarte, *Principios de Derecho Civil VI: Derecho de Familia*, 3a. ed. (Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002), 6.

⁷ José Castán, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo V, Vol. 1 (Madrid: Editorial Reus, 1969), citado por Ramos, *Derecho de Familia*, 9.

⁸ Manuel Somarriva, *Derecho de Familia*, 2a. ed. (Santiago: Editorial Nascimento, 1963), 10.

Meza Barros⁹, señalando así lo que entienden por familia en un sentido restringido, en oposición a la definición en sentido lato expuesta algunas líneas atrás.

A su vez, para complementar la definición anterior, parentesco es tradicionalmente definido como la relación de familia que existe entre dos personas, que puede ser de dos clases, por consanguinidad o por afinidad¹⁰. Según el artículo 28 del Código Civil, el parentesco por consanguinidad, “*es aquel que existe entre dos personas que descienden una de la otra o de un mismo progenitor, en cualquiera de sus grados*”. Respecto del parentesco por afinidad, el artículo 32 del mismo código señala que “*es el que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer*”.

A.2 Concepto legal

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición legal de familia, limitándose el legislador a indicar en la Constitución Política de la República, en su artículo 1 inciso 2°, que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, lo que se repite en el artículo primero de la Ley de Matrimonio Civil. A su vez, el artículo 815 inciso 3° del Código Civil dispone quienes la conforman, a propósito del derecho de uso y habitación¹¹. Respecto de este último artículo, es curiosa la semejanza entre el concepto de familia utilizado por el legislador con respecto al expuesto al comienzo de este trabajo, recogido de su definición etimológica, del cual se desprende cuál ha sido la comprensión histórica de la familia.

Esta omisión ha dado paso a importantes debates, considerando la no menor cantidad de disposiciones, en todas las áreas del Derecho, que hablan indistintamente de familia. Situación de la que no es ajena el trabajo familiar, pues su ámbito de operatividad está sujeto a lo que el legislador comprende por esta, tema se desarrollara más adelante.

⁹ Meza, *Manual de Derecho de Familia*, 13.

¹⁰ Ramos, *Derecho de Familia*, 22.

¹¹ Artículo 815: *El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador./ En las necesidades personales del usuario o del habitador se comprenden las de su familia./ La familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución./ Comprende asimismo el número de sirvientes necesarios para la familia./ Comprende, además, las personas que a la misma fecha vivían con el habitador o usuario y a costa de éstos; y las personas a quienes éstos deben alimentos.”*

A.3 Otras definiciones legales importantes

Es importante tener presente también los conceptos legales de línea y grado de parentesco establecidos en el Código Civil. Por línea de parentesco se comprende una serie de parientes, que pueden ser de la línea recta cuando descienden unos de otros, o de la línea colateral (también conocida como transversal u oblicua), cuando proceden de un ascendiente en común, y una de ellas no es ascendiente de la otra. En el primer caso, se encuentra el padre con el hijo, o el nieto con su abuelo. En el segundo caso, a los hermanos o primos entre sí. Así lo expresa el inciso 2° del artículo 27 del citado código.

A su vez, grado de parentesco es la distancia que existe entre dos parientes. Para determinarlo, tal como establece el artículo 27 inciso 1°, y siguiendo la explicación del profesor Ramos Pazos, se cuenta por el número de generaciones. En el caso del parentesco en línea recta es más sencillo: nieto y abuelo, segundo grado. En el parentesco colateral, se debe subir hasta el tronco común y después bajar hasta el pariente cuyo grado hay que determinar. De esta manera, dos hermanos se encuentran en segundo grado en la línea colateral¹².

Respecto del grado de parentesco por afinidad de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, el inciso 2° del artículo 31 señala que “*se califican por la línea y grado de consanguinidad de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así, un varón está en primer grado de afinidad, en la línea recta, con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio (...)*”.

A.4 Protección de la Familia

La Constitución Política de la República expresa en su artículo primero que “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad*”, para luego agregar en su inciso 5° que “*es deber del Estado (...) dar protección*” y “*propender al fortalecimiento de ésta*”. Si consideramos que la familia es además un grupo intermedio, el artículo primero en su inciso 3° “*les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos*”. No es menor que esta declaración de principios se encuentre en el artículo primero de nuestra Constitución. La importancia que se le asigna a la familia es evidente, amparando esta organización pre legal como institución fundamental, e imponiéndose el deber de darle protección.

¹² Ramos, *Derecho de Familia*, 23-24.

Pero esto no es una situación particular de nuestro país. La importancia de la familia está consagrada en varios tratados internacionales, con la curiosidad de que ninguno se aventura a definirla. Así por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16.3 dispone: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”¹³.

También su relevancia queda de manifiesto en la historia de la Ley N° 19.957 de Matrimonio Civil, donde destacamos la siguiente moción:

“La familia constituye un lugar central y decisivo en la experiencia humana. La identidad y la intimidad de los hombres y las mujeres se forjan y se desarrollan en la familia. Los sentimientos de felicidad o infelicidad de las personas están fuertemente asociados a la vida familiar. Esta es un instrumento privilegiado de socialización de las nuevas generaciones. A través suyo se transmiten creencias, valores, usos y costumbres”¹⁴.

Entonces, la defensa de la familia se alza como consecuencia necesaria de su consagración en los textos citados, lo que, entre otras cosas, deriva en una protección jurídica por parte de todos los poderes del Estado. Al respecto, hay acuerdo sobre este deber, mas no así sobre el concepto de familia objeto de protección. En específico, se debate si el deber de protección del Estado recae sobre la familia constituida de manera legal, a través del matrimonio, o si debe comprender las denominadas familias de hecho, en su concepción sociológica, expuesta previamente.

La tesis que se impuso por bastante tiempo es que la Constitución se refiere solo a la familia legalmente constituida. En este sentido, el profesor Corral señala:

¹³ El profesor Lepin también cita los siguientes instrumentos internacionales: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 23.1, señala: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 10.1, prescribe: “se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges”. Y, por último, en la Convención sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, en el artículo 17.1, se establece: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”. Cristián Lepin, «Los nuevos principios del Derecho de Familia», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23 (diciembre 2014): 13.

¹⁴ Biblioteca Del Congreso Nacional, «Sesión Especial N° 27, de 28 de noviembre de 1995», acceso el 19 de enero de 2019,

<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=669413>.

Moción de los Diputados: María Antonieta Saa, Isabel Allende, Mariana Aylwin, Ignacio Walker, Victor Barrauto, Carlos Cantero, Arturo Longton, Eugenio Munizaga, Sergio Elgueta y José Antonio Viera-Gallo.

“(…) si el concepto constitucional de familia debe tener un contenido determinado, éste no puede ser otro -a falta de declaración expresa en el texto o en las actas- que la familia fundada en el matrimonio. Otras formas de convivencia podrán ser más o menos admisibles jurídicamente, pero lo que la Constitución declara como núcleo fundamental de la sociedad es la familia edificada sobre la base de la unión personal de los cónyuges”¹⁵.

Argumenta, básicamente, que el constituyente no definió familia porque le pareció obvio que no requería explicitación, al ser su forma basada en el modelo paradigmático del matrimonio, el sentido tradicional y clásico de esta. Agrega además que “es absurdo pensar que constituya deber del Estado no sólo 'proteger' sino 'propender' al fortalecimiento de las uniones de hecho o de las parejas homosexuales(…)”¹⁶.

Argumenta de forma opuesta el profesor Carlos Peña, quien cuestiona que la Constitución se haya referido únicamente a la familia originada en el matrimonio, al decir que esta es el núcleo fundamental de la sociedad. Así, dice que:

“En la sesión 191 que celebró la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución - y en la que se discutió la redacción y el alcance del precepto que vengo comentando- se estableció que la fuente de esa norma era la Declaración Universal de los Derechos Humanos que la incluye en el 16, N° 3 disponiendo que “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”, precepto ese que, por cierto, ha de entenderse en consonancia con los artículos 2° y 7° de la misma declaración que proscriben toda forma de discriminación, incluida aquella que se hace en razón del nacimiento”¹⁷.

Aludiendo luego al Pacto de San José de Costa Rica, sostiene que en el mismo precepto en que se establece la igualdad de todos los hijos, prevé la protección de la familia, siendo por ello obvio “que la familia en cuestión no es la legítima, puesto que el pacto ordena no discriminar entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio”. Cierra el profesor Peña afirmando que aun cuando aceptáramos que, en efecto, el precepto constitucional alude a la familia legítima, “ello habría sido objeto de una reforma

¹⁵ Corral, *Derecho y Derechos de la Familia*, 29-30.

¹⁶ Corral, *Derecho y Derechos de la Familia*, 30.

¹⁷ Carlos Peña, «¿Hay razones constitucionales fuertes en favor de un estatuto filiativo igualitario?», en *Instituciones Modernas de Derecho Civil: homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1996), 148.

constitucional secundaria provista por la reforma al inciso 2° del artículo quinto de la Constitución y la posterior incorporación del Pacto de San José”¹⁸.

Además, cabe agregar que el artículo primero de la Ley de Matrimonio Civil establece: “*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El matrimonio es la base principal de la familia*”. Esta última línea es esclarecedora. Que sea la base principal, significa que no es la única. Podrá implicar una mayor preponderancia, pero no que el legislador pretenda protección exclusiva para la familia originada en el matrimonio.

Bajo el entendimiento de que para nuestra Constitución la familia digna de protección no es solo la originada en el matrimonio, no obstante que para situaciones específicas el legislador opte por tratar a esta última de forma preferente, se puede abordar con mayor claridad el trabajo familiar. En consecuencia, aquí se tratará a la familia comprendida en sentido amplio. Ya se tendrá la oportunidad de especificar sus límites, los que no serán en función del vínculo matrimonial.

B. El trabajo familiar

B.1 Trabajo y familia

Desde tiempos inmemoriales, la familia ha servido de base para organizar y distribuir labores para la supervivencia del grupo, en cuanto primera célula de organización social. En Europa, hasta antes de la revolución industrial, la familia, en su sentido histórico, era un centro de trabajo común, por lo general autosuficiente. La propiedad de la tierra se consideraba familiar y su explotación era colectiva. Incluso existían instituciones para evitar desmembrar a las familias de su poderío, como es el caso del mayorazgo, que permitía transmitir al hijo mayor la totalidad de los bienes familiares¹⁹.

Si bien esta tradicional forma de organizar la economía fue desplazada de su posición preponderante tras los procesos de industrialización, no por eso quedó olvidada. Muy por el contrario, la familia se conserva como importante agente económico, por lo que no debe sorprendernos lo entrelazados que puedan llegar a estar las labores productivas con las relaciones familiares.

¹⁸ Carlos Peña, «¿Hay razones constitucionales fuertes en favor de un estatuto filiativo igualitario?», 148.

¹⁹ Julián Güitrón, «Prospectivas del Derecho Familiar», en *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre el Derecho de Familia*, Tomo I (Caracas: Comisión Central de Estudios de Postgrado, Universidad Central de Venezuela, 1994), 13.

En este apartado se intentará dar con una idea de trabajo familiar, para su mejor comprensión, y sobre todo, para delimitar esta institución, de tal manera que al llegar al tercer capítulo, tratar su naturaleza jurídica y su regulación con la mayor claridad posible. Se la definirá primero en un sentido amplio, como una primera aproximación a esta típica forma de colaboración. Luego, se determinará en un sentido estricto qué se entenderá por trabajo familiar, concepto al que se atenderá para el estudio que corresponde al segundo y tercer capítulo de este trabajo. Finalmente, se cerrará este apartado describiendo las distintas formas que puede adoptar el trabajo familiar, tanto en su sentido amplio como estricto, lo que permitirá vislumbrar con mayor facilidad el alcance e importancia de esta institución, y por ende, la necesidad de un debate en torno a su naturaleza jurídica que permita evidenciar si esta actividad debe o no estar sujeta a las normas laborales.

B.2 Concepto de trabajo familiar

a. En sentido amplio:

Esta acepción comprende toda prestación de servicios, en cuanto sea productiva, en que toman parte varios miembros de una misma familia, y para el provecho de esta.

Es importante realizar algunos comentarios de los elementos de esta definición. Por desarrollo de una actividad productiva, se entiende el trabajo “a través del cual se provee el hombre de los medios materiales o bienes económicos que precisa para sobrevivir” y, por otra parte, trabajo que “tendrá una rentabilidad o productividad social, sirviendo para satisfacer las necesidades de la comunidad a través de los complejos procesos de intercambio de una sociedad montada, como las contemporáneas”²⁰. De esta manera, el trabajo familiar es asimilable en este aspecto al trabajo que, según la doctrina²¹, es objeto de regulación por nuestro ordenamiento laboral. Por lo tanto, parece especialmente necesario diferenciarlo de las labores familiares, que gran parte de la población debe realizar en su tiempo “libre”, como lo son el cuidado de niños o mayores dependientes, o el cuidado y mantenimiento del hogar familiar. Sin duda, estas últimas tareas son trabajos que requieren de gran esfuerzo e incluso capacitación, pero no están comprendidos como trabajo productivo. Salvo en el caso en que para tales labores se contrate a un tercero, o a una empresa que provea tales servicios.

²⁰ Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas, *Derecho del Trabajo*, 18a. ed. rev. (Madrid: Editorial Civitas, 2000), 42-43. En el tercer capítulo se profundiza en torno a este elemento y demás notas que configuran una relación de trabajo.

²¹ William Thayer, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 2a. ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984), 213. En el mismo sentido: Pedro Irureta, «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente», *Ensayos Jurídicos* N° 3 (Santiago: Universidad Alberto Hurtado, 2007), 3.

Respecto de que en dichas labores deben tomar parte varios miembros de la familia, corresponde aclarar que al menos se requiere de dos familiares, que pueden estar en una relación de jerarquía o no, aunque por lo general así será, colaborando en la actividad productiva que se hayan propuesto.

Finalmente, la prestación de servicios debe ir en provecho de la familia. Dicho de otra forma, se dispone por parte de esta de las horas de trabajo del pariente para que coopere en la actividad de explotación común. Se entiende que existe una comunidad de intereses, en el que el bienestar económico de cada uno de los miembros influye en el de los demás²². Para algunos autores, el que se quiera caracterizar una relación de trabajo como familiar, implica que la razón por la que se trabaja es la *affectio familiaris*. De alguna forma, proponen que la prestación está originada en el afecto y no en una expectativa de retribución²³. No se comparte esta última posición, por cuanto quien realiza este servicio no necesariamente lo hace fundado en el altruismo ni en sentimientos que tengan su origen en el seno familiar. No se desnaturaliza esta característica del trabajo familiar - que sea en provecho de la familia-, por sostener que el trabajo que se realiza para esta se funde en las mismas aspiraciones de cualquier persona que busca emplearse en el mercado laboral. Solo que habrá notables diferencias al momento de recibirse la correspondiente “contraprestación” por las labores realizadas. De cualquier manera, no sería contrario a la verdad afirmar que una considerable cantidad de prestaciones entre familiares se encuentran motivadas en razones ajenas a las patrimoniales, estando fundadas más bien en razones de afecto o prestigio.

b. Trabajo familiar en sentido estricto:

Esta otra acepción, que conserva las características recién descritas, comprende el trabajo familiar como la relación de trabajo entre dos personas entre las que media un vínculo conyugal, de unión civil o parentesco más o menos cercano, para el desarrollo de una actividad económica de forma permanente y jerarquizada. En torno a esta acepción se problematiza en este trabajo.

²² José Luis Gil Gil y Juan Antonio Sagardoy, «El Trabajo Familiar», en *El trabajo*, coord. por Luis Enrique de la Villa (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2011), 198.

²³ Gil Gil y Sagardoy, «El Trabajo Familiar», 196.

Es importante repetir que al hablar de la institución del trabajo familiar, me refiero particularmente a la relación de trabajo de dos sujetos entre quienes existe vínculo conyugal, de unión civil o relación de parentesco.

Respecto a cuál debe ser el grado de este, por ahora baste señalar que debe ser cercano. En el segundo capítulo se estudiará legislación extranjera que ha tratado el tema, para luego en el tercer capítulo discutir hasta qué grado (tanto del parentesco por consanguinidad como del por afinidad) será pertinente hablar de esta institución, además de tratar algunas situaciones límite, como la de los aceptados por la familia²⁴ y el de las parejas de hecho. Estará íntimamente ligado con el tratamiento legal que se atribuya a esta relación de trabajo.

También corresponde señalar que el objeto de este estudio es el trabajo con notas de permanencia en el tiempo. De esta manera, no se considera relevante al trabajo esporádico entre familiares. El CT, al igual que la legislación comparada, sustrae del ordenamiento laboral estas actividades, que tienen mayor relación con el derecho civil o mercantil cuando están sujetas a contratos onerosos; o a lo que se conoce como “trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad” por la legislación y doctrina española, cuando tienen un carácter gratuito²⁵.

Finalmente, y para delimitar la discusión posterior acerca del tratamiento jurídico apropiado para esta forma de relación, se entenderá el trabajo familiar en un sentido estricto. Es decir, una relación jerarquizada, en que el familiar contribuye a la explotación de una actividad productiva de la cual es(son) titular(es) otro(s) familiar(es), por lo que en términos formales estaría sujeto a su dirección. No parece apropiado hablar aún de ajenidad y subordinación para explicar esta relación, ya que este análisis se realizará en los siguientes capítulos.

B.3 Formas de organización del trabajo familiar

Son variadas las estructuras organizativas que se pueden dar en el desarrollo de una actividad productiva entre miembros de una familia. Estas responden a las distintas formas en las que se puede configurar una relación colaborativa entre familiares para un

²⁴ Situación de aquellas personas que por diversas circunstancias son de hecho recibidas en el hogar donde reside la familia.

²⁵ Alfredo Montoya, *Derecho del Trabajo*, 29a. ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 2008), 285. Para quien el criterio decisivo para explicar la no laboralidad de las relaciones de auxilio amistoso es la ausencia de remuneración. Además, señala como criterio de exclusión la ocasionalidad.

fin económico en común. Por ahora, se abordarán desde una perspectiva que pretende situarse desde la realidad, considerando elementos empíricos y no las formas jurídicas que puedan adoptar. Las describiré, entonces, siguiendo la clasificación de la profesora Paz Menéndez, quien en su estudio del trabajo familiar en la legislación española, las divide de la siguiente manera²⁶:

a. Relación directa con un familiar empresario persona física

Es la prestación de servicios para un empresario con quien se tiene vínculo de parentesco próximo, quien dirige la actividad bajo su riesgo. Es el caso más simple, aunque no por eso el más común, de trabajo familiar. Sirve de base para las otras formas de organización, que son variantes de esta.

Se presenta como una relación de jerarquía, en cuanto el familiar trabajador viene a colaborar con el familiar empresario bajo su dirección, quien requiere de sus servicios para la explotación de su empresa.

Por lo general, esta modalidad de prestación familiar se desarrollará dentro de esquemas de negocios que se organizan en torno a personas naturales o Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL), no obstante otras formas jurídicas que pueda tomar.

b. “Grupo familiar” como organización de trabajo ante un tercero

Es la organización del grupo familiar en cuanto tal para la realización de un trabajo para un tercero ajeno a la familia, quien contrata sus servicios. Esto es una situación frecuente en el ámbito agrario y artístico, donde se le encarga al grupo familiar una labor en particular, por lo general para ser desarrollada a domicilio. Es importante señalar que no cabe clasificar como trabajo familiar la relación entre el tercero ajeno a la familia con esta. Otros elementos distinguibles de esta forma de organización son: es el empresario quien asume los riesgos de la actividad, es él quien la dirige - no obstante el papel de líder y de distribución de labores que pueda ejercer quien haga de jefe de familia-, y será de su cargo el remunerar al grupo familiar como corresponda, según el tipo de vínculo que se establezca.

²⁶ Paz Menéndez, «El Trabajo Familiar», en *El Trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, ed. por Joaquín García. (Editorial Aranzadi, 2007), 331-332.

Respecto de la naturaleza que tendría este grupo de familiares, la doctrina española ha señalado que se “configura como una adición de personas dispuestas a realizar una prestación de servicios armónica y cohesionadamente, como una unión de hecho, que si bien no tiene personalidad jurídica, si tiene reconocido cierto grado de capacidad a los efectos de formalizar una relación contractual, a través de su representante (jefe del grupo)”²⁷.

c. Empresa familiar informal

La ejecución de una actividad productiva entre familiares se puede desarrollar en el contexto de un “negocio familiar”. Con esto se hace referencia al emprendimiento que toma la forma de sociedad irregular o simple comunidad de bienes, en que la titularidad del negocio, o al menos la mayor parte, pertenece al grupo familiar. Quienes trabajan en él son parientes, no obstante la posibilidad de que existan terceros ajenos a la familia que también trabajen de forma permanente. En otras palabras, es un ente sin personalidad jurídica, a través del cual una familia desarrolla una actividad económica, empleando principalmente, pero no de forma exclusiva, miembros del grupo.

La empresa familiar informal, como la trataré aquí, es la forma más común que adoptan microempresas que recién comienzan sus actividades productivas, alzándose como la principal fuente de trabajo familiar, según se demostrará.

Es importante diferenciarla del emprendimiento familiar organizado en torno a una personalidad jurídica, que ya describiré. Diferentes mecanismos son necesarios en una u otra al momento de determinar si nos encontramos ante situaciones de trabajo familiar propiamente tal. De momento, señalaremos que en la empresa informal el familiar que “sin ser titular del negocio presta servicios en él colabora con su pariente o parientes de una forma que recuerda mucho más al primero de los supuestos presentados en este estudio”²⁸, esto es, al trabajo para un familiar empresario que dirige la actividad bajo su exclusivo riesgo.

Como se indicó, es posible admitir la presencia de terceros en el negocio, siempre que no desvirtúen el carácter familiar de este, el cual se conservará mientras la mayoría de

²⁷ Menéndez, «El Trabajo Familiar», 344. Esta autora recoge las posiciones que se postulan en: Manuel Alonso Olea, *Pactos colectivos y contratos de grupo* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955), 170-171; y Benjamín Blasco, «Trabajo en común y contrato de grupo», en *Comentarios a las Leyes Laborales*. Tomo III. (Madrid: Editorial Edersa, 1985), 85-87.

²⁸ Menéndez, «El Trabajo Familiar», 350.

la titularidad del negocio esté en manos de los parientes. En cuanto a los colaboradores, no tiene mayor importancia su procedencia, pues su trabajo no se considera familiar. Podría decirse, finalmente, que un negocio es familiar en tanto quienes colaboran en la explotación hayan decidido fundarlo atendiendo a la relación familiar que los vincula²⁹.

Cabe señalar que una manera muy común de organizar el trabajo familiar es entre cónyuges. Por tanto, cualquier análisis que se pretenda hacer sobre esta forma de trabajo, deberá tener en consideración las normas de los regímenes económicos matrimoniales, sobre las que se harán algunos alcances en este trabajo.

d. La empresa familiar

Si bien esta institución será abordada más adelante, por ahora interesa caracterizar esta forma de organizar el trabajo familiar. Muy similar a la anterior, consiste básicamente en el desarrollo de una actividad productiva en el contexto de un negocio familiar, pero con forma societaria. La sociedad familiar se caracteriza por:

“(…) la existencia (en el marco de una sociedad) de vínculos familiares entre quienes disponen de poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de forma que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad se asegura, precisamente, a través de estos vínculos”³⁰.

Es una fuente bastante común de trabajo familiar, aunque según el tipo societario que se adopte (sociedad anónima, de responsabilidad limitada, etc), su apreciación puede tornarse difusa. Cuando se trata de una empresa estrictamente familiar, no tiene mayor dificultad caracterizar las relaciones colaborativas como trabajo familiar, cuando se den las notas propias de este. Para determinar dichas relaciones, me remito a la explicación del apartado anterior donde se trató al negocio familiar sin forma societaria. El problema es que lo habitual será la no especificación de familiar de la empresa, sino más bien la formación de una sociedad sin precisar los vínculos que les unen a los diferentes socios. Entonces, en una primera perspectiva, solo se observa una persona jurídica que, evidentemente, carece de relaciones de parentesco. Sin embargo, más adelante se evidenciará la posibilidad de caracterizar, no obstante la limitación recién mencionada,

²⁹ Menéndez, «El Trabajo Familiar», 351.

³⁰ Juan Luis Iglesias, «El proyecto de Ley de sociedades de responsabilidad limitada y la empresa familiar». *Revista General de Derecho*, Mayo 1994, 5418, citado por Menéndez, «El Trabajo Familiar», 352-353.

como trabajo familiar las labores permanentes desarrolladas por parientes de los socios controladores de la empresa, si se dan sus presupuestos.

Es importante reiterar que no me refiero a las relaciones entre socios familiares, en el ejercicio de sus facultades de dirección de la empresa. Dichas relaciones son propias del derecho mercantil, y no interesan mayormente para este estudio. Sin embargo, no hay que desconocer que estos puedan asumir funciones como socios trabajadores más allá de las labores directivas. En dicho caso, habrá que estar al análisis que se realizará para determinar su categoría jurídica para efectos laborales.

e. Prestación de servicios de parientes de socios

La última forma de trabajo familiar es la prestación de servicios para una persona jurídica en que uno o más socios son parientes del trabajador. Es la situación señalada en la letra anterior, que se presenta cuando el trabajador presta servicios en una empresa que no está caracterizada como familiar, pero tiene relación de parentesco cercano con uno o varios socios familiares entre sí. Además, es necesario diferenciarlo de la primera forma descrita, en que la titularidad de la empresa está en manos de un solo empresario, familiar del trabajador. Es el supuesto de una sociedad que admite variedad de socios.

Para determinar si existen relaciones de trabajo familiar, será necesario “levantar el velo” de la sociedad, para analizar si esta sirve de fachada para un negocio familiar. Por lo tanto, se considera que lo hay cuando quien presta los servicios sea cónyuge o pariente de uno o varios socios, siempre que la unidad familiar posea una porción determinante de las acciones³¹.

A continuación repararé en el estudio de las empresas familiares en cuanto unidades económicas, para dar con las características que permiten calificar a una empresa con personalidad jurídica como “familiar”. Además, posibilitará una mejor comprensión del trabajo familiar, por cuanto ayudará a comprender el contexto en que este se desarrolla.

³¹ Sobre qué debe entenderse como porción determinante, se tratará en el capítulo segundo a propósito de las normas sobre la materia en España, y en el capítulo tercero, en las conclusiones del análisis dogmático.

C. Las empresas familiares

Este tipo de empresas constituye una forma de organización económica fundamental en Chile y en gran parte de las economías de mercado mundiales. Su influencia en las condiciones laborales del país tampoco es menor, por lo que cobra inmensa relevancia reflexionar en torno a esta institución. Desde una perspectiva teórica, abordaré su naturaleza y características, que la convierten en una organización híbrida por la integración de dos formas de organización: empresa y familia. De esta manera, se intentará explicar su extendida forma de organización para la explotación de una actividad productiva, sobre todo entre las microempresas. Todo esto para destacar su importancia en cuanto agente económico, lo que torna más relevante el estudio del trabajo familiar.

C.1 Concepto

Una definición tradicional en nuestro medio es la del profesor Patricio Jiménez, para quien las empresas familiares son:

“Todas aquellas organizaciones empresariales que se estructuran a partir de la propiedad y, en consecuencia, la administración de la misma, se da dentro de un núcleo formado por una o varias familias, asignándole los mandos decisionales a personas que tienen líneas de parentesco sanguíneo o político entre sí”³².

Bajo este concepto serían el patrimonio y la organización de la administración los elementos definitorios de la empresa familiar, en la medida que estos confluyen en la organización empresarial y familiar, integrándose y, en casos extremos, confundándose.

En un sentido similar, pero más íntegro, para los profesores Eduardo Acuña y Sergio Olavarrieta, “la condición de empresa familiar está dada por el grado de interrelación que tenga el sistema familia en la propiedad, constitución, diseño y administración del sistema empresa”³³. Me parece adecuada esta forma de comprender las empresas familiares, por cuanto la interrelación de la familia con la empresa se entiende como una cuestión de grado. De esta forma, de no haber ningún tipo de integración entre ambas organizaciones, la empresa no sería familiar. Por el contrario, si existe un mínimo grado de interconexión entre ambos sistemas, con ciertas incidencias en la administración de la empresa, podría decirse que esta ya tiene cierta índole familiar.

³² Patricio Jiménez, *La Empresa Familiar* (Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1997), 4.

³³ Eduardo Acuña y Sergio Olavarrieta, *Empresas Familiares: su característica y diversidad* (Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 2004), 25.

C.2 Elementos que caracterizan como familiar a una empresa

Los profesores Acuña y Olavarrieta explican que dicha intensificación en el grado de interrelación, que dará lugar a la naturaleza de empresa familiar, se concibe como resultado de una serie de elementos que identifican, los cuales son producto de una decisión deliberada de quienes optan por integrar en algún grado familia y empresa, por percibir ventajas en aquello.

El primer elemento es la propiedad de su patrimonio. El origen de los aportes en capital para la constitución y desarrollo del emprendimiento pueden provenir de los recursos disponibles de la familia. Ya sea el ahorro individual de sus distintos miembros, el endeudamiento o una herencia. Lo importante es que los aportes societarios provienen total o en gran parte de miembros de una misma familia.

El espacio físico que requiere la empresa para la correcta explotación de su giro es el segundo elemento a considerar. Mayor será la interrelación de la empresa con la familia en la medida que esta disponga de su lugar de residencia para habilitar las condiciones materiales que requiera la producción de bienes y servicios que se necesiten para operar el negocio, reduciendo los costos de funcionamiento.

El tercer elemento son los miembros de la familia, quienes pueden ser los herederos del “conjunto de conocimientos y técnicas acumulados, que permite desarrollar con eficacia una actividad en el ámbito artístico, científico o empresarial”³⁴. Lo que se conoce como el “know how”, o “saber hacer”, situación bastante común en muchos ámbitos de la economía, como el artesanal y el agrario. Por tanto, su incidencia en la operación de la empresa se alza como recurso fundamental para esta, lo que contribuirá a la integración de estas dos instituciones.

El cuarto es la colocación de miembros de la familia en los sistemas de control del negocio. Los lazos de parentesco tienden a generar relaciones de confianza y lealtad, por lo que los familiares asoman como agentes idóneos para las funciones de supervisión sobre el desempeño de trabajadores corrientes que no tienen vínculo de parentesco con la familia propietaria. Además, se les puede permitir el acceso a información confidencial y

³⁴ Real Academia Española, *Diccionario Panhispánico de Dudas*, acceso el 13 de febrero de 2019, <http://lema.rae.es/dpd/?key=>. Quinta acepción de palabra “saber”.

admitir su intervención en ciertas decisiones importantes, a pesar de que dichos familiares no tengan participación en capital ni en puestos de dirección en la empresa.

Finalmente, y relacionado con todos los elementos anteriores, la familia puede servir de fuente principal para el reclutamiento del personal necesario para la empresa: “la consanguinidad puede ser un factor que facilite disponer del concurso de personas en forma flexible, oportuna y participativa, en contraste con las restricciones que probablemente están presentes en el mercado laboral”³⁵.

Al estudio de estos elementos se hacía referencia antes cuando hablé de “levantar el velo” para reconocer a una empresa como familiar. Esta condición será consecuencia de la presencia de alguno de los elementos recién descritos y su carácter se acentuará en la medida que concurren varios de estos, sino todos. En conclusión, el carácter de empresa familiar es el resultado del grado de interrelación entre el sistema familia con el sistema empresa. Esto implica que en ciertos casos este carácter será incipiente, mientras en otros será evidente, al punto de ser característico del negocio, todo en función de la intensidad en que estén integradas familia y empresa, según se distingan los elementos recién descritos. Dicha intensidad, por cierto, obedecerá a la decisión de buscar en la familia los recursos, del tipo que sean, para el mejor funcionamiento de la empresa y la reducción de sus costos.

En el estudio recién descrito, se explicó como la empresa busca en la familia satisfacer ciertos requerimientos, que obligan a caracterizarla de familiar. Sin embargo, puede acontecer que la familia sea quien promueva los vínculos con la empresa –y probablemente así ocurre en muchas ocasiones–, articulándola como el espacio que atiende a las necesidades de la familia, por ejemplo, para dar ocupación laboral a los distintos miembros de esta, ambiente natural que los recibirá una vez que estén suficientemente formados para ingresar a cumplir labores al negocio. Es indiferente el origen en la decisión de la interrelación entre familia y empresa, no obstante que lo más probable es que sea en consideración de las necesidades de ambas organizaciones lo que determine tal integración. Lo importante es que este fenómeno le da características únicas a este tipo de empresas, que la hacen atractiva y que justifican su estudio.

³⁵ Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 26.

C.3 Integración de dos sistemas

Las empresas familiares constituyen una forma particular de organización para el desarrollo de una actividad productiva, ya que de manera deliberada combinan dos sistemas sociales distintos: familia y empresa. Combinación a la cual “se le atribuye una complejidad, porque el sistema empresa está concebido para operar en una esfera de actividades que se inspiran en una racionalidad técnica económica, mientras el sistema familia es diseñado para operar en una índole socioemocional”³⁶. Dada esta condición híbrida, a la administración de la empresa le corresponderá enfrentar una serie de potenciales conflictos, los que deberá sortear privilegiando en determinados momentos, y según el perfil que desee adoptar, la dimensión familia o la dimensión empresa, lo que implica también que se resienta la opción no elegida. Analizaré brevemente estos dos sistemas, lo que permitirá vislumbrar algunas particularidades de la administración de las empresas familiares.

a. Empresa

La empresa es una de las formas que puede revestir la explotación económica, ya que esta reúne, organiza y combina los factores productivos³⁷. Es la institución a la que le corresponde producir bienes o servicios, en forma efectiva y eficiente, para satisfacer las necesidades de la población. Inspirada en una racionalidad técnica económica, debe organizarse para el logro de resultados de la forma más eficiente, esto es, aspirando siempre a la ganancia máxima. Esto quiere decir que si bien las empresas en su conjunto responden a la función de satisfacer las necesidades de las sociedades en que operan, la empresa en particular procura que exista la mayor diferencia posible entre el precio que recibe de los consumidores finales y el precio que debe pagar a los agentes productivos³⁸. Además, que la empresa este inserta en un medio del cual es dependiente para su existencia y desarrollo “condiciona fuertemente el que su administración se oriente a una racionalidad técnica económica, lo cual puede derivar con el tiempo en la adopción de cambios que posibiliten el ajuste de la empresa al ambiente, y por lo tanto su viabilidad”³⁹.

En consecuencia, el desempeño de los agentes administradores de la empresa es fundamental. A ellos les compete guiarse por dicha racionalidad, para orientar la conducta colectiva de forma coherente. De ellos depende definir qué tipo de bien o servicio será

³⁶ Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 27.

³⁷ Ricardo Sandoval, *Derecho Comercial*, Tomo I, Vol. I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 79.

³⁸ Sandoval, *Derecho Comercial*, 79. Para el autor, esta última característica es una “abierto contradicción”.

³⁹ Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 27.

producido, la especificación de metas, y establecer lineamientos de corto y largo plazo para la empresa, orientando su quehacer en relación con el medio. De estos agentes dependerá desarrollar una estrategia que procure crear condiciones culturales, estructurales, psicosociales, tecnológicas y de dirección que contribuyan al logro de los objetivos establecidos, y al posicionamiento de la empresa en un medio específico correspondiente a un sector económico⁴⁰.

Las condiciones culturales dicen relación con la adopción de valores que explicitan la forma individual y colectiva de obrar dentro de la organización, coherentes a sus fines. Se establecen límites para quienes la integren, quienes además deben ser poseedores de capacidades y actitudes compatibles con el perfil que se intente conformar.

Deben también los administradores generar la estructura que institucionalice el comportamiento que permita el logro de metas. Por medio de la división del trabajo se conforman unidades técnicas con tareas específicas, que permiten la transformación y comercialización de bienes y servicios. La integración de dichas unidades técnicas dependerá de los niveles jerárquicos de autoridad que se organicen.

Por regla general, las empresas supondrán un grupo de personas aunando esfuerzos en conjunto. Para la administración será esencial establecer procedimientos de selección de personal, evaluación de desempeño, administración de recompensas, capacitación y manejo del conflicto. Solo así dispondrá con el recurso humano que aportará los conocimientos y habilidades específicos para el eficiente logro de metas.

También será necesario la inversión en componentes tecnológicos, que se expresa en herramientas, equipos, máquinas y espacio físico, que permitan los procesos de transformación de los recursos para la producción de bienes o servicios. Esta tecnología será un factor condicionante tanto sobre el recurso humano, el cual debe estar preparado para su funcionamiento, como del modo de producción que se ocupe.

Finalmente, quienes dirijan la actividad productiva, además de decidir las condiciones recién descritas en función del bien o servicio que se desee producir y los objetivos que se establezcan, deberán ser responsables de forma permanente de controlar los procesos que hagan viable su logro. Esto significa identificar las eventuales necesidades de cambio para la empresa, en virtud de las cuales se deba corregir la

⁴⁰ Arnoldo Hax y Nicolás Majluf, *The Strategy Concept and Process* ((Englewood Cliffs, N. Jersey:: Prentice Hall, 1991), citado por Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 27-28.

estrategia de funcionamiento o modificar las metas propuestas, en virtud de las amenazas u oportunidades que pudiesen aparecer⁴¹.

b. Familia

La familia es una organización sumamente compleja, que se orienta a atender las necesidades de mantención biológica y cultural de la sociedad, para su proyección en el tiempo. Esto implica asumir una serie de funciones específicas, todas estructuradas sobre la base de que la consanguinidad originaría afectividad entre sus miembros.

Una de sus principales labores es el proceso de socialización primaria, esto es, el “proceso por el cual la persona se convierte en miembro de la sociedad”⁴². La familia es fundamental en el proceso permanente de aprendizaje, pues permite la internalización de la cultura y la inserción adecuada del individuo en el mundo social⁴³.

Constituye también un espacio para atender las necesidades emocionales de quienes las componen: “La familia otorga una valoración intrínseca de sus miembros más allá de sus bondades o limitaciones; la familia es el espacio en que se tolera y acoge la vulnerabilidad y fragilidad presentes en la condición humana”⁴⁴. Por esto, como se señaló antes, se afirma que las decisiones familiares están inspiradas, ante todo, en una racionalidad socioemocional. En estas se espera el reconocimiento individual y el apoyo para enfrentar los distintos desafíos que implica la vida en sociedad.

También la familia se propone la capacidad de generación y disposición de recursos, para sostener económicamente al grupo de forma autónoma, posibilitando la adecuada atención a las distintas necesidades que puedan tener sus miembros, sobre todo las que requieran los niños para su desarrollo y crianza. Si bien puede ser asistida, e incluso reemplazada en este objetivo, en la mayoría de los casos la familia asumirá la autosuficiencia económica como su principal función, orientando su organización de forma de procurarse los recursos financieros necesarios. De esta forma, se propone asegurar una vivienda en común, alimentación y estabilidad para cada uno de sus miembros.

⁴¹ Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 27-29.

⁴² Peter Berger y Thomas Luckmann, *La Construcción Social de la Realidad* (Buenos Aires: Editorial Amorrortu, 1980); citado por Ximena Sánchez y Gladys Villarroel, «Socialización Primaria y Estructura Familiar», *Estudios Sociales*, N° 65. (1990): 89.

⁴³ Sánchez y Villarroel, «Socialización Primaria y Estructura Familiar», 93.

⁴⁴ Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 30.

En síntesis, el afecto y la consanguinidad son la principal fuente de cohesión de la familia. Estas activan una serie de acciones tendientes a “crear y mantener recursos que permitan la existencia y desarrollo de sus miembros, atendiendo a sus necesidades humanas más básicas y primitivas. La alimentación, el afecto, la protección, el sexo, la seguridad, son estados que, supuestamente, encuentran en la familia las condiciones más propicias para ser atendidas”⁴⁵. Quienes asuman su dirección deberán conducirla enfrentando los más variados y complejos desafíos en sus variadas etapas, siempre considerando a cada miembro de la familia en forma individual.

C.4 Empresas familiares, una alternativa eficiente

Analizadas las características de los dos sistemas que componen esta particular institución, corresponde estudiar el por qué de su extendida aplicación, consecuencia directa de lo recién descrito.

Para explicar esto, los profesores Acuña y Olavarrieta proponen clasificar a las empresas según su grado de desarrollo⁴⁶. Brevemente, existirían tres fases para estas, dependiendo de su tamaño y situaciones de mercado, en las que deben enfrentar distintos escenarios. Estas son las etapas de formación, consolidación y la de desarrollo o producción.

En una primera fase, nos encontramos ante una organización con una baja formalización de sus estructuras, estrategias y sistemas, más bien centrada en la operatividad y subsistencia. Luego evolucionaría hacia un estado de consolidación, donde se busca aumentar la eficiencia, obligando a generar una estructura compleja de funcionamiento y desarrollo de estrategias de negocio. Finalmente, las empresas buscan ampliar sus actividades, ya sea geográficamente, por medio de la expansión de su giro principal hacia otras regiones, o diversificando sus negocios, lo que las obliga a reformular estructuras y estrategias. Esto último es lo que acaece en su fase final de desarrollo.

Los profesores postulan que el grado de interrelación entre empresa y familia está relacionada de forma inversa con el grado de desarrollo del negocio, siendo ampliamente mayor el número de empresas familiares en la etapa de formación, y reduciéndose en la medida que crecen hacia las fases de consolidación y desarrollo, adquiriendo estructuras de organización más complejas. Proceso que explican en base a tres factores.

⁴⁵ Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 33.

⁴⁶ Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 37-38.

El primero sería la mortalidad de la empresa en cuanto tal. La extinción de empresas en estados de formación, independiente de si son familiares, sería principalmente por la incapacidad de generar excedentes suficientes para recompensar la inversión, ni poder hacer frente a los acreedores y proveedores. Situación que estimula a gran parte de los pequeños emprendimientos a cerrar y poner término al giro, optando por emplearse de forma dependiente.

El segundo factor es el abandono del control de la empresa por parte de la familia, producto de la venta de porcentajes importantes de los derechos sobre la misma, ya sea para permitir el ingreso de nuevos capitales, o hacer líquidas las ganancias de capital obtenidas. Escenario que es propio de las fases de consolidación y desarrollo.

El tercer factor es la desintegración de la empresa por conflictos familiares. Desencuentros que hacen imposible que el negocio se conserve como familiar, optando por su cierre o por el retiro de la familia. De cualquier forma, la extinción de la empresa familiar no significa que el negocio desaparezca, sino solo que pierde su carácter familiar.

Los profesores concluyen que gran parte del poder de sobrevivencia de las empresas familiares en sus comienzos estaría explicado por la disponibilidad de recursos humanos altamente motivados, intensamente vinculados con el accionar y objetivos de la empresa. No solo el trabajo estaría motivado en las compensaciones económicas que se derivarían de hacer crecer el negocio, sino también en consideraciones de prestigio, status y tradición familiar. Además, el carácter familiar permitiría disminuir costos por medio del aprovechamiento de los elementos antes descritos –uso de la vivienda familiar, “know how”, etc–, y una mayor flexibilidad por parte de los trabajadores miembros de la familia, quienes estarían dispuestos a hacer esfuerzos adicionales por sobre los exigibles a un trabajador común.

Sin embargo, esta intensidad en la relación empresa-familia tiende a disminuir en la medida que el negocio crece y su estructura se torna más compleja. Los elementos antes estudiados, que condicionan como familiar a la empresa, tienden a desaparecer, dando paso a una profesionalización de esta última en todos sus ámbitos, en pos de una mayor eficacia que le permita mantenerse competitiva y creciendo. Se opta por una tecnocratización, ante la irrupción de las desventajas de la integración, las cuales serían principalmente los eventuales conflictos emocionales del (de los) administrador(es) de la empresa, que puede influir en la confusión de patrimonios y en la asignación de labores, la

rigidez avalada por la tradición para enfrentar los desafíos comerciales, y las dificultades que se enfrentarán en los procesos de sucesión⁴⁷. No es que estas desventajas aparezcan en las etapas más maduras de los negocios familiares, pero sí se hacen visibles, por lo que hacen de contrapeso a las ventajas que se señalan en el párrafo anterior.

Por lo general, en la medida que la empresa crece no necesariamente perderá su carácter familiar, sino más bien se producirá una disminución del grado de la respectiva interrelación, no obstante la posibilidad de que los agentes administradores del negocio opten por despojar a la empresa de su especial carácter, por medio de la completa separación de ambos subsistemas sociales⁴⁸.

C.5 Características de las empresas en Chile. Empresas familiares, una realidad contundente

Terminado el análisis teórico sobre las empresas familiares, centro de organización donde se concentra el trabajo familiar, corresponde describir someramente el emprendimiento en Chile, para lo cual se usarán los distintos instrumentos públicos más actualizados que permitirán aproximarse al real alcance del trabajo familiar y enfocar el estudio en las organizaciones que lo concentran.

La forma más común de distinguir a las empresas es por su tamaño. Atendiendo al monto de sus ventas, según la última actualización de datos del Servicio de Impuestos Internos (SII), un 63,61% de las empresas corresponden a microemprendimientos, un 17,83% a pequeñas empresas, un 2,64% a medianas empresas y un 1,32% a grandes empresas. Estos datos permiten, además, vislumbrar lo concentrado que se encuentra el mercado. Para hacer evidente el contraste, las grandes empresas tienen ventas por 18.214.910.000 UF y han informado sobre 4.476.986 trabajadores dependientes. Por su parte, las mypes⁴⁹ reportan en conjunto ventas por 1.788.808.000 UF y 2.365.064 trabajadores dependientes⁵⁰.

⁴⁷ «La Empresa Familiar; ventajas y desventajas» (2011), Propyme Chile, acceso el 13 de febrero de 2019, <http://www.propymechile.com/tips-pyme/1226-empresa-familiar.html>.

⁴⁸ Acuña y Olavarrieta, *Empresas Familiares*, 37-47.

⁴⁹ Micro y pequeñas empresas, que en conjunto representan al 81,44% del total de empresas registradas por el SII.

⁵⁰ «Estadísticas de empresas por tamaño según montos», Servicio de Impuestos Internos, acceso el 9 de enero de 2019, http://www.sii.cl/estadisticas/empresas_tamano_ventas.htm. Información elaborada a partir de las declaraciones presentadas por los contribuyentes de información con carácter y fines tributarios, para el año tributario 2016. Cifras podrían variar producto de rectificación por parte de los contribuyentes, o bien, por procesos de fiscalización. En el faltante 14,6% de las empresas, la información tributaria declarada no permite determinar un monto estimado de ventas.

Entre el total de empresas, según el informe de resultados de la Cuarta Encuesta Longitudinal Empresas (ELE4)⁵¹, elaborado por el Ministerio de Economía Fomento y Turismo, el 48,3% es de propiedad familiar. Si desglosamos estas cifras por tamaño de la empresa, el estudio muestra que 48,7% de las microempresas tiene este carácter, un 48,6% entre las pymes, y un 39,8% entre las grandes empresas.

Los resultados de la ELE4, ahora por sectores económicos, evidencian además que las actividades de alojamiento y servicios de comida (57,5%), comercio (54,7%) e industrias manufactureras (52%) son los que concentran los mayores niveles de empresas familiares. La realidad opuesta la representan los sectores de suministro (electricidad, gas y agua) y el de intermediación financiera, donde las empresas familiares corresponden respectivamente al 18,3% y 23% del total de las empresas del sector.

Sin embargo, tal como se previene en la introducción del Informe de Resultados de la ELE4, estas cifras y las relativas al tamaño de las empresas, son solo representativas de las empresas formales, que para estos efectos, corresponde a aquellas que han informado el inicio de sus actividades ante el Servicio de Impuestos Internos. Por lo tanto, hay una inmensa cifra de emprendimientos, caracterizados como informales, que no figuran en dichos datos. De acuerdo con la información obtenida en la Quinta Encuesta de Microemprendimiento (EME5)⁵², existirían en el mercado nacional 1.992.578 trabajadores independientes. Sin embargo, lo interesante de esta encuesta es que revela que el 52,2% del total de los emprendimientos no cuenta con el inicio de actividades en el SII. Es decir, casi la mitad no cumple con el requisito más básico para considerarse con rasgos relevantes de formalidad.

Esto tiene diversos motivos y consecuencias, entre otras, el que se desconozca mucha información acerca de estas, como por ejemplo, si tienen carácter de familiares, lo que probablemente se da en mayor medida que entre empresas formales. Cabe agregar que tratándose de ingresos, el 65,8% de los emprendimientos informales percibe entre \$0 y \$257.000. Por el contrario, entre los formales los ingresos están mejor distribuidos, de

⁵¹ Ministerio de Economía Fomento y Turismo, «Informe de Resultados: Empresas en Chile. Cuarta Encuesta Longitudinal de Empresas» (Santiago: Unidad de estudios, 2017), acceso el 9 de enero de 2019, <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Bolet%C3%ADn-empresas-en-Chile-ELE4.pdf> (Citado a partir de ahora como «ELE4»).

⁵² Ministerio de Economía Fomento y Turismo, «Informe de Resultados: el microemprendedor en Chile. Quinta Encuesta de Microemprendimiento». (Santiago: Unidad de Estudios, 2018), acceso el 9 de enero de 2019, <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2018/02/El-microemprendimiento-en-Chile-mayo-2017.pdf>. (Citado a partir de ahora como «EME5»). Este estudio y sus versiones anteriores son los únicos de este tipo que consideran el universo de los emprendimientos informales.

manera que sólo un 28,1% de negocios tuvo ganancias entre \$0 y \$225.000⁵³. Según datos recopilados por la EME4⁵⁴, dado que la EME5 no contiene esta información, sólo el 10,1% de los microemprendimientos informales tiene ingresos sobre los \$450.000, mientras que entre los formales, el 44,6% está por sobre ese nivel de ingresos. Cifras que ilustran el ámbito en que operan estos emprendimientos.

Los que optan por iniciar actividades ante el SII se estructuran, según la ELE4, en su mayoría como personas naturales, alcanzando un 49,1%. El 33,4% lo hace como sociedades de responsabilidad limitada; más atrás se encuentran las sociedades anónimas cerradas con un 8,1% y las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada (EIRL) con 6,1%. El restante 4,4% opta por otras estructuras que no se especifican. En complemento con lo que reporta la EME4, un 1,8% de los emprendedores afirma estar acogido al régimen de microempresa familiar^{55 56}. Como se aprecia, la mayoría de los emprendimientos toman la forma de persona natural, cifra que aumenta en el tramo de las microempresas a 65,9%, en donde evidentemente también aumenta la proporción de microempresas familiares.

Vinculado con lo anteriormente tratado, las cifras de la Encuesta Nacional de Empleo, elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas, señalan que para el trimestre Septiembre 2018- Diciembre 2018, la cantidad de “familiares o personal no remunerado”, que por cierto se los considera dentro de la categoría de ocupados, es de 99.866 personas. Cifra que se distribuye de forma particular según el tamaño de la empresa en que se emplean: 1076 en empresas de 11 a 49 personas, 8.184 en empresas de 5 a 10 personas, y 90.607 en empresas de menos de 5 personas. Al clasificar al total según sexo, 34.815 son hombres y 65.052 sin mujeres⁵⁷.

Luego de caracterizar someramente la actividad empresarial en Chile, se concluye que la mayoría de los emprendimientos son pequeñas o microempresas, con una mínima participación en el mercado y con estructuras de subsistencia. Además, existiría una alta proporción de empresas familiares, tendencia que aumenta en la medida que los negocios son más pequeños. Si se tiene en consideración también lo antes tratado en el plano teórico

⁵³ «EME5».

⁵⁴ Ministerio de Economía Fomento y Turismo, «Informe de Resultados: Formalidad de los emprendimientos en Chile. Cuarta Encuesta de Microemprendimiento» (Santiago: Unidad de Estudios, 2016), acceso el 9 de enero de 2019, <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Informe-de-resultados-formalidad-de-los-emprendimientos-en-Chile.pdf> (Citado a partir de ahora como «EME4: Formalidad de los emprendimientos en Chile»).

⁵⁵ «EME4: Formalidad de los emprendimientos en Chile». La EME5 no cuenta con esta información.

⁵⁶ Para optar por el régimen de microempresa familiar, la empresa debe tener la organización jurídica del tipo persona natural.

⁵⁷ Instituto Nacional de Estadísticas, «Banco de Datos de la Encuesta Nacional de Empleo», acceso el 9 de enero de 2019, <http://bancodatosene.ine.cl/>.

acerca de las empresas familiares, es evidente la tendencia en esta materia: la ocupación de familiares está concentrada en los microemprendimientos.

C.6 Pequeña empresa familiar

Para discutir sobre el trabajo familiar es necesario entender el contexto donde, predominantemente, operan. No puede proponerse una institucionalidad para esta forma de trabajo si se desconocen las problemáticas propias de la pequeña empresa familiar. Por ende, habrá que referirse a estas.

Una de sus principales características es la nota de informalidad que se aprecia de los datos antes descritos. Si bien se dividió a las empresas en dos grandes grupos (formales/informales), el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo opta por hablar de gradualidad en sus informes. Así, existen variados matices que permiten posicionar a un negocio dentro del espectro que va desde el más alto nivel de informalidad al más alto de formalidad, considerándose el inicio de actividades ante el SII como frontera entre ambos extremos, y a su vez como la categoría más básica de formalidad, sobre la que se agregan otros criterios para ubicar al negocio dentro de esta escala. Nuestra realidad estaría compuesta por organizaciones productivas distribuidas a lo largo de este espectro.

Según datos del EME⁵⁸, solo un 24,5% de los emprendimientos de mipymes⁵⁹ cumplirían con el más alto nivel de formalidad, al estar constituidas legalmente, poseer todos los permisos necesarios para operar, declarar y pagar impuestos, tener contratos de trabajo escritos con sus trabajadores y que estos participen del sistema de seguridad social. Mientras en el otro extremo, un 35,7% no cumple con la más mínima formalidad, ya que además de no registrar inicio de actividades, no cuentan con patente municipal ni llevan ningún tipo de registro de cuentas.

El mismo instrumento evidencia que del total de emprendimientos que no ha iniciado actividades, el 41,3% consideran que el registro no es esencial. En resumidas cuentas, creen que “emitir boletas, declarar renta y pagar impuesto no es una obligación o requisito para el desarrollo de su actividad”⁶⁰. Esta creencia puede estar asentada en el hecho de que la gran proporción de estos negocios (376.652) generan escasos ingresos por lo que estarían en el tramo exento de impuestos y, en consecuencia, registrarse en el

⁵⁸ Nuevamente es necesario recurrir a este informe por cuanto la EME5 no contiene esta información.

⁵⁹ Micro, pequeñas y medianas empresas.

⁶⁰ «EME4: Formalidad de los emprendimientos en Chile».

SII solo implicaría una carga de trabajo sin ningún beneficio respecto al desempeño de sus negocios. Siguiendo con las razones para no registrarse ante el SII, un 29% de los encuestados señaló que “su empresa es demasiado pequeña, lo que puede estar ligado a lo anterior, es decir, que por ser un emprendimiento pequeño no genera ingresos suficientes y, por lo tanto, estaría en el tramo exento de impuestos”⁶¹.

Sin embargo, la informalidad se explica también en otros fenómenos y tiene diversas consecuencias que pueden ser bastante graves en ciertos casos. No por nada el tender a la formalidad es un objetivo de política pública. La informalidad impide la asistencia por parte de instrumentos estatales que favorecen al pequeño emprendimiento, a través de la capacitación, financiamiento y asistencia técnica. Además, dificulta el acceso al crédito y genera un estigma frente a otras unidades productivas y clientes, que no verán siempre con confianza a una empresa informal, o al menos no de la misma forma que a una que cumple con grados de formalidad más altos, a las que preferirán.

La Ley N° 19.749, que establece normas para facilitar la creación de microempresas familiares, se encuadra dentro de las actividades de fomento del Estado para potenciar el emprendimiento formal, mediante el incentivo a la formación de este tipo de empresas, básicamente simplificando los trámites para su creación y formalización. Como se desprende de la discusión parlamentaria de la señalada ley:

“La microempresa familiar generalmente surge en forma espontánea, en el propio hogar del empresario, como consecuencia de una especial habilidad suya o de un familiar cercano, y solo cuando tiene éxito y deseos de crecer, de obtener créditos, capacitación y asistencia en general, se presenta la necesidad de formalizar su acción. En ese momento cuando se constata que la microempresa no cumple con los requisitos exigidos por la legislación vigente y, lo que es más grave, de su absoluta imposibilidad de cumplirlos”⁶².

La respuesta institucional a este problema fue esta normativa.

Microempresa familiar

⁶¹ «EME4: Formalidad de los emprendimientos en Chile».

⁶² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, «Historia de la ley N° 19.749. Primer Trámite Constitucional: Senado» (1994, acceso el 13 de febrero de 2019 https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6024/HLD_6024_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf), 3. Moción de los senadores Jorge Lavandero, Mariano Ruiz-Esquide, Adolfo Zaldívar y Andrés Zaldívar.

Esta nueva forma de organización de los pequeños emprendimientos está regulada en el artículo único de la Ley N° 19.749, y definida en el artículo 2° de su reglamento⁶³. Este último señala:

La microempresa familiar es una empresa, perteneciente a una o más personas naturales que residan en la casa habitación, que puede desarrollar labores profesionales, oficios, industria, artesanía, o cualquier otra actividad lícita, ya sea de prestación de servicios o de producción de bienes, excluidas aquellas peligrosas, contaminantes o molestas, y que reúne los siguientes requisitos:

- a) Que la actividad económica que constituya su giro se ejerza en la casa habitación familiar;*
- b) Que en la microempresa familiar no trabajen más de cinco trabajadores extraños a la familia, y*
- c) Que los activos productivos de la microempresa familiar, sin considerar el valor del inmueble en que funciona, no excedan las 1.000 unidades de fomento.*

Para acogerse a los beneficios que se les contempla, estas unidades económicas deberán inscribirse en la respectiva municipalidad mediante la presentación de un formulario con su individualización y declaración jurada de que se cumplen con los requisitos señalados, incluyendo los de su definición. Es interesante consignar que para el otorgamiento de la patente municipal, no se verificará por la autoridad el cumplimiento de los citados requisitos, bastando con la declaración jurada. La municipalidad remitirá estos antecedentes al SII, no obstante se deberá iniciar actividades por parte del emprendedor, a través de un procedimiento simplificado. En el caso de que el giro implique manipular alimentos, deberá contar con la autorización sanitaria respectiva⁶⁴. Bastarán estos trámites para habilitarse como microempresas familiares.

Además de facilitar sus trámites de formalización, la ley les otorga beneficios en materias sanitarias, tributarias, de construcción y de zonificación urbana, inspirada en que es absurdo exigirle a los pequeños emprendedores requisitos que no cumplen siquiera sus propias viviendas, permitiendo así el ingreso de nuevos agentes al mercado y haciendo efectivo el mandato de constitucional del artículo 19 N° 21, que garantiza el derecho a

⁶³ Decreto 102 de 2002 del Ministerio de Hacienda, que reglamenta Ley N° 19.749 que establece normas para facilitar la creación de microempresas familiares, acceso el 13 de febrero de 2019, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=198229>.

⁶⁴ «Crear una Microempresa Familiar», Chile Atiende (2013), acceso el 21 de junio de 2018, <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/25746>.

desarrollar cualquiera actividad económica, por medio de liberarlos de cargas imposibles de cumplir.

Si bien esta ley significó en su momento un gran avance, no se obtuvieron los resultados esperados. Prácticamente la mitad de los microemprendimientos se mantienen en la más alta informalidad y sólo un escaso número (1,8%), como ya vimos, se ha acogido a esta institucionalidad. Además, los negocios que se formalizan como microempresas familiares, no necesariamente se organizan con personalidad jurídica, funcionando en muchos casos como sociedades de hecho.

Esto hace que sea sumamente difícil contar con información precisa con respecto a las microempresas, como por ejemplo, la cantidad real de familiares que cooperan en la explotación y en qué condiciones lo hacen. Más allá de las cifras con que se cuenta, la conclusión inevitable luego de lo hasta aquí tratado, sobre todo asumiendo que por regla general son unidades de subsistencia, es que la participación de familiares en los negocios pequeños es un fenómeno concreto.

Capítulo II. Legislación sobre el trabajo familiar

En este capítulo se estudiará cómo la legislación laboral vigente trata el trabajo familiar, para luego analizar casos de legislación comparada. Todo ello con el objetivo de sumar elementos que aporten a la reflexión dogmática que se realizará en el capítulo siguiente.

A. Legislación chilena sobre la materia

A.1 Alcance del Código del Trabajo

En la actualidad, el trabajo familiar no cuenta con un tratamiento jurídico expreso en nuestra legislación laboral, por lo que es considerado como cualquier otra forma de trabajo dependiente, siempre que en la relación estén presentes los elementos esenciales del contrato individual de trabajo. Por ende, se les aplica el régimen general del trabajo asalariado regulado en el CT.

A.1.1 Ámbito de aplicación del Código del Trabajo

De acuerdo con el artículo 1 inciso 1° del CT, *“las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias”*. Dada la amplitud de esta declaración, el mismo código se encarga de limitar su ámbito de aplicación, que así sistematiza la profesora Gabriela Lanata⁶⁵:

- a. Definiciones de empleador y de trabajador que se tipifican en el artículo 3, que de por sí implican una limitación al ámbito de aplicación del Código.
- b. Exclusión parcial de trabajadores dependientes del Estado, al tenor de lo expuesto en inciso 2° del artículo 1, siempre que dichos trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial. Se refiere a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, y a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que este tenga aportes.
- c. Exclusión de ciertos trabajadores que están expresamente sujetos a estatutos especiales, tales como los trabajadores de establecimientos municipales de atención primaria de salud (Estatuto de Salud, ley N° 19.378) o los trabajadores de educación en los establecimientos que se indican (Estatuto Docente, ley N° 19.070).

⁶⁵ Gabriela Lanata, *Contrato Individual de Trabajo*, 4a. ed. (Santiago: Legal Publishing, 2010). 85-90.

- d. Situaciones del artículo 8 del código, donde se señalan tres casos que no dan origen a un contrato de trabajo: la prestación de servicios de un estudiante en práctica, a fin de dar cumplimiento a su requisito de formación (inciso 3°); los servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público (inciso 2°); y aquellos servicios que se prestan discontinua o esporádicamente a domicilio (inciso 2°)⁶⁶.

En el caso de los trabajadores que se rigen por estatutos especiales, mencionados en las letras b y c, el CT operará como norma supletoria en todo lo no regulado por dichos estatutos, siempre que no exista contradicción entre uno y otro. Además, cuando así expresamente lo señale alguna norma, será extendida su aplicación a los trabajadores independientes, como es el caso, por ejemplo, del artículo 216 letra c)⁶⁷.

Tema controvertido en doctrina es si el Derecho del Trabajo está llamado a regular solo aquellas relaciones originadas en el contrato de trabajo, o si su fundamento se encuentra en la *relación* de trabajo y no el mero contrato en cuanto acto jurídico. Quienes defienden esta última idea, sostienen que el Código habla de *relaciones laborales* en el inciso 1° del artículo 1, y sobre todo, por la presunción de prestación de servicios que establece el artículo 8, que ya expondré. Para los profesores Thayer y Novoa, esto se expresa en que:

“a) Las normas que constituyen el Derecho del Trabajo se refieran a la relación de trabajo, fundamentalmente, y no al contrato como negocio jurídico; b) Tales normas prescinden, las más de las veces, de la validez misma del contrato y se aplican aun cuando se lo considere nulo; c) Cuando no media un contrato formal entre partes, sino la simple prestación de servicios (que supone un contrato tácito), será el derecho estatal o el autónomo el que regulará tales relaciones, y tal contrato tácito será además un contrato de adhesión”⁶⁸.

⁶⁶ La profesora Lanata también considera en esta lista a los trabajadores de las notarías, archiveros o conservadores, a quienes se les aplica las normas del Código según el tenor expreso del Artículo 1 inciso final. Sin embargo, la tendencia en la jurisprudencia era sostener que no son empresas, por lo que como es lógico, no procede el principio de continuidad de la empresa. Es un tema controvertido en los Tribunales Superiores de Justicia, como lo expresa el fallo en voto dividido de la Corte Suprema en causa Rol N° 7.499-2011, de 18 de enero de 2013. De cualquier forma, la modificación al artículo 4° del CT introducido por la Ley 20.510 de 18 de abril de 2011 terminó con esta disputa, admitiendo expresamente el principio de continuidad laboral entre estos trabajadores independientemente del cambio del titular del oficio.

⁶⁷ Art. 216. *Las organizaciones sindicales se constituirán y denominarán en consideración a los trabajadores que afilien. Podrán, entre otras, constituirse las siguientes:*

c) *Sindicato de trabajadores independientes: es aquel que agrupa a trabajadores que no dependen de empleador alguno.*

⁶⁸ William Thayer y Patricio Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, Tomo II, 5a. ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 41.

De forma distinta piensa el profesor Héctor Humeres, quien afirma que “en nuestra legislación, mientras no presente signos más evidentes de que el Legislador marcha hacia la relación laboral prescindiendo del contrato, debemos aceptar que el contrato de trabajo es previo e indispensable”. Fiel a la teoría contractualista, el sector de la doctrina al que representa, mantiene que la relación jurídica individual de trabajo es una relación entre partes que nace de un negocio jurídico⁶⁹.

Para efectos de esta tesis se sostendrá que la relación de trabajo que regula el código se puede presumir a partir de hechos indiciarios de la prestación de servicios, no obstante es el contrato individual de trabajo la principal fuente de origen de la relación laboral.

A.1.2 Contrato individual de trabajo

El CT define el contrato individual en el artículo 7, que dispone:

Art. 7°. 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.

Atendiendo a la literalidad de esta definición legal, se desprenden los elementos de la esencia del contrato de trabajo, es decir, aquellos “*sin las cuales o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente*”⁷⁰. Estos son tres: a) la prestación de servicios personales, b) la remuneración por dicha prestación, y c) que los servicios se realicen bajo vínculo de subordinación y dependencia. A continuación haré un breve repaso, asistido por la doctrina, sobre estos elementos. En el tercer capítulo corresponderá evaluarlos críticamente a propósito del trabajo familiar, cuando se trate qué trabajo debe ser objeto de regulación del Derecho del Trabajo.

⁶⁹ Héctor Humeres, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tomo I, 19a. ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016), 114-116.

⁷⁰ Artículo 1444 del Código Civil.

A.1.2.1 Elementos del contrato de trabajo

a. Prestación de servicios personales

Es la actividad fundamental a la que se obliga el trabajador. Macchiavello la define como la “acción productiva que ejecuta un trabajador en forma personal, prolongada y remunerada, dentro de un proceso organizado de producción”⁷¹. Consiste en una obligación de hacer, que desde el punto de vista del trabajador, constituye el objeto del contrato de trabajo, mientras que para el empleador la causa del mismo⁷².

No hay en el CT ni en sus leyes complementarias definición de este elemento, más allá de señalarse en el artículo 3 letra b) del texto que los servicios pueden ser materiales o intelectuales, y de algunas disposiciones que la limitan, como el artículo 10 inciso 1° número 3, que señalan que los servicios deben realizarse dentro de los términos del contrato, o el capítulo IV del libro I, que trata la jornada de trabajo. Una importante institución, a propósito de este elemento, es el *ius variandi*. Regulado en el artículo 12 del código, faculta al empleador para modificar unilateralmente, bajo determinadas circunstancias, la naturaleza de los servicios, el sitio o recinto en que ellos deban prestarse y la distribución de la jornada de trabajo convenida hasta en sesenta minutos, siempre que no importe un menoscabo para el trabajador.

El contrato de trabajo es *personal*, pues la obligación del trabajador es “prestar servicios personales”. Esta característica está íntimamente vinculada con la subordinación, e implica que la obligación del trabajador es indelegable, debiendo, pues, prestar los servicios en forma directa sin que medie individuo alguno en dicha prestación y sin poder practicar actos jurídicos sobre la misma con terceros. Esto explica, por ejemplo, que el contrato se extinga por la muerte del trabajador (artículo 159 número 3° del CT), de modo que de ser admitida la posibilidad de delegación, se excluye la relación del ámbito laboral.

La prestación también debe ser *continua*, independientemente de la jornada de trabajo estipulada en el contrato. Claro es el artículo 8 inciso 2° al decir que los servicios prestados “*que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, no dan origen al contrato de trabajo*”.

⁷¹ Guido Macchiavello, *Derecho del Trabajo: Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas*. 1a. ed. (Santiago: Fondo de Cultura Económica, 1986), 168.

⁷² Irene Rojas, *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo* (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 9; Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 102.

b. Remuneración

Este elemento esencial sí cuenta con definición legal en el artículo 41 inciso 1°. Son las “*contraprestaciones en dinero y las adicionales en especie avaluables en dinero que debe percibir el trabajador del empleador por causa del contrato de trabajo*”. A la inversa de como se dijo respecto de la prestación de servicios, la remuneración constituye el objeto del contrato para el empleador, mientras que para el trabajador, la causa del mismo. En otras palabras, es la principal obligación del empleador frente al trabajador, en contrapartida por los servicios personales que este le presta.

Entre las obligaciones más importantes asociadas a este elemento destacan las del artículo 54, donde se establece que “*las remuneraciones se pagarán en moneda de curso legal,*” salvo los casos que se permita legalmente que sea en especies, y la del artículo 44 inciso 3° que no permite que el monto mensual del sueldo por jornada ordinaria sea inferior al ingreso mínimo mensual, sin perjuicio que las partes convinieren jornadas parciales de trabajo, caso en el cual la remuneración no podrá ser inferior al mínimo vigente, proporcionalmente calculado en relación con la jornada ordinaria de trabajo.

c. Subordinación y dependencia

Este elemento es reconocido de forma mayoritaria por la doctrina nacional como el elemento tipificante de la relación laboral. Que la prestación se realice bajo este vínculo define la aplicación de las normas laborales, por cuanto los demás elementos pueden darse en otros servicios que se rigen por otras normas⁷³. Posición que sin embargo es cuestionada por ciertos autores, principalmente extranjeros, que no reconocen tal calidad en este elemento, fundamentalmente por considerar la subordinación en el contrato de trabajo como una consecuencia o efecto de la *ajenidad*, verdadero elemento tipificante de la relación laboral⁷⁴.

Estos conceptos –subordinación y dependencia–, carecen de definición legal, pero han sido ampliamente tratados por diferentes autores, entre los que se reconoce que en

⁷³ En este sentido, entre otros: Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 34; Christian Melis y Felipe Sáez, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo* (Santiago: Legal Publishing, 2009), 41; Claudio Palavecino, «La subordinación laboral: una relación en permanente cambio», *Revista Laboral Chilena* N° 9 - 10 (1999), 77.

⁷⁴ Manuel Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 2a. ed. (Madrid: Editorial Civitas, 2002), 89; Gaspar Bayón y Eugenio Pérez Botija, *Manual de Derecho del Trabajo*, Vol. I, 7a. ed. (Madrid: Editorial Marcial Pons, 1967-8), 15-16. Por su parte, el profesor Alfredo Montoya asigna igual valor a la ajenidad y a la subordinación, al estimar que son primordiales y de forma concurrente tipifican la relación laboral. Alfredo Montoya, *Derecho y Trabajo*, 1a. ed. (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 29.

materia laboral el legislador los trata como sinónimos, y que menciona indistintamente a uno u otro para referirse a lo mismo⁷⁵.

Este vínculo se presenta como una relación entre dos sujetos, el empleador y el trabajador. Siguiendo al profesor Palavecino, quien explica como se ha entendido tradicionalmente este elemento, la relación tiene como supuesto una actividad personal que realiza el trabajador en favor del empleador.

Para el empleador, la subordinación se presenta como potestad para dirigir la actividad del trabajador, que se especifica en una serie de poderes derivados: de dirección, organización, fiscalización y de disciplina. En tanto para el trabajador, el vínculo se presenta “como una limitación de su autonomía, como la sumisión de la propia voluntad a otra ajena. Específicamente esa sumisión se traduce en la obediencia a las órdenes del empleador en la ejecución del trabajo”⁷⁶.

Pero esta forma de entender la subordinación –como el vínculo de sujeción del trabajador y el correlativo poder de mando del empleador–, se ha visto ampliamente superada en la actualidad. Se podría exponer en extenso sobre el fenómeno de la flexibilidad en la contratación laboral, que ha dado cuenta de nuevas formas de prestación de servicios en que el vínculo de subordinación no aparece del todo evidente. Pero lo relevante para efectos de este apartado es que este fenómeno ha ocasionado que desde la ciencia jurídica se discuta en torno al concepto de subordinación y dependencia, y a plantearse si es realmente el elemento tipificante del contrato individual de trabajo, por sus manifiestas insuficiencias para definir la aplicación del Derecho del Trabajo⁷⁷. Discusión por cierto común desde antiguo en derecho comparado, y que en Chile cobra relevancia en la actualidad, por lo que la retomaré en el capítulo tercero.

No obstante, adelantaré dos importantes posiciones de la doctrina, sobre las que profundizaré más adelante. En primer lugar, que la opción por la que han optado en general quienes cuestionan la forma tradicional de comprender el vínculo de subordinación no es desecharlo como elemento tipificador de la relación de trabajo. Por el contrario, proponen mantener dicha calidad, pero reinterpretar el concepto como la inserción del trabajador dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa⁷⁸. Segundo, se critica la

⁷⁵ Palavecino, «La subordinación laboral», 77. En derecho comparado: Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 89.

⁷⁶ Palavecino, «La subordinación laboral», 77.

⁷⁷ Rojas, *Derecho del Trabajo*, 11.

⁷⁸ Palavecino, «La subordinación laboral», 78.

definición legal de contrato individual de trabajo por no incluir como elemento esencial que la prestación de servicios se realice *por cuenta ajena*⁷⁹, elemento considerado como tipificante de la relación laboral por importante doctrina extranjera⁸⁰.

Por su parte, nuestra jurisprudencia, tanto administrativa como judicial, no se ha alejado del concepto de dependencia tradicional—como el poder de mando del empleador y el deber de obediencia del trabajador⁸¹, conservando el carácter indeterminado y variable que le da la legislación a este. Lo que sí ha elaborado es una profusa doctrina consistente en entender que el derecho laboral se ajusta al principio de primacía de la realidad, por lo que las manifestaciones de subordinación podrían cambiar de un caso a otro, atenuándose en algunos casos, para aparecer de forma más evidente en otros⁸².

A.1.2.2 Presunción de laboralidad

En el artículo 8 inciso 1°, como es característico también en legislación comparada⁸³, se establece una presunción general de contrato de trabajo ante la prestación de servicios que contenga los elementos recién descritos:

Art. 8°. Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo.

Por tanto, la determinación de la tipología contractual está fuera de la autonomía de las partes, estableciéndose por la ley en función de su operatividad en la práctica⁸⁴.

A.1.3 Concepto de trabajador

El Código contiene una definición legal de trabajador:

Art. 3°. Para todos los efectos legales se entiende por:

b) trabajador: toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo.

⁷⁹ Leandra Urzúa, *El Vínculo de Subordinación o Dependencia, como Elemento del Contrato de Trabajo (Jurisprudencia)* (Santiago: Editorial LexisNexis, 2003), 11-12.

⁸⁰ Oscar Ermida y Oscar Hernández, «Crítica de la Subordinación» Parte II, *Revista Laboral Chilena*. Mayo 2002, 64.

⁸¹ Urzúa, *El Vínculo de Subordinación o Dependencia*, 78.

⁸² Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 36.

⁸³ Entre otros, el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores de España y el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo en Argentina.

⁸⁴ Sergio Gamonal y Caterina Guidi, *Manual del Contrato de Trabajo*, 4a. ed. revisada y aumentada (Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2015), 4.

Por tanto, trabajador es el sujeto que en virtud del contrato de trabajo se obliga a desarrollar servicios personales subordinados, a cambio de una remuneración. La doctrina es coincidente en señalar que las características que la ley exige al trabajador para que tengan dicha calidad son:

- a. Que se trate de personas naturales, y por ende, jamás personas jurídicas.
- b. Cuya prestación de servicios sea de carácter personal.
- c. Los servicios sean intelectuales o materiales.
- d. Los servicios deben efectuarse bajo subordinación y dependencia⁸⁵.

Sin embargo, este concepto está limitado por la capacidad. El artículo 13 inciso 1° impone que sólo podrán “*contratar libremente la prestación de sus servicios los mayores de dieciocho años*”. Pero agrega luego, en su inciso 2°, que igualmente los menores de dieciocho y mayores de quince podrán desempeñar “*trabajos ligeros que no perjudiquen su salud y desarrollo, siempre que cuenten con autorización expresa*” de persona o institución que tenga a su cargo al menor (por lo general, el padre o la madre) y a falta de estos, del inspector del trabajo respectivo.

En concordancia con la idea de protección al menor de edad, el código establece, entre los artículos 13 y 18, una serie de limitaciones para que presten servicios personales, como acreditar que se encuentran actualmente cursando sus estudios, no dificultar su asistencia regular a estos y no ser admitidos en trabajos ni en faenas que requieran fuerzas excesivas o trabajos en cabarets y otros establecimientos análogos que presenten espectáculos en vivo.

A.1.4 Contratación entre cónyuges

Como se mencionó, en Chile no existe norma laboral que trate expresamente el trabajo familiar. Tampoco existe un tratamiento desde la doctrina, como sí ocurre en la legislación comparada. De igual manera, la ley omite referirse a la contratación entre cónyuges, pero con la diferencia de que en este caso sí existe pronunciamiento de la doctrina, generando debate no solo en Chile, sino también en los países con legislaciones similares a la nuestra.

⁸⁵ Lanata, *Contrato Individual de Trabajo*, 17-18; y Gamonal y Guidi, *Manual del Contrato de Trabajo*, 15-16. No obstante, como recién se indicó, existe controversia en doctrina respecto de si es la subordinación el elemento delimitante entre el trabajo objeto de regulación laboral y otras formas de prestación de servicios, tema que se estudia en profundidad en el capítulo tercero.

La posición tradicional, heredera de la legislación derogada en materia civil que limitaba la capacidad de la mujer casada, sostiene que no es posible la contratación laboral entre cónyuges, sin importar el régimen matrimonial que se adopte. Los profesores Thayer y Novoa explican esta posición citando los dictámenes N°173 de 1971 y N° 723 de 1968 de la Superintendencia de Seguridad Social, que señalan que en caso de contrato de trabajo entre cónyuges unidos por sociedad conyugal en que la mujer aparece como dependiente de su marido, debe anularse el acto por falta de causa. Al respecto se dice que: “No hay posibilidad alguna de que dicha remuneración ingrese al haber del patrimonio reservado de la mujer casada, ya que para que ello ocurra es necesario desempeñar una actividad económica separada del marido, es decir, que contrate con terceros y no precisamente con su marido, como ocurre en la especie”⁸⁶.

Respecto del caso en que la mujer es contratada como dependiente del marido, sin mediar sociedad conyugal “se ha sustentado doctrinariamente y por algunas jurisprudencias comparadas (uruguay, argentina) que el contrato estaría viciado por ilicitud del objeto, pues la oposición de intereses que aflora en todo contrato de trabajo y que se verificaría entre ambos cónyuges, sería incompatible con la naturaleza de la institución matrimonial”⁸⁷.

Respecto al caso en que el hombre es contratado como dependiente de su cónyuge, antes de 1989, con la publicación de la Ley N° 18.802, se consideraba incompatible dicha situación con la institución de la potestad marital, derogada por la ley citada. Dicen los profesores Thayer y Novoa que “podrían sustentar quienes defienden esta postura que, no obstante la derogación, subsiste el vicio de nulidad por ilicitud del objeto, debido a que la oposición de intereses, propia del contrato de trabajo, no se aviene con la institución del matrimonio, la situación del marido dependiente laboral de su mujer sería inconciliable con el matrimonio”⁸⁸.

Una opinión intermedia es la de los profesores Sergio Gamonal y Caterina Guidi, para quienes entre cónyuges en régimen de sociedad conyugal, “(...)el marido no puede contratar a su mujer o viceversa. Excepcionalmente, la mujer podría contratar al marido si ejerce un empleo, oficio, profesión o industria separada (art. 150 del Código Civil). Si los cónyuges están separados de bienes o casados bajo régimen de participación en los gananciales, perfectamente pueden contratar laboralmente entre sí”⁸⁹. En este mismo

⁸⁶ Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 103.

⁸⁷ Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 103.

⁸⁸ Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 103.

⁸⁹ Gamonal y Guidi, *Manual del Contrato de Trabajo*, 16-17.

sentido, respecto de los convivientes y de las parejas vinculadas por acuerdo de unión civil - Ley N° 20.830-, los profesores opinan que no existe inconveniente alguno para que contraten laboralmente entre sí⁹⁰.

Finalmente, la posición que ha tomado mayor fuerza en las últimas décadas en Chile es a favor de la plena validez del contrato de trabajo entre cónyuges. En este sentido, los profesores Thayer y Novoa, recogiendo las posiciones de la doctrina comparada de Paul Durand, de Ferrari, Plá Rodríguez y otros, sostienen que “no debe verse necesariamente que hay objeto ilícito cuando un cónyuge presta servicios profesionales al otro, pues ello no interfiere las relaciones matrimoniales entre ambos (...)”. De tal modo, concluyen “que la celebración de este contrato puede ser válida, pues no está prohibida, ni su celebración atenta, en principio, contra la institución del matrimonio, siempre, claro está, que se salvaguarden derechos y obligaciones de los cónyuges”. Sin embargo, previenen inmediatamente: “Podrá abundarse latamente sobre este peculiar caso, en el que, a su vez, pueden interferir múltiples otros aspectos –según sea la situación matrimonial entre los cónyuges–, que le darán tonalidades variadas; pero la conclusión general, (...) es la antes relacionada”⁹¹.

A.2 La Dirección del Trabajo ante el trabajo familiar

Como se analizó en el primer capítulo, el trabajo familiar es un fenómeno que se presenta de manera inversamente proporcional según el tamaño de la empresa. En otras palabras, a menor tamaño mayor es la probabilidad de encontrar una empresa en que se emplean familiares para la explotación del giro. Además, las cifras estudiadas demuestran que la mayoría de estos pequeños negocios funcionan en la informalidad, que tiene variados grados y formas, siendo habitual en este medio el empleo informal, con las consecuencias que aquello conlleva, como la no escrituración de los contratos y el no pago de cotizaciones previsionales.

Ante la falta de normativa laboral expresa sobre el trabajo familiar, y en virtud del escenario descrito en el párrafo anterior, es necesario conocer la posición de la Dirección del Trabajo (en adelante: DT), que a través de los siguientes dictámenes que se comentarán, da cuenta de la postura que ha tomado la Administración respecto esta forma de prestación de servicios. Se destacan por ser relativamente actuales. No obstante, es necesario advertir que no existe a la fecha dictamen que expresamente tome posición

⁹⁰ Gamonal y Guidi, *Manual del Contrato de Trabajo*, 16-17.

⁹¹ Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 103-104.

sobre el trabajo familiar en cuanto institución, y que más bien este tema se trata a propósito de situaciones particulares límites que dan a entender el criterio de la Dirección para delimitar cuando nos encontramos ante una relación laboral. Se expondrá el contenido pertinente de cada dictamen por separado, para luego analizarlos críticamente, en conjunto, al final de este apartado.

a. Trabajos en negocios regulados por la Ley de microempresas familiares

Sobre el trabajo en estas formas de organización, la DT ha señalado que no existen diferencias con las empresas comunes en lo que respecta a aplicación del CT, cuando en la prestación de servicios se den los elementos del contrato individual de trabajo. En este sentido, destaca la aclaración hecha por la DT a través del dictamen ORD. N° 174/2⁹², de fecha 14 de enero de 2005, donde se aborda el alcance de la expresión "para todos los efectos legales", utilizada por el artículo 26 bis del decreto ley N° 3.063, sobre Rentas Municipales. Es relevante la explicación contenida en este dictamen por cuanto trata el alcance de la legislación laboral en las microempresas familiares.

El Decreto Ley N° 3.063 es la norma que fija los procedimientos para obtener patente municipal, el cual sufrió una importante modificación a propósito de la Ley N° 19.749, que como se dijo en el capítulo primero, creó las microempresas familiares. Entre los cambios realizados, se incorpora al decreto el artículo 26 bis, en cuya virtud "*los trabajos que se ejecuten por las microempresas familiares, por encargo de terceros, se entenderán, para todos los efectos legales, que se realizan por cuenta de quien los encarga*". Para la DT, de la norma se desprende que el objeto de la modificación a dicha normativa es "(...) simplificar y eliminar trámites para la constitución de las microempresas familiares, a saber, la obtención de patente municipal, la iniciación de actividades ante el Servicio de Impuestos Internos sin cumplir con ciertos requisitos exigidos en la constitución de otras empresas"⁹³, y en algunos casos la omisión de autorizaciones o permisos.

No obstante, esta disposición introdujo dudas respecto de si alcanzaría también a la legislación laboral, con sus necesarias consecuencias. Así, en este evento, "¿debe entenderse que el mandante se tiene que encargar de efectuar las cotizaciones previsionales de la empresa familiar, es decir, de los trabajadores familiares y de hasta los cinco trabajadores extraños a la familia?"⁹⁴.

⁹² Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 174/2», de fecha 14 de enero de 2005, acceso el 27 de junio de 2018, <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-78472.html>.

⁹³ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 174/2».

⁹⁴ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 174/2».

La conclusión del dictamen es que el artículo 26 bis del Decreto Ley N° 3.063 está concebido en relación con la materia que regula el citado cuerpo legal, esto es, sobre rentas municipales, de manera que “(...)no se refiere ni alcanza a los aspectos laborales, como lo sugiere el funcionario que ocurre, sino que se proyecta a los efectos tributarios y trámites de constitución de las demás empresas y autorizaciones municipales”. Sin embargo, lo más interesante de esta aclaración es la referencia a las diferencias entre los trabajos de familiares y los extraños a la familia en este especial tipo de empresas.

Uno de los requisitos para el funcionamiento de las microempresas familiares es que no trabajen en la explotación del giro más de cinco personas extrañas a la familia. Dice el dictamen que la regulación de estas empresas en el aspecto laboral “presenta características propias y distintas de las demás actividades empresariales autorizadas por la ley, particularmente el hecho de que, en principio, los integrantes de la microempresa familiar no están afectos al Código del Trabajo y sus normas complementarias”.

Lo anterior se explica porque en este tipo de negocios “sus integrantes se asemejan a las existentes en las sociedades de hecho, asociaciones o cuenta en participación, la del trabajador independiente, servicios prestados por personas que realizan oficios o ejecutan trabajos directamente al público”⁹⁵, las cuales no dan origen al contrato de trabajo, según lo prevé el inciso 2° del artículo 8 del Código. Aún más, en el caso de relación de parentesco:

“(...) en la práctica limita la existencia de relaciones laborales al interior de la empresa familiar, simplemente porque esta forma de empresa se asimila a las formas de trabajo conocidas como familiares no remunerados en el sector agrícola, y que constituye una de las expresiones de trabajo informal que identifican las estadísticas nacionales sobre el empleo”⁹⁶.

De cualquier forma, la Dirección es clara respecto al número de personas –no pueden ser más de cinco–, extraños al grupo familiar, sobre quienes se afirma que están regidos por el código del ramo, ya que ellos “necesariamente prestan servicios bajo subordinación o dependencia, porque están sujetos a la supervigilancia de la microempresa familiar, existencia de una jornada de trabajo, obligación del trabajador de acatar las instrucciones u órdenes del empleador, por ejemplo”.

⁹⁵ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 174/2».

⁹⁶ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 174/2».

Por tanto, la conclusión inevitable de la Dirección es que, por una parte, “las personas que al amparo de la ley 19.749, realizan una actividad económica en la casa habitación familiar a la que pertenecen por el vínculo de parentesco, no están afectos al Código del Trabajo y sus normas complementarias”. Mientras que los trabajadores extraños, que no pueden ser más de cinco, “a su respecto concurren los elementos que hacen presumir la existencia de una relación laboral, en los términos exigidos por el inciso primero del artículo 8° del Código del Trabajo”⁹⁷.

b. Trabajo entre convivientes civiles

En el dictamen ORD. N° 691/12⁹⁸, de 29 de enero de 2016, la Dirección se pronuncia sobre la posibilidad de contrato de trabajo entre convivientes civiles que hubiesen pactado comunidad de bienes⁹⁹.

Señala el dictamen que de los artículos 7 y 8 del código se desprende que:

“(…) constituirá contrato de trabajo toda prestación de servicios que reúna las siguientes condiciones: a) Una prestación de servicios personales, b) Una remuneración por dicha prestación, y c) Ejecución de la prestación de servicios en situación de dependencia y subordinación respecto de la persona en cuyo beneficio se realiza. Este último es el elemento propio o característico del contrato de trabajo que permite diferenciarlo de otras relaciones jurídicas bilaterales”¹⁰⁰.

Luego se asevera que reiteradamente la Dirección:

“(…) ha reconocido el principio de ajenidad que deriva, tanto del concepto en comento como de la función social del trabajo, desde que cada trabajador realiza su labor ‘por cuenta de otro’ o ‘por cuenta ajena’, recayendo sobre el empleador el riesgo de la empresa, vale decir, el resultado económico favorable, menos favorable o adverso de su gestión; principio que también se erige como componente típico de la relación laboral”.

⁹⁷ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 174/2».

⁹⁸ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 691/12», de fecha 29 de enero de 2016, acceso el 27 de junio de 2018, <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-108493.html>.

⁹⁹ Dictamen emitido en atención a la presentación de Fundación Iguales requiriendo una interpretación del sentido y alcance del artículo 15° de la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil (AUC).

¹⁰⁰ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 691/12»

Promulgada la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, se origina la posibilidad de la convivencia civil, considerándose a las parejas que opten por este régimen como parientes entre sí para efectos del artículo 42 del Código Civil. Si bien los convivientes conservarán por regla general la propiedad, goce y libre administración de sus bienes, el artículo 15 les permite pactar comunidad de bienes en los términos que la disposición señala:

1ª. Los bienes adquiridos a título oneroso durante la vigencia del acuerdo se considerarán indivisos por mitades entre los convivientes civiles, excepto los muebles de uso personal necesario del conviviente que los ha adquirido.

2ª. Para efectos de esta ley, se tendrá por fecha de adquisición de los bienes aquella en que el título haya sido otorgado.

3ª. Se aplicarán a la comunidad formada por los bienes a que se refiere este artículo las reglas del Párrafo 3º del Título XXXIV del Libro IV del Código Civil.

Se afirma en el dictamen que de esta disposición, y también en atención a las reglas del cuasicontrato de comunidad a las que se remite el numeral 3º recién citado, se entiende que de pactarse comunidad de bienes “se producirá para ambos el efecto patrimonial de reunir en una sola universalidad todos los bienes materiales e inmateriales que vayan adquiriendo durante la vigencia del acuerdo de unión civil -salvo las cosas excluidas por el propio legislador-”¹⁰¹, participando, en consecuencia, en la administración de la comunidad los dos convivientes con derechos de idéntica naturaleza. Esto implica que no podrá uno de los convivientes realizar un acto jurídico para que se radiquen exclusivamente en él los derechos y obligaciones que emanan del acto. Situación que alcanzaría, de acuerdo con la Dirección, al contrato individual de trabajo.

El que los convivientes actúen jurídicamente en comunidad da lugar “a que los elementos característicos de la contratación laboral se vean particularmente diluidos, desde que no sería posible verificar la relación de dependencia o subordinación entre trabajador y empleador, así como tampoco, el principio de ajenidad”¹⁰². Sostiene el dictamen que habría confusión de voluntades, que hace inconsistente la subordinación. Ejemplifica esta situación con la norma del cuasicontrato de comunidad contenida en el artículo 2305 del Código Civil, que dispone que *el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social*. Así, “este precepto obligaría a hacer remisión al artículo 2081 del citado Código, el cual, a su vez, permitiría

¹⁰¹ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 691/12».

¹⁰² Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 691/12».

conferir a los convivientes, entre otros derechos, el *ius prohibendi* o derecho a veto a que refiere la doctrina civil¹⁰³, facultad que posibilita oponerse a los actos de administración de los otros comuneros.

Finalmente, el texto argumenta que en la prestación de servicios entre convivientes desaparecería la ajenidad que caracteriza al contrato de trabajo, en vista de “que su esfuerzo cedería en parcial provecho de sí mismo o, desde otra perspectiva, al ser comunero participaría proporcionalmente del beneficio económico que produce su trabajo a la empresa”, del mismo modo en que “le empecerían las cargas y riesgos de ésta, todo lo cual genera un cúmulo de derechos y obligaciones de titularidad ambigua que deviene incompatible con la calidad de trabajador”¹⁰⁴.

Así, se concluye que no es procedente el contrato de trabajo entre convivientes civiles que pacten comunidad de bienes, por no ser conciliables los elementos esenciales del primero con los efectos jurídicos que se derivan de la unión civil y las reglas sobre el cuasicontrato de comunidad.

c. Trabajo gratuito

Respecto de la posibilidad de presumir la existencia de un contrato de trabajo en situaciones de trabajo gratuito, se solicitó pronunciamiento por la Asociación Cristiana Testigos de Jehová a la DT, la que toma postura en el dictamen ORD. N° 0058/00¹⁰⁵, de fecha 7 de enero de 2010.

Este texto se encuentra motivado en la presentación hecha por dicha organización religiosa, luego de ser sancionados por la no escrituración de contratos de trabajo ni llevar registro control de asistencia respecto de nueve personas, quienes se encontraban construyendo un lugar de reunión para los miembros de la iglesia, en base a labores completamente voluntarias pero dirigidas por un misionero encargado. Para demostrar la voluntariedad de las labores, la agrupación adjunto a su presentación las copias del documento firmado por cada feligrés involucrado denominado “Voto de Obediencia y Pobreza de la Orden de Siervos especiales de tiempo completo de los Testigos de Jehová”.

¹⁰³ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 691/12».

¹⁰⁴ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 691/12».

¹⁰⁵ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 0058/00», de fecha 7 de enero de 2010, acceso el 27 de junio de 2018, <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97492.html>.

En el dictamen se analiza la situación a partir de la interpretación de los artículos 7 y 8 del CT, para establecer que se deberá calificar como laboral toda relación en que una persona preste servicios personales en régimen de subordinación y dependencia para otra, denominado empleador, quien a su vez ha de pagar una contraprestación por tales servicios, denominada remuneración. De esta manera, se delimitan los contornos del vínculo al que el ordenamiento jurídico denomina contrato individual de trabajo y “cuya fuerza es tal, que toda prestación de servicios que responda a la anotada descripción se presumirá legalmente como tal, en una demostración clara del principio del derecho del trabajo denominado de la primacía de la realidad”¹⁰⁶.

Luego, se reconoce que el legislador de todas formas excluye expresamente la calificación como contrato de trabajo en los supuestos del artículo 8, pero que no resuelve la situación de las prestaciones de servicios que en los hechos presentan todos los rasgos que definen la subordinación, pero carecen de un elemento esencial, cual es, el que se realicen los servicios en atención al pago de una remuneración¹⁰⁷.

Para la Dirección el tema no es menor, por cuanto la falta de remuneración puede ser indiciaria de tres situaciones importantes de distinguir, dos de las cuales son sancionadas por nuestra legislación. Aquellas hipótesis mal vistas por la normativa laboral son el trabajo forzoso y aquel en que hay un incumplimiento al deber de remunerar; mientras que la tercera situación, absolutamente legítima, es el trabajo de carácter voluntario o gratuito.

Para efectos de delimitarlo de los otros casos, en el dictamen se define al trabajo gratuito como:

“Aquel que se presta por regla generalísima, en forma ocasional y discontinua en el tiempo en forma voluntaria por parte del prestador de los servicios y sin perseguir una remuneración a cambio, encontrando su justificación en razones tales como la solidaridad, la buena vecindad, el agradecimiento, la familiaridad u otra finalidad lícita”¹⁰⁸.

Cita también el dictamen a los profesores Palomeque y Álvarez de la Rosa, para afirmar que la causa de la prestación puede estar en “empresas ideológicas”: partidos

¹⁰⁶ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 0058/00».

¹⁰⁷ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 0058/00».

¹⁰⁸ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 0058/00».

políticos, sindicatos, agrupaciones artísticas, organizaciones no gubernamentales y otras instituciones similares. Los autores además ejemplifican con un caso de la jurisprudencia española de religiosas que prestan servicios en un hospital en cumplimiento de los fines benéficos de la orden religiosa a la que pertenecen¹⁰⁹.

Entonces, para la Dirección la diferencia del trabajo gratuito con el trabajo forzoso es evidente. En este último, se exige a un individuo la realización de un trabajo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicha persona no se ofrece voluntariamente, mientras que en el trabajo gratuito la prestación se realiza voluntariamente y sin ninguna coerción.

Respecto de la distinción que realiza la Dirección entre el trabajo en que hay incumplimiento al deber de remunerar, y el trabajo gratuito, el dictamen señala que en el primero, “la omisión del pago de la remuneración será constitutivo de un incumplimiento de la principal obligación de todo empleador, pudiendo exigirse legítimamente el pago de lo adeudado, con reajustes e intereses”¹¹⁰; mientras que en el último, la gratuidad forma parte de su esencia.

En conclusión, para resolver el caso en cuestión, el texto precitado dispone que los antecedentes recabados “resultan insuficientes, tanto para dar por constatados indicios suficientes de laboralidad, como para excluir de la calificación como trabajo gratuito, al prestado por las personas por él individualizadas en las respectivas multas”, en especial si “los antecedentes del caso apuestan por constituirse en indicios ciertos de servicios prestados no sólo voluntariamente, sino a título gratuito, encontrando la motivación en el voto de obediencia y pobreza hecho en ejercicio de su derecho de libertad de religión”¹¹¹.

A.3 Consideraciones finales

Si bien el artículo 7 del CT establece los elementos necesarios para presumir, conforme al artículo 8 del mismo cuerpo legal, la existencia de la relación laboral, determinar su existencia en algunos casos es un tema complejo. Las normas que delimitan el ámbito de aplicación del código se limitan a exponer los elementos de la relación objeto de regulación, sin definir el concepto de subordinación, ni señalar elementos acerca de su contenido. Ante esto, la Dirección ha desarrollado la doctrina del haz de indicios, para

¹⁰⁹ Manuel Palomeque y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, 14a. ed. (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006), 488.

¹¹⁰ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 0058/00».

¹¹¹ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 0058/00».

distinguir las diversas manifestaciones concretas en que la subordinación se expresa, y de esa forma, determinar la concurrencia de una relación de trabajo¹¹². Técnica que ha sido de especial relevancia para calificar casos límite.

Como se pudo apreciar, hay relativo acuerdo en la doctrina y la jurisprudencia administrativa sobre los elementos esenciales del contrato individual de trabajo, y de su función constitutiva de la relación laboral, al margen de lo que hayan pactado las partes¹¹³. En consecuencia, es en la interpretación de los artículos 7 y 8 del CT donde se debe fijar la atención para delimitar las fronteras del Derecho del Trabajo, artículos que como se ha estudiado, no están exentos de críticas. Se extraña una declaración más expresa al respecto que facilite esta interpretación, o que al menos aporte más elementos para realizar la delimitación.

El trabajo familiar corresponde a uno de los casos de prestación de servicios que se encuentra en las fronteras del Derecho del Trabajo, en que no queda del todo claro si corresponde o no la aplicación del orden jurídico laboral. En los dictámenes expuestos se aprecia la posición de la DT, que opta por considerar en los casos en estudio que no se presentan todos los elementos esenciales del contrato individual de trabajo que se desprenden del artículo 7, además de faltar el elemento de la ajenidad. Así, en el dictamen ORD. N° 174/2, que trata las microempresas familiares, se concluye que para los miembros de la familia que explota el emprendimiento en su residencia no son aplicables las normas laborales. Se argumenta que las labores que desempeñan se asemejan a las del inciso 2° del artículo 8, que como se mencionó al inicio de este capítulo, no están afectos al CT.

Sin embargo, no existe una delimitación clara de qué familiares están comprendidos en esta exclusión, y de si existe alguna manera de controvertir esta calificación por parte de algún familiar trabajador. Además, se utiliza un argumento un tanto peligroso en el dictamen, al decir que los integrantes de la microempresa familiar se asemejan a los existentes en las sociedades de hecho. Esto implica que podrían ocultarse bajo la apariencia de trabajos entre asociados, relaciones laborales típicas de trabajadores a los que se les margina de la aplicación del Código. No obstante se utiliza tal expresión para

¹¹² Melis y Sáez, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, 42; Rojas, *Derecho del Trabajo*, 15.

¹¹³ Otro dictamen en el mismo sentido, aparte de los expuestos: Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 423/27», del 29 de enero de 1997, acceso el 27 de junio de 2018, <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-87849.html>: Establece la doctrina que sigue la DT: "para que una persona detente la calidad de trabajador se requiere: a) Que preste servicios personales, ya sean intelectuales o materiales. b) Que la prestación de dichos servicios la efectúe bajo un vínculo de subordinación o dependencia, y c) Que, como retribución a los servicios prestados, reciba una remuneración determinada."

explicar el desplazamiento de la nota de ajenidad en la relación. No parece ser aquella la vía más precisa para fundamentar la exclusión.

Una argumentación similar contiene el dictamen ORD. N° 691/12, a propósito de la relación de trabajo entre quienes pactan un Acuerdo de Unión Civil con régimen de comunidad de bienes. La Dirección estima que sería imposible verificar la relación de dependencia, por cuanto esta es incompatible con las normas que regulan la administración de bienes durante la vigencia del Acuerdo de Unión Civil. Tampoco concurre el principio de ajenidad, ya que al ser comunero participará proporcionalmente del beneficio económico que produce su trabajo a la empresa, de tal forma que no corresponde la aplicación del orden laboral a la relación de trabajo entre tales convivientes. Esta posición debe ser extensiva a otras situaciones análogas, como la de quienes contraen matrimonio sin pactar la separación de bienes. E incluso más, si se concluye que entre familiares que conviven se desplaza la ajenidad de igual manera que entre convivientes civiles que pactan comunidad de bienes, se justificaría excluir la aplicación de las normas laborales a la relación de trabajo entre dichos familiares.

Es importante destacar el dictamen ORD. N° 0058/00, sobre trabajo gratuito, por cuanto reconoce esta relación como legítima, ajena al orden del CT, y porque diferencia esta figura de otras dos situaciones sancionadas por la legislación: el trabajo forzoso y el incumplimiento del deber de remunerar. Respecto del reconocimiento de esta forma de trabajo, es interesante destacar que entre las motivaciones para su procedencia, la Dirección señala la familiaridad. La prestación de servicios que es objeto del Derecho del Trabajo, como se estudiará, es el realizado para obtener una compensación a cambio. Por consiguiente, pareciera que el trabajo gratuito no requiere una declaración expresa sobre su exclusión de laboralidad, por ser suficientes las actuales normas del título preliminar del código. No obstante, podría debatirse en torno a esta necesidad a propósito de distinguirlo del trabajo forzoso y de aquel en que hay un incumplimiento del deber de remunerar, ambas situaciones sancionadas por el orden jurídico-laboral.

En las situaciones planteadas en los dictámenes analizados, no queda resuelto el alcance de esta exclusión. En otras palabras, si se aparta de forma general del ámbito laboral las prestaciones familiares, hasta qué punto es posible – y deseable– descartar la aplicación de las normas tutelares del CT sobre esta figura. Situación del todo relevante si se considera que en la práctica pueden estar realizando igual función, tanto miembros de la familia como trabajadores ajenos al grupo familiar, pero con tratamiento jurídico diferenciado. La interrogante por su alcance tiene dos sentidos. Primero, ¿qué supuestos

permiten determinar que hay “familiaridad” en una relación de trabajo, de tal manera que se justifique su exclusión del ámbito laboral? En el caso de que se fijen elementos que permitan determinar el alcance de la exclusión, queda aún la duda de si sería posible controvertir dicha calificación. Y segundo, este apartamiento, ¿alcanza todas las normas tutelares del Derecho del Trabajo? Existe especial incertidumbre respecto las normas sobre el trabajo de menores, por mencionar algunas.

Por lo demás, estas aclaraciones por vía administrativa no se hacen cargo de los problemas de Seguridad Social o en otras esferas del Derecho. Si bien la Dirección solo puede interpretar las normas laborales, urge una respuesta acerca de aquellas aplicables a los trabajadores familiares que prestan servicios a un familiar empresario de forma continuada.

Finalmente, es necesario advertir que las interpretaciones expuestas son a propósito de situaciones particulares. Si bien dan a entender el criterio de la Dirección para delimitar cuando nos encontramos ante una relación laboral, el alcance de estos dictámenes se restringe a facilitar la aplicación coherente y uniforme de la ley en los casos que motivaron el pronunciamiento de la Administración. Como se mencionó, no existe a la fecha dictamen que expresamente tome posición sobre el trabajo familiar.

Volveré sobre estos planteamientos en el capítulo tres, luego de analizar como se ha tratado el trabajo familiar en la legislación comparada, pues ello permitirá incorporar una perspectiva de análisis más amplia sobre el tema.

B. El trabajo familiar en la legislación extranjera

B.1. España

El país ibérico presenta un caso interesante de regulación del trabajo familiar, por cuanto el Estatuto de los Trabajadores¹¹⁴(en adelante ET) contiene una regla expresa de presunción de exclusión de laboralidad, que se complementa con las normas de seguridad social y de los trabajadores autónomos.

¹¹⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

B.1.1 Exclusión de laboralidad

Señala el capítulo I de las Disposiciones Generales del ET:

Artículo 1. Ámbito de aplicación.

1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

Para luego señalar, también en el mismo artículo:

3. Se excluyen del ámbito regulado por esta ley:

e) Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

Complementa esta disposición la contenida en la Ley General de Seguridad Social¹¹⁵ (en adelante LGSS), que para efectos de la aplicación de normas de previsión social establece:

Artículo 12. Familiares.

1. A efectos de lo dispuesto en el artículo 7.1, no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo.

Como se aprecia del tenor literal de ambas disposiciones, se les excluye de la normativa laboral a quienes trabajan para un empresario familiar, salvo que demuestren su condición de trabajadores ordinarios –“asalariados”–, y que cumplan con ser familiares que convivan con el empleador, entendiendo por tales a los expresamente enunciados por las normas en cuestión.

¹¹⁵ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Esta presunción de no laboralidad tiene larga data en España, remontándose su primera formulación legal a la Ley de Contrato de Trabajo de 1931. Desde entonces, se ha mantenido con pequeñas modificaciones en las distintas leyes que han regulado el ámbito de aplicación de la normativa laboral. Se caracterizará a continuación esta exclusión de laboralidad por la que ha optado el legislador español.

a. Presunción de hecho

La más importante característica de esta exclusión es su calidad de presunción *iuris tantum*. Tal naturaleza jurídica aparece evidente en los textos legales, por cuanto se dice expresamente en ambas disposiciones (1.3 e] ET y 12.1 LGSS) que se podrá probar la laboralidad de la prestación de servicios en favor del pariente, siendo carga del interesado demostrar que el trabajo se realiza por cuenta ajena y de forma dependiente. Sobre la naturaleza de la presunción, el Tribunal Supremo español ha señalado:

“Tanto el art. 1.3. e) del Estatuto de los Trabajadores, como el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, contienen una presunción *iuris tantum* de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción *iuris et de iure*. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena”¹¹⁶.

b. Alcance

Respecto del alcance de esta presunción, se entiende que solo considera de forma excluyente a: cónyuge, hijos, nietos, hermanos, padres, abuelos – en todos ellos independientemente de si la filiación se origina en la adopción– suegros, abuelos del cónyuge, hijos y nietos del cónyuge, y cónyuge de los hijos. Es motivo de debate el que no se considera para la exclusión a las parejas de hecho ni a los acogidos por la familia¹¹⁷,

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Roj 7104/1997, 25 de noviembre de 1997. Por entonces la presunción de no laboralidad estaba contenida en el artículo 7.2 de la Ley General de Seguridad Social.

¹¹⁷ Por acogidos o aceptados se entiende el caso en que una persona, por lo general un niño o niña, es recibido en un hogar que no es el de su familia. Puede ser como consecuencia de una medida de protección ordenada por un tribunal de familia, o una situación de hecho, derivada de las relaciones de buena vecindad, generalmente por el riesgo al que se expone la persona en su lugar de habitación de origen. Se distingue del caso de los adoptados, en que una sentencia judicial modifica la filiación. En Chile, existe el programa de Familias de Acogida Especializadas (FAE), dependiente del Servicio Nacional de Menores, que procura brindar

como alguna vez sí lo hizo la legislación española. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido uniforme en no considerar dichas labores como familiares, tratándolas como asalariados corrientes, aunque en algunos fallos más recientes igualmente los excluye de la aplicación del ET, mediante la vía de subsumir aquellas prestaciones bajo la figura de trabajos amistosos, benevolentes, o de buena vecindad, excluidos por el artículo 1.3 d)¹¹⁸.

Como dice expresamente la norma del ET, la exclusión será efectiva si además del vínculo familiar específico, concurre la convivencia con el empresario. Sin embargo, el artículo 12.1 de la LGSS es más exigente, negando la condición de trabajadores por cuenta ajena a quienes además de la convivencia con el empresario, estén “ocupados en sus centros de trabajo” y “están a su cargo”. Complementos pertinentes que de ninguna forma se contraponen a la norma del ET, por el contrario, hacen explícito que es especialmente la falta de ajenidad en la prestación el fundamento del legislador para esta exclusión.

Si bien en una primera lectura de ambas disposiciones sólo la normativa de seguridad social alude a la dependencia económica, la doctrina española mantiene que en una interpretación teleológica de ambos preceptos debiera llegarse a los mismos resultados en su presunción de exclusión de laboralidad. Así, la profesora Paz Menéndez afirma al tratar la norma del ET “que aunque la convivencia puede entenderse como cohabitación física (compartir techo), también es posible reparar en la convivencia económica, concebida como la existencia de un ‘fondo’ más o menos común al que se contribuye con el que se cubren las necesidades familiares. Esta última forma de convivencia recuerda sin duda a la idea de vivir a expensas a que alude la norma de Seguridad Social”¹¹⁹. Para luego señalar que, por el contrario, “la obtención de unas ganancias autónomas, aunque el sujeto conviva en el mismo domicilio que el empresario, podrá considerarse indicio del carácter asalariado de la prestación”¹²⁰, que permitiría derribar la presunción de no laboralidad. Interpretación que permite conciliar ambas normas, sobre todo para los casos en que cohabitación y dependencia económica no coinciden.

la oportunidad de un hogar transitorio para niños, niñas y adolescentes, mientras se restablece su derecho a vivir en una familia definitiva. No obstante, el concepto utilizado no se limita a los menores de edad.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Roj 1445/2000, 24 de febrero de 2000. Considera no familiar a pareja “more uxorio”, por lo que no se aplica presunción. Por otra parte, Sentencia del Tribunal Supremo Roj 1525/2005, 11 de marzo de 2005, afirma que no hay relación laboral entre empresario y pareja de hecho, por no concurrir requisito de ajenidad exigido por artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

¹¹⁹ Menéndez, «El Trabajo Familiar», 339.

¹²⁰ Menéndez, «El Trabajo Familiar», 339.

Finalmente, es deber del familiar trabajador probar tal carácter y aportar la evidencia que permita derribar la presunción cuando exista cohabitación con el empresario familiar, pero no “conviva económicamente” con él. Por el contrario, de no mediar los indicios señalados, se aplicará la presunción del artículo 8.1 del mismo cuerpo legal:

Artículo 8. Forma del contrato.

1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.

Esta norma consiste en la regla general, por cuanto será el empresario familiar o quien requiera de la declaración de que la prestación es trabajo familiar el que deberá probar, para derribar la presunción del artículo 8, cuando no se den los indicios del artículo 1.3 e] ET.

c. Menores de edad

El artículo 6.1 del ET establece los 16 años como la edad mínima para trabajar. Si bien en principio la normativa laboral no aplica para el trabajo familiar, la tutela de los menores obedece a derechos constitucionalmente protegidos en España, por cuanto se debe garantizar la protección de los menores en cualquier esfera del derecho. En consecuencia, no se admite el trabajo habitual de menores de 16 años en ninguna de sus formas, lo que incluye el trabajo familiar. Esto no obsta a que aquellos puedan realizar pequeñas colaboraciones, las que incluso son exigibles al menor, a través de lo que se conoce como deber de contribuir al “levantamiento de las cargas familiares”, prescrito en el numeral 2º del artículo 155 del Código Civil español, que así dice a propósito de las relaciones paterno-filiales:

Artículo 155.

Los hijos deben:

2.º Contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella.

De cualquier forma, esto no permite la explotación de los hijos menores en las empresas familiares, sino solo su esporádica contribución. Limitación que se confirma con la norma contenida en el Estatuto del Trabajador Autónomo, que dice:

Artículo 9. Protección de menores.

1. Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares.¹²¹

d. Seguridad Social

Como se mencionó, los trabajadores familiares quedan excluidos de la aplicación del régimen general de seguridad social, al tenor del artículo 12.1 de la LGSS. Sin embargo, no por eso quedan al margen de la previsión social, ya que pueden encuadrarse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA). Esto porque la Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo también incorpora el trabajo familiar en su ámbito de aplicación:

Artículo 1. Supuestos incluidos.

1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial.

También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo¹²².

Por tanto, “se incluye en la noción de trabajo autónomo lo que se conoce, en términos estadísticos, como ayudas familiares”¹²³, considerando la legislación española dentro de este régimen a los “familiares de los trabajadores autónomos que trabajen de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena”¹²⁴. Esto por supuesto incluye las respectivas normas de seguridad social vigentes en España para el trabajador independiente.

¹²¹ Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo, de 11 de julio de 2007. El numeral 2º permite como excepción el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos.

¹²² Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo. El destacado es propio.

¹²³ Gil Gil y Sagardoy, «El Trabajo Familiar», 207-208.

¹²⁴ Gil Gil y Sagardoy, «El Trabajo Familiar», 207-208.

B.1.2 Exclusión de laboralidad en sociedades

El tenor literal de la presunción de exclusión de laboralidad podría inducir que solo es aplicable para las empresas de titularidad individual o para quienes se empleen directamente con el familiar como persona natural. Como se analizó en el primer capítulo, el trabajo familiar se presenta en variadas formas de organización, siendo una de las más comunes las empresas con forma societaria, que admiten diversidad de socios. En la legislación española, como es lógico, no es posible que una persona jurídica tenga relaciones de parentesco, y solo entre personas naturales puede suceder la convivencia. Por tanto, pareciera inaplicable la exclusión de laboralidad.

No obstante lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia no dudan en afirmar que sí puede acontecer el trabajo familiar, y por ende presunción de exclusión de laboralidad, en el contexto de personas jurídicas con diversidad de propietarios. En este sentido, la profesora Paz Menéndez señala que:

“(…) se presumirá no laboral la prestación de servicios para la sociedad si quien los presta es familiar hasta segundo grado o cónyuge de uno o en su caso varios socios y convive con ellos, siempre que la unidad familiar de convivencia posea una porción determinante de las acciones”¹²⁵.

La “porción determinante” que ha venido exigiendo la jurisprudencia es de al menos un 50% del capital social. Así por ejemplo, el Tribunal Supremo estimó en la STS 7104/1997, ya citada, que en el “caso enjuiciado la suma de las participaciones sociales de actor y familia cubren el 45 % del capital social, lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común. No se desvirtúa, por tanto, la nota de ajeneidad”¹²⁶. De cualquier forma, aun siendo propietaria la unidad de convivencia familiar de más del 50% de la titularidad del capital social, puede el trabajador probar la relación laboral¹²⁷, siempre que él no sea titular de un porcentaje importante de participación y no tenga encomendado cargos de dirección y gestión, no obstante en dichos casos la exclusión de laboralidad no tendrá su causa en las relaciones familiares.

¹²⁵ Menéndez, «El Trabajo Familiar», 357.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Roj 7104/1997, 25 de noviembre de 1997.

¹²⁷ En la Sentencia del Tribunal Supremo Roj 3510/2000, 27 de abril de 2000, se ha señalado: “esta Sala ha reconocido ya la condición de trabajador por cuenta ajena, al socio minoritario contratado laboralmente, cuando su situación en la mercantil era la de: a) propietario 10% del capital social, que no convive con otros familiares también socios. (S. de 16 de junio de 1994). b) titular del 20% del capital, perteneciendo el resto a su padre y hermano con los que convivía. (S. de 19 de octubre de 1994 y, en parte, S. de 14 de 1997). c) propietario del 10%, que convive con sus padres, propietarios del resto del capital social (S. De 25 de noviembre de 1997). d) trabajador no socio, de empresa cuyo capital pertenece a su madre y a su esposa con las que convive, siendo esta última, además, administradora única (S. de 19 de diciembre de 1997)”.

A pesar de que la jurisprudencia de manera uniforme ha exigido la titularidad sobre el 50% el capital social para considerar una “porción determinante”, esta tendencia se afirmó con la incorporación, en 1998, de la norma que hoy se ubica en el artículo 305 de la LGSS, donde a propósito de la extensión de la aplicación del régimen especial de la seguridad social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, se dice:

Artículo 305. Extensión.

(...) Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

B.2. Argentina

El caso argentino representa especial interés para el estudio del trabajo familiar. Si bien es importante conocer como se ha tratado el tema en la región, el motivo fundamental para su estudio es la forma en que ha operado la exclusión de laboralidad en el vecino país, que a continuación se analiza.

B.2.1 Extensión de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo

La Ley N° 20.744 – Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT)– ordena de manera general el derecho laboral en Argentina, a través de la regulación de todo lo relativo a la aplicación, validez, derechos y obligaciones de las partes del contrato de trabajo, sirviendo de norma supletoria para los regímenes especiales. Dice el artículo 21:

Artículo 21 - Contrato de trabajo.

Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración.

Para luego establecer una presunción de carácter general:

Artículo 23 - Presunción de la existencia del contrato de trabajo.

El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario.

Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio.

De las normas transcritas, se aprecia que existe una presunción de hecho ante la prestación de servicios, que hará presumir el contrato de trabajo, y por ende, la aplicación de esta ley. Sin embargo, que se hable de prueba en contrario significa que existen circunstancias en que pueda darse una prestación de servicios en que no exista contrato de trabajo, y que tampoco se ajuste a algún régimen especial de trabajo subordinado, como los dependientes de la Administración Pública. Una de aquellas circunstancias, y así lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia, es el trabajo familiar.

B.2.2 Exclusión de laboralidad del trabajo familiar

Si bien no existe una norma general de exclusión como en la legislación española, se ha entendido aplicable la exclusión de laboralidad en los trabajos familiares para ciertas situaciones, amparados en los artículos expuestos y en algunas otras normas, que para cada caso se mencionan.

a. Hijos menores de edad

Cuando el trabajo es en beneficio del negocio del que es titular el padre o madre del menor, no existen mayores dudas. Si bien el recientemente derogado Código Civil argentino era bastante claro al respecto a propósito de las normas de la patria potestad¹²⁸, el actual Código Civil y Comercial establece:

Art. 671.- Enumeración. Son deberes de los hijos:

a) respetar a sus progenitores;

b) cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;

¹²⁸ Señalaba el Código Civil argentino, derogado en 2015: *Art. 277. Los padres pueden exigir que los hijos que están bajo su autoridad y cuidado les presten la colaboración propia de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago o recompensa.*

c) *prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.*

Para el profesor y tratadista argentino Antonio Vázquez Vialard, consiste en el caso típico de trabajo familiar, en que aun dándose las notas del contrato de trabajo, la incorporación del menor al negocio responde a características especiales y, en cierta manera, el hecho corresponde a la obligación del hijo de ayudar a sus padres, prescrita en el artículo transcrito^{129 130}.

Además, en el título VII del Código, sobre la *responsabilidad parental*, se establece una norma que termina por excluir la posibilidad de contratación laboral entre padres con sus hijos menores de edad y no emancipados:

Art. 689.- Contratos prohibidos. Los progenitores no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad, excepto lo dispuesto para las donaciones sin cargo previstas en el artículo 1549.

b Cónyuge¹³¹

No existe disposición expresa que trate la contratación laboral entre cónyuges, lo cual ha sido fuente de diferencias en el país trasandino. La tendencia tradicional en la jurisprudencia y la doctrina ha sido no presumir la laboralidad, salvo que se demuestre que se den los presupuestos de un contrato de trabajo en los términos del artículo 21 recién transcrito. Así por ejemplo, continuando con Vázquez Vialard, quién afirma que:

“(...) no puede haber contrato que cree una relación de trabajo entre esposos legítimos. Al efecto , el art. 1218 del Cód. Civil establece que *toda convención entre*

¹²⁹ Antonio Vázquez, *Derecho del trabajo y seguridad social*, Tomo I, 4a. ed. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989), 235.

¹³⁰ El comentario del tratadista es a partir del análisis del artículo 277 del derogado Código Civil. No obstante, la actual norma no difiere mayormente de su predecesora, al atender a la misma hipótesis y con la misma finalidad. Cita el profesor Vázquez, también del antiguo Código, el artículo 1625, donde al regularse la locación de servicios -equivalente al arrendamiento de servicios en Chile-, se señalaba:

Art. 1.625. El que hubiese criado a alguna persona, no puede ser obligado a pagarle sueldos por servicios prestados, hasta la edad de quince años cumplidos. Tampoco serán obligados a pagar sueldos los tutores que conservaron en su compañía a los menores de quince años, por no poder darles acomodo. Esta norma no encuentra equivalente en la actual legislación argentina.

¹³¹ Si bien las referencias a artículos sobre Derecho de Familia contenidas en las citas de este apartado corresponden al derogado Código Civil argentino, las normas vigentes que regulan el régimen de comunidad y el de separación de bienes no presentan mayores diferencias en lo pertinente al tema en cuestión con las normas derogadas, y no alteran en lo sustancial los fundamentos de las diversas posiciones que se plantean.

los esposos sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio [fuera de las convenciones prematrimoniales], como toda renuncia del uno que resulte en favor del otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal, es de ningún valor. La disposición se explica, pues la labor que despliega en el caso la esposa (o el esposo) es en favor de la sociedad conyugal, que integra con su cónyuge a partir del acto nupcial¹³².

En la jurisprudencia un caso relevante sobre el tema en cuestión es “Segurotti, Luciana c/ ANSeS s/prestaciones varias”, que fue revisado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y que en las diferentes instancias, los tribunales expresaron las posiciones en la materia, generando la sentencia definitiva un nuevo precedente.

Así, la Cámara Federal de la Seguridad Social, que tradicionalmente ha conservado su posición, señaló al respecto:

“(...) la circunstancia de que la labor que despliega la esposa o esposo es en favor de la sociedad conyugal, que integra con su cónyuge a partir del acto nupcial (...), de allí que entre ellos no pueda existir contrato que cree una relación de trabajo en los términos de los artículos 21 y 22 de la LCT”.

Muy similar a la posición del profesor Vázquez. Luego, la misma sentencia agrega:

“Aunque el establecimiento donde trabajaba fuera un bien propio del esposo, los frutos son gananciales (art. 1272, CC), y gananciales habrían sido también los salarios percibidos. Tal confusión patrimonial hace imposible la ajenidad, que es de la esencia del contrato del trabajo”¹³³.

En consecuencia, se concluye que la relación no era laboral, lo que impedía que la actora se acogiese a los beneficios sociales de los trabajadores dependientes. Se revoca la sentencia recurrida, ordenándose adherir al régimen previsional de los trabajadores autónomos y que se considerara como tal el periodo que trabajó en la empresa de su cónyuge.

¹³² Antonio Vázquez, *Tratado del Derecho del Trabajo*, Vol. III (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982), 444.

¹³³ “Segurotti, Luciana c/ANSES s/prestaciones varias”. Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I. Sentencia N° 93917 de 13 de agosto de 2001.

Sin embargo, la Corte Suprema, en un fallo inédito, decidió revocar la recién citada resolución de la Cámara Federal, para sentar un nuevo criterio jurisprudencial:

“Que esta Corte, en su actual composición, no comparte la doctrina sentada en los precedentes de Fallos: 266:202; 276:383; 278:207; 288:375, 292:400, entre otros, según la cual no existiría posibilidad de relación laboral entre cónyuges.

En efecto, por una parte en la legislación vigente no existe prohibición genérica de contratar entre cónyuges, ni específica de celebrar contrato de trabajo; por la otra, la independencia de los patrimonios -aun gananciales- de los cónyuges que estableció (...) la ley 17.711 (...) permite perfectamente conciliar sus derechos y deberes en la órbita matrimonial con la relación de dependencia propia del mencionado contrato(...). Por tanto, si -como en el caso- se acredita la efectiva realización de las tareas y la realización de los correspondientes aportes impuestos por la legislación previsional, no existen motivos para negar la prestación solicitada. Conclusión que es válida igualmente para el supuesto de vigencia de la sociedad conyugal como para el de separación judicial de bienes, en razón de que aquélla no es obstáculo a la referida independencia patrimonial”¹³⁴.

En consecuencia, el máximo tribunal entiende que puede haber contrato de trabajo entre cónyuges si se dan los elementos propios de este, estableciéndose en este nuevo precedente dicho criterio. Cabe considerar que, a pesar de esto, la Cámara Federal de la Seguridad Social ha mantenido su criterio en casos posteriores¹³⁵.

c. Otros supuestos de trabajo familiar

Para el resto de los casos, la tendencia en doctrina y jurisprudencia es más homogénea, por cuanto se considera que el trabajo realizado entre familiares, ya sea de hijos emancipados, hermanos o demás parientes no debe ser considerado laboral, “cuando todos ellos contribuyen a la formación de un mismo patrimonio y sobre todo cuando forman parte de una misma comunidad familiar”¹³⁶. Pero en principio, y como regla general, de darse en la relación entre familiares directos los caracteres propios del trabajo dependiente,

¹³⁴ “Segurotti, Luciana c/ANSES s/prestaciones varias”. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia 726 de 26 de noviembre de 2002.

¹³⁵ Lilitiana Cardelli, «Contrato de Trabajo en el Ámbito Familiar», *Studylib* (2014), acceso el 6 de abril de 2019, <https://studylib.es/doc/5212513/contrato-de-trabajo-en-el-%C3%A1mbito-familiar-%E2%80%93-cra.-lilitiana-...>. Cita por ejemplo el caso “Volpi, Marisa Silvia c/MTEySS s/impugnación de deuda”. Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I. Sentencia del 20 de septiembre de 2012, entre otros fallos.

¹³⁶ Vázquez, *Tratado del Derecho del Trabajo*, 444.

este vínculo es laboral y normado por la LCT. Por cuanto quien alegue la excepción a la regla deberá probar la no laboralidad de la prestación.

La Cámara Federal de la Seguridad Social ha afirmado, estableciendo su criterio general:

“(…) corresponde señalar que diversa doctrina y jurisprudencia ha incorporado como situaciones de excepción a las presunciones de vínculo laboral, a la relación entre padres e hijos mayores o emancipados o hermanos, o inclusive entre concubinos, benévolos, amistosos o de vecindad cuando todos ellos contribuyen a la formación de un mismo patrimonio y sobre todo cuando forman parte de una misma comunidad familiar, es decir cuando esté ausente el elemento “ajenidad económica”, pues no se trabaja para un tercero sino para una misma comunidad económica que se integra”¹³⁷.

B.2.3 Trabajo familiar ante la fiscalización

Uno de los principales motivos para el reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de la exclusión de laboralidad del trabajo familiar, dice relación con la fiscalización a las empresas, a propósito del cumplimiento de la normativa laboral, de seguridad social y tributaria, que deben realizar el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS), la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) y la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), respectivamente.

Así por ejemplo, en la sentencia antes citada –“Volpi, Marisa Silvia c/MTEySS s/impugnación de deuda”– se resuelve un caso que se origina por un acto administrativo que dicta el MTEySS luego de una fiscalización por la que se constata que un trabajador, familiar del empleador, no está debidamente registrado ni se ha cumplido con las cargas de seguridad social. Se señala en el fallo:

“Conforme se desprende de autos, la causa se inicia como consecuencia de un relevamiento de personal llevado a cabo por inspectores del MTESS, en el cual se detecta el incumplimiento a la debida registración del alta (Solicitud de Clave de

¹³⁷ “Volpi, Marisa Silvia c/MTEySS s/impugnación de deuda”. Camara Federal de la Seguridad Social, Sala I, sentencia del 20 de septiembre de 2012.

Alta Temprana), respecto del trabajador que se encuentra enumerado en el Acta de Comprobación obrante a fs. 7”¹³⁸.

Luego de ser multado por el organismo fiscalizador, y de agotar las instancias administrativas, la actora decide recurrir judicialmente, fallando la Cámara Federal de la Seguridad Social:

“De lo expuesto, analizadas las constancias de autos y la prueba acompañada a fs. 28/33 que acredita el vínculo familiar denunciado por la actora, corresponde declarar formalmente admisible el recurso y dejar sin efecto la resolución recurrida, ordenando al organismo reintegre la suma depositada por la apelante para acceder a la instancia judicial(...)”¹³⁹.

Otro caso bastante común es el de las multas que cursa la AFIP, velando por los intereses fiscales del país, por “trabajadores no declarados” que resultan ser familiares de los empresarios fiscalizados. Así por ejemplo, el juicio “M.T.M. S.R.L. c/AFIP s/impugnación de deuda”, se inicia por una fiscalización donde se detecta entre las personas relevadas, las hijas de los socios gerentes, que se desempeñaban en tareas administrativas y de computación para la empresa, bajo la figura de trabajadoras autónomas debidamente inscritas. El fallo de la Cámara Federal de Seguridad Social, de fecha 27 de febrero de 2009, dice:

“(...) en el caso de autos no se cuestionan diferencias en torno a las circunstancias de empleo, sino la existencia misma de la relación laboral respecto de familiares de los socios integrantes de la empresa”¹⁴⁰.

Luego, respecto del fondo del asunto señala:

“Ha de tenerse presente, además, que si bien el trabajador es, en términos relativos, la parte más débil de la relación contractual específica y ello puede llevar a una cierta omisión en el cumplimiento de las obligaciones inherentes al empleador,

¹³⁸ “Volpi, Marisa Silvia c/MTEySS s/impugnación de deuda”, Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, sentencia del 20 de septiembre de 2012.

¹³⁹ “Volpi, Marisa Silvia c/MTEySS s/impugnación de deuda”, Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, sentencia del 20 de septiembre de 2012.

¹⁴⁰ “M.T.M. S.R.L. c/A.F.I.P. -D.G.I. s/impugnación de deuda”, Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, sentencia del 27 de febrero de 2009.

dicha presunción se desvirtúa cuando hay relaciones familiares estrechas entre ambos, como es el caso de autos”¹⁴¹.

Queda así en evidencia la importancia de esta figura, de aplicación cotidiana en los tribunales de justicia. No hay que olvidar que los organismos fiscalizadores presumen por regla general la existencia de contrato de trabajo ante la prestación de servicios, atendiendo al tenor literal de la LCT, y a la falta de norma expresa que excluya de su régimen de aplicación al trabajo familiar. Deberá el empresario familiar aportar al momento del relevamiento la evidencia que acredite la calidad de sus trabajadores, y en caso de ser multado, recurrir a tribunales para probar el trabajo familiar.

Es entre las micro y pequeñas empresas donde más se presenta esta situación, generando entre estas y los órganos fiscalizadores la mayoría de las controversias, las que se resuelven según las circunstancias del caso concreto.

B.2.4 Reconocimiento en la legislación

Además del desarrollo que ha tenido en la jurisprudencia, el trabajo familiar es reconocido por importantes cuerpos de legislación que regulan instituciones específicas del derecho laboral, a pesar de que no existe precepto de orden declarativo o que delimite esta forma de trabajo. Tal vez las más importantes son las normas respecto a jornadas de trabajo y trabajo de menores. Sobre la primera, dice la Ley N° 11.544 de Jornada de Trabajo:

Artículo 1° - La duración del trabajo no podrá exceder de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales para toda persona ocupada por cuenta ajena en explotaciones públicas o privadas, aunque no persigan fines de lucro.

No están comprendidos en las disposiciones de esta ley, los trabajos agrícolas, ganaderos y los del servicio doméstico, ni los establecimientos en que trabajen solamente miembros de la familia del jefe, dueño, empresario, gerente, director o habilitado principal.

Respecto del trabajo de menores, la LCT prohíbe en su artículo 189 el trabajo de menores de 16 años. Sin embargo, el artículo siguiente señala:

¹⁴¹ "M.T.M. S.R.L. c/A.F.I.P. -D.G.I. s/impugnación de deuda", Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I, sentencia del 27 de febrero de 2009.

Art. 189. Bis — Empresa de la familia. Excepción.

Las personas mayores de catorce y menores a la edad indicada en el artículo anterior podrán ser ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres horas diarias, y las quince horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar(...).

Ambas disposiciones evidencian que el legislador argentino está al tanto del fenómeno del trabajo familiar, y que dadas sus notas características, es válido permitirle mayor flexibilidad en el uso de los recursos familiares, teniendo especial consideración que es en las microempresas donde con mayor frecuencia opera esta forma de trabajo.

B.3 Ajenidad como elemento delimitador

En las legislaciones extranjeras que se exponen en este capítulo, se observa cómo opera, en ciertas circunstancias, el desplazamiento del trabajo familiar del orden jurídico-laboral. No obstante este apartamiento se produce a través de diferentes mecanismos, en ambos casos es la ajenidad, como elemento esencial del contrato de trabajo, la que determina el estatuto aplicable a la prestación de servicios.

En España existen normas expresas que determinan detalladamente qué familiares y en qué condiciones pueden presumirse excluidos del orden jurídico laboral. Dichas exigencias - que *convivan en el hogar del empresario y estén a su cargo*-, son rasgos que desplazan la nota de ajenidad en la prestación de servicios, elemento que se considera literalmente en la definición legal de trabajador dependiente. Por tanto, se ha entendido que los artículos 1.3 e] del ET y 12.1 de la LGSS buscan facilitar la labor interpretativa de quien deba calificar jurídicamente una relación de trabajo, al señalar supuestos bajo los cuales se deberá presumir la no laboralidad de la prestación, permitiendo por supuesto, la posibilidad de derribar la presunción a quien esté interesado. Si no existieran estas disposiciones, la calificación jurídica en cada caso debiese ser la misma, pero luego de probar en la instancia correspondiente la concurrencia o no de los elementos esenciales de la relación de trabajo. En el mismo sentido, si un trabajador familiar no cumple con los presupuestos de las normas señaladas, de igual forma se puede justificar su apartamiento del orden normativo laboral, por la vía de probar el desplazamiento de la nota de ajenidad en sus servicios.

En Argentina, a diferencia del caso español, existe una elaboración de la doctrina y la jurisprudencia. La exclusión opera al analizar en el caso concreto si existe ajenidad en

la prestación de servicios. En atención a la definición legal de contrato de trabajo, de su presunción de aplicación, y en consideración del fenómeno social de contratación entre familiares, se elabora este apartamiento, de amplia aplicación. Ante la falta de norma expresa, se opta por una apreciación en concreto de que concurren los elementos del contrato de trabajo, el cual se presumirá por regla general. Es carga de quien alegue la exclusión probar que falta alguno de dichos elementos, cuando el trabajador forme parte con el familiar empresario de una misma comunidad económica de convivencia de la cual depende su sustento.

Capítulo III. El trabajo dependiente objeto de regulación

A. Características del trabajo objeto de regulación

Corresponde en esta sección analizar, desde una perspectiva dogmática, qué trabajo es objeto de regulación del Derecho del Trabajo. Luego de haber determinado cuáles son las relaciones sobre las que recaen las normas jurídico-laborales, se podrá precisar si al trabajo familiar, como se lo ha caracterizado en los capítulos anteriores, resulta conveniente normarlo aplicando las reglas generales del derecho laboral o, en su defecto, si es preferible la creación de un estatuto jurídico especial.

Como se podrá prever, no es correcto pensar que el Derecho del Trabajo está llamado a regular todas las relaciones laborales, sino solo aquellas que cumplen con ciertas notas que configuran un tipo de relación bastante particular, que será objeto del siguiente estudio. Acertadamente el profesor Montoya, previo a formular la interrogante que motiva este apartado, indica:

“La propia denominación de ‘*Derecho del Trabajo*’ no es sino una pura simplificación y, si me obligan ustedes a ser más terminante, no es sino una pura inexactitud, porque evidentemente no todo trabajo se incluye en el recinto ordenador de nuestra disciplina. ¿Qué trabajo es, entonces, el que despierta la atención del legislador hasta el punto de llevarle a edificar un Derecho nuevo, instrumentado sobre principios, sobre relaciones e incluso sobre normas particulares?”¹⁴².

A.1. Juridificación del trabajo objeto de regulación

Una primera aproximación para responder esta pregunta consiste en atender a la materia social objeto de regulación por parte de este ordenamiento, y su proceso de juridificación. El trabajo que interesa es aquel realizado voluntariamente en utilidad de un tercero para obtener de este un bien a cambio, relación que solo fue objeto de regulación a partir de la Revolución Industrial y la constatación de que resultaba indispensable estructurar nuevas técnicas instrumentales de organización social ante una forma de producción nunca antes presenciada¹⁴³.

¹⁴² Montoya, *Derecho y Trabajo*, 19.

¹⁴³ Irureta, «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente», 1.

Ante la caracterización puramente social del trabajo, fueron necesarias las técnicas jurídicas para transformar los elementos sociales descritos en categorías jurídicas, proceso que da origen al Derecho del Trabajo. Es a través de la invención de la institución del contrato individual de trabajo que se dota de forma jurídica específica a lo que hasta entonces era simple sustancia social, regulada en un principio por deficientes normas que se contenían en los códigos civiles decimonónicos, a propósito del arrendamiento de servicios, y posteriormente en difusa "legislación social". La formalización de la materia social que subyace al Derecho del Trabajo consiste en las siguientes conversiones: la voluntariedad se transforma en consentimiento contractual, trabajar para otro se torna en trabajar bajo dependencia y por cuenta ajena, y el interés por obtener un bien a cambio del trabajo pasa a ser derecho a la prestación retributiva¹⁴⁴.

A.2. El trabajo objeto de regulación

Esta caracterización jurídica del fenómeno social que subyace al trabajo objeto de regulación que recién se describió permite dar con las notas específicas de este, que tienden a variar ligeramente según algunos autores. Se trata del trabajo humano, libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente¹⁴⁵.

El estudio de cada una de estas notas permitirá identificar el tipo de trabajo que interesa al orden laboral. Es importante destacar que, no obstante las múltiples formas de prestación de servicios que no reúnan estas características están excluidas del ámbito de regulación del Derecho del Trabajo, estas no se encuentran desprovistas per se de normas tutelares. No hay conflicto en afirmar que la realidad general del trabajo humano es plurívoca en su reglamentación¹⁴⁶, sin embargo, la forma más extendida en nuestra realidad económica, y que ahora concita este estudio, es el trabajo desarrollado bajo la figura del contrato individual de trabajo.

1. El trabajo humano

El centro de interés del Derecho del Trabajo es el realizado por una persona natural. Esto significa que la primera gran distinción consiste en excluir del ordenamiento jurídico-

¹⁴⁴ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 21-22.

¹⁴⁵ En este sentido, se destaca a Irureta, «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente», 3; y Thayer, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 213. Para otros, se trataría del trabajo humano, libre, productivo y por cuenta ajena, desechando la nota de dependencia. Alonso Olea y Casas, *Derecho del Trabajo*, 45. Otra posición es la del profesor Montoya Melgar, para quien el trabajo objeto de regulación es el personal, útil, voluntario, dependiente, por cuenta ajena y continuado. Montoya, *Derecho y Trabajo*, 30.

¹⁴⁶ Irureta, «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente», 3.

laboral todas aquellas prestaciones no realizadas por humanos, sino por otros seres vivos, o el realizado por personas jurídicas, así como obviamente se descartan también los trabajos que provengan de fuerzas que operan fuera del control del hombre.

Trabajo humano es el que realiza la persona natural, ya sea manejando materia – trabajo manual–, bien usando signos o símbolos – trabajo intelectual–. Respecto del primero, no obstante entre la materia y el sujeto puede mediar la “herramienta”, la que a su vez puede estar controlada por otros seres vivos o fuerzas que previamente ha sujetado a su control a través de máquinas, lo que esencialmente califica al trabajo como humano es la presencia de este en el punto inicial de actuación, aunque existan diferencias profundas de esfuerzo, control y ritmo entre estos varios tipos de trabajo manual¹⁴⁷. Respecto del trabajo intelectual, es trascendental su exteriorización sensible mediante significaciones, que van desde los gestos hasta las fórmulas matemáticas, que añade la relación de alteridad, “esto es, el ir dirigidos a otro u otros distintos de quien los emite”¹⁴⁸. Solo en este caso, que el trabajo se ejecute para otro, interesa al ordenamiento laboral. De lo contrario, nos encontramos ante mera contemplación o meditación.

Este carácter humano del trabajo implica, además, que se realiza de forma personalísima, sin que se admita la intercambiabilidad del prestador. Esta prestación es “personalísima no ya en el sentido jurídico estricto de que sea debida por persona determinada sino, se insiste, en el, a la vez más amplio y sutil, jurídico también, de que empeña la persona del trabajador en su cumplimiento”¹⁴⁹.

2. El trabajo libre

El ordenamiento jurídico-laboral solo admite el trabajo libre, esto es, aquel en que la atribución originaria de las utilidades a otra persona deriva de un acto voluntario del trabajador. Lo opuesto es el trabajo forzado, propio de figuras históricas en las que el prestador de los servicios estaba privado de calidades subjetivas, en que la atribución de las utilidades del trabajo deriva de actos o relaciones independientes a la voluntad del trabajador, reducido a la condición de bien semoviente; y que no es permitido por esta disciplina normativa¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Alonso Olea y Casas, *Derecho del Trabajo*, 40.

¹⁴⁸ Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 53.

¹⁴⁹ Alonso Olea y Casas, *Derecho del Trabajo*, 56.

¹⁵⁰ Se trata de una prestación de servicio “predeterminada por la presencia de relaciones de dominio o *status* que sin más establecen respecto a unos la obligación de trabajar para otros”. Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 75-77.

Cómo explica desde una perspectiva sociológica Max Weber, la inclinación al trabajo siempre ha estado condicionada, o por un fuerte interés propio en el éxito o por la coacción mediata o inmediata. De un modo muy particular, en el trabajo como ejecución de disposiciones ajenas, la coacción puede consistir, en primer lugar, en la amenaza inmediata de violencia física u otros perjuicios, o segundo, en la probabilidad de perder los medios de vida en caso de rendimiento insuficiente¹⁵¹. Es el primer caso el que se opone al trabajo libre. Sobre los apremios económicos, es evidente que para la mayoría de la población existen exigencias que imponen al trabajador prestar sus servicios por cuenta ajena, frente a realizarlo por cuenta propia o no trabajar. En tal escenario, no nos hallamos ante compulsiones que invalidan el consentimiento, porque “la coacción inmediata que se habló desaparece, sino que emergen opciones adicionales en cuanto al tipo de trabajo a realizar y, sobre todo, en cuanto a la persona cesionaria de los frutos”¹⁵².

Sin embargo, la libertad así tratada se refiere solo al momento mismo del consentimiento de la relación. Esta debe referirse también a la vigencia de esta, lo que implica en primer lugar que se rechazan por el Derecho del Trabajo figuras tales como relaciones de dependencia laboral establecidas de por vida —extensibles a los herederos—, el pacto de autoventa de la propia libertad y la reducción voluntaria a la condición de esclavo. Otrora tradicionales formas de organizar el trabajo, resultan inadmisibles para un ordenamiento que tiene su origen en épocas en que la libertad e igualdad de la persona fueron y continúan siendo valores reconocidos por los textos jurídicos fundamentales¹⁵³.

En segundo lugar, también implica que el trabajo libre realizado en favor de un tercero, además de sujetar al trabajador a las instrucciones del empleador, esencialmente limita estas facultades. En el trabajo forzoso, las órdenes que se podían impartir carecían de toda limitación. La libertad de trabajo permite que el trabajador se sujete a las órdenes del empleador, quien debe determinar cómo, dónde, cuándo y cuánto debe producirse, pero esta potestad directiva debe limitarse a la habilidades o cualificaciones del trabajo, y a las funciones y trabajos determinados¹⁵⁴. Por lo demás, si el trabajo es libre, la persona que ejecuta los servicios tiene autonomía y voluntad propia sobre la fuerza de su trabajo, pudiendo negarse a realizar la actividad si así lo prefiere, no obstante la obligatoriedad jurídica que surge del acuerdo de voluntades¹⁵⁵.

¹⁵¹ Max Weber, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, 1922, Tomo I, Edición preparada por Johannes Winckelmann; nota preliminar por José Medina Echavarría. 2a. ed. (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1964), 120-121.

¹⁵² Alonso Olea y Casas, *Derecho del Trabajo*, 44.

¹⁵³ Irureta, «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente», 5.

¹⁵⁴ Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 79.

¹⁵⁵ Irureta, «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente», 4.

3. El trabajo productivo

La persona humana puede disponer de su esfuerzo para múltiples finalidades, dirigiendo su actividad para formación personal, al altruismo, o por supuesto, al entretenimiento de su ocio, situaciones todas en que el hombre trabaja. No obstante, ninguna de estas importa al Derecho del Trabajo, siendo objeto de su regulación el trabajo socialmente útil, o si se prefiere, aquel que es productivo por ser útil en el doble sentido, ya que aporta un beneficio tanto al que lo realiza como a su destinatario¹⁵⁶.

El trabajo es productivo en un primer sentido, porque a través de este el hombre se provee de los bienes económicos que requiere para subsistir. Consiste en “el trabajo remunerado y sustentador, esfuerzo del cual se vive y por el cual se recibe alguna retribución, por muy vocacional, grato, religioso o espiritual que sea el ánimo con que se realiza”¹⁵⁷. Por lo general, será a través de la remuneración la forma en que se compensa al trabajador por poner sus labores a disposición del empleador, la que es por tanto principal indicio de que el trabajo es productivo en este primer sentido.

La esperable consecuencia del trabajo productivo individual será generar una productividad o rentabilidad social, que servirá “para satisfacer las necesidades de la comunidad a través de los complejos procesos de intercambio de una sociedad montada, como las contemporáneas, sobre la división del trabajo”¹⁵⁸. Por lo general, el receptor inmediato de los servicios será el empresario, que produce bienes y servicios no para su propio consumo, sino para la colocación de estos en el mercado a disposición de terceros consumidores, quienes retribuyen a la empresa mediante el pago de un precio, a su vez que la empresa paga a sus trabajadores una remuneración¹⁵⁹.

En consecuencia, los trabajos a título gratuito, los amistosos o benévolo, los de complacencia, los trabajos desinteresados y los basados en vínculos meramente personales, carecen de relevancia jurídica para el ordenamiento laboral¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 19-20.

¹⁵⁷ Thayer, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 213-214.

¹⁵⁸ Alonso Olea y Casas, *Derecho del Trabajo*, 41-42.

¹⁵⁹ Thayer, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 213-214.

¹⁶⁰ Irureta, «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente», 6.

4. El trabajo por cuenta ajena

La nota de ajenidad es probablemente el concepto doctrinario más importante a tratar en este texto, en consideración del tema que lo motiva –el trabajo familiar–. Los autores que en este apartado se comentan lo elevan a la categoría de elemento esencial de la relación individual de trabajo, y otros van más allá, atribuyéndole ser el rasgo definitorio de la relación laboral, característica que acompañada de las recién descritas, configuraría una relación de trabajo relevante para el Derecho del Trabajo. Esto porque los demás elementos se encuentran también en diferentes formas de prestación de servicios, propias de otros subsistemas jurídicos.

Del trabajo humano resulta por lo general la producción de ciertos frutos. Como decía Adam Smith, “el producto del trabajo constituye la recompensa natural. En el estado originario de la sociedad que precede a la apropiación de la tierra y a la acumulación de capital, el producto íntegro del trabajo pertenece al trabajador”¹⁶¹. Sin embargo, la realidad social sobre la que opera el Derecho del Trabajo es la opuesta, siendo esta donde los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a una persona distinta de quien ha ejecutado el trabajo¹⁶². Desde la Revolución Industrial asistimos a un régimen económico en que el empresario es por lo general persona ajena al oficio, en que posee los medios productivos – de los cuales carece el trabajador–, pero no practica las faenas propias de la industria, limitándose en algunas ocasiones a la dirección de las labores, y en otras exclusivamente a aportar el capital, delegando en terceros la organización empresarial.

Es la relación de ajenidad, estructurada jurídicamente como contrato individual de trabajo, la que permite la atribución inicial de los frutos al empresario. Como dice el profesor Montoya: “La relación jurídica de trabajo es, pues, el cauce jurídico por el que, continuadamente en el tiempo, se atribuye una utilidad patrimonial a persona distinta de la que en principio debería ser su titular”¹⁶³. En virtud de esta relación jurídica, el trabajador cede al empresario la utilidad patrimonial de un trabajo futuro, lo que implica que dichas utilidades generadas por los servicios realizados por el trabajador no pertenecen en ningún momento a este. En modo alguno se contradice la relación descrita con el hecho de que el trabajador perciba una remuneración, ya que esta se distingue jurídica y económicamente de la utilidad real de su trabajo¹⁶⁴.

¹⁶¹ Adam Smith, *Investigación sobre la Naturaleza y causas de la Riqueza de las Naciones*, 1776, 2a. ed. (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1958), 63.

¹⁶² Alonso Olea y Casas, *Derecho del Trabajo*, 43-44.

¹⁶³ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 23.

¹⁶⁴ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 23.

Continuando con el profesor Montoya, el actuar por cuenta de otro no es una figura exclusiva del Derecho del Trabajo. Se ubica también en diversas relaciones que importan a otras áreas del Derecho, como en la representación, el mandato, el gestor de negocios ajenos, el comisionista o el administrador. ¿Pero qué particularidad tiene este elemento en el contrato individual de trabajo, que lo diferencia de las figuras mencionadas? Repasar las distintas explicaciones con que la doctrina ha desarrollado este concepto permitirá entender porqué es considerado por algunos autores como rasgo definitorio de la relación laboral¹⁶⁵.

a) Ajenidad en la disposición del trabajo

La primera tesis con que se ha intentado explicar este elemento es la de la ajenidad en la disposición del trabajo, según la cual el trabajador por cuenta ajena no dispone ni ordena el trabajo propio. Sin embargo, esta posición lo que hace es confundir la ajenidad con la dependencia, elemento complementario (o consecuencia de la ajenidad, dirán algunos autores) que trataremos en el siguiente apartado, y que explica la potestad de dirección destinada a ordenar la ejecución de los servicios, pero que no da cuenta del aspecto patrimonial de la relación, que es el que caracteriza al vínculo de ajenidad¹⁶⁶.

b) Ajenidad en los riesgos

La segunda tesis es la de ajenidad en los riesgos, que tiene a su vez dos acepciones que difieren únicamente en la perspectiva desde donde se origina el análisis. En un sentido económico, habría relación laboral ahí donde el trabajador es ajeno frente a los riesgos de la empresa. Por otra parte, y desde una perspectiva jurídica, el trabajador es ajeno a los riesgos de pérdida del salario cuando el trabajo resulte de imposible ejecución¹⁶⁷.

En primer lugar, que el trabajador sea ajeno a los riesgos de la empresa no explica satisfactoriamente la particularidad de la ajenidad en la relación laboral, correspondiendo más bien a una consecuencia de esta. Es evidente que en un sistema económico de mercado es el empresario quien debe responder por la actividad que realiza en beneficio propio y bajo su dirección – ya sea directamente o representado. Esta perspectiva económica no es sino consecuencia de la ajenidad jurídica, que no parece del todo

¹⁶⁵ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 24

¹⁶⁶ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 24.

¹⁶⁷ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 25.

explicada por esta tesis. No está de más agregar, respecto de la ajenidad en los riesgos de pérdida del salario – la acepción jurídica de esta tesis–, que las legislaciones laborales han conocido y avalado hipótesis legales¹⁶⁸ y contractuales en que el trabajador debe asumir el riesgo de pérdida de la remuneración – o parte de este– ante la imposibilidad de realizar la prestación de servicios o por no alcanzar los resultados preestablecidos, a pesar de que el trabajador se mantiene inserto dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, y de que esta última aproveche los resultados de su trabajo. Casos que por cierto son actualmente inexistentes respecto del sueldo base, donde prima el principio de certeza de la remuneración¹⁶⁹, y entendiendo que una de las consecuencias de que la ajenidad – adecuadamente comprendida, como se la procederá a caracterizar– sea elemento esencial del vínculo laboral, implica que la remuneración no puede quedar sujeta a contingencias ajenas al “cumplimiento de la obligación de prestar servicios; esto determina la existencia de un núcleo remuneracional esencial, que no admite condición o restricción de ningún tipo y que se determina exclusivamente en función de la medición de la prestación de servicios”¹⁷⁰.

Además, hay que reconocer que la ajenidad no implica indiferencia del trabajador por el desenvolvimiento de la empresa, lo que no queda del todo claro bajo esta particular forma de comprender este elemento. Es cierto que, en un primer momento, el riesgo debe ser asumido por el empresario, pero un mayor provecho de este beneficia a los trabajadores, ya sea aumentando los salarios cuando estos tienen algún grado de sujeción a las utilidades del negocio, o bien garantizando estabilidad en los empleos. Como contrapartida, resulta evidente que los malos resultados pueden obligar a terminar la relación contractual, o bien modificar los términos de esta para poder continuarla en el tiempo, de acuerdo a las necesidades de la empresa¹⁷¹.

¹⁶⁸ Por ejemplo, el trabajo a destajo, figura contractual en que la remuneración está sujeta a la producción del trabajador, contenida en el CT de 1931. En el actual Código, no obstante se establece en el artículo 42 letra a) el sueldo base obligatorio en la relación laboral, el mismo artículo admite que parte de la remuneración sea “variable”, concepto que es definido por el artículo 71 del mismo.

¹⁶⁹ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 4676/116», de fecha 25 de octubre de 2005, acceso el 31 de enero de 2019, <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-88274.html>. No obstante, el mismo dictamen señala: “si el trabajador se encuentra impedido para dar cumplimiento a su obligación básica de prestar servicios por causas imputables a él y no al empleador, éste último se libera de dar cumplimiento a las obligaciones correlativas que le impone el contrato de trabajo, esto es, la de proporcionar el trabajo convenido y la de pagar la remuneración acordada”.

¹⁷⁰ Lautaro Fariña, «Remuneración Variable: Elemento diferenciador y relación con las remuneraciones participativas», *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 6, N° 11 (2015), 95.

¹⁷¹ Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 33.

c) Ajenidad en los frutos

La tercera posición es la tesis de la ajenidad en los frutos, según la cual la nota esencial del trabajo objeto de regulación es la traslación automática y originaria de los frutos del trabajo al patrimonio del empresario.

Si bien el profesor Montoya considera esta elaboración más satisfactoria, no le parece del todo adecuada, formulando tres objeciones. En primer lugar, una crítica conceptual. Afirma que no es preciso identificar los frutos con los productos o resultados del trabajo, pues estos difieren uno del otro, en cuanto “las manufacturas y productos del taller y fábrica no pueden reputarse frutos industriales de otro bien al que habría que calificar como principal, sino que son ya principales”¹⁷². Por lo demás, la doctrina en derecho civil distingue entre frutos y productos, donde el primero es lo que produce periódicamente una cosa, según su destino natural y sin desmedro o disminución sensible de su substancia, mientras que producto son los rendimientos que no se producen periódicamente, y que implican alterar la sustancia de la cosa. Conceptos que no logran explicar con precisión la ajenidad en el contrato de trabajo.

Más cercano, aunque inadecuado de todas formas, aparecen los “frutos civiles”. El Código Civil los define en el artículo 647 cómo: *los precios, pensiones o cánones de arrendamiento o censo, y los intereses de capitales exigibles, o impuestos a fondo perdido*. Este concepto explica las utilidades que genera al empresario el provecho de su negocio, pero no permite esclarecer la cesión que realiza el trabajador en favor del primero. Tampoco parece apropiado el uso del concepto de “frutos industriales”, que son los que se producen con la ayuda de la industria humana (como el vino, o algunos aceites)¹⁷³. Además, si los productos del trabajo fuesen efectivamente frutos, sería común encontrar situaciones en que los frutos serían de mayor valor que el bien principal, en este caso que el centro de trabajo del que provienen¹⁷⁴.

La segunda objeción a la tesis de la ajenidad en los frutos trata sobre el fondo del asunto, por cuanto no define el trabajo objeto de regulación por el ordenamiento laboral. Como se mencionó, en otras figuras de prestación de servicios existe atribución de resultados a persona distinta de quien ejecuta los servicios, rendimientos que si entendemos como frutos, no permitirían explicar la peculiaridad del actuar por cuenta ajena

¹⁷² Montoya, *Derecho y Trabajo*, 26.

¹⁷³ Daniel Peñailillo, *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 90.

¹⁷⁴ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 26.

en la relación laboral. Así, por ejemplo, en los servicios realizados por “profesionales libres” en régimen de arrendamiento civil de servicios, el cliente aprovecha de inmediato los “frutos” de su trabajo.

Finalmente, la tercera objeción, muy similar a la anterior pero en el contexto de la relación laboral, consiste en que los resultados del trabajo no siempre ingresan al patrimonio del empresario de forma automática y originaria, como definimos en un comienzo de este apartado. Por el contrario, en muchos casos, y por regla general en ciertas industrias, los productos del trabajo se desplazan automáticamente a terceros – clientes–, sin que en algún momento pasen a integrar el patrimonio del empresario. Este es el caso, por ejemplo, del mecánico del taller automotriz, que destina el producto de su trabajo originariamente al cliente que deja su auto en la faena para ser reparado.

Así resume el profesor Montoya las tesis, con sus respectivas críticas, que la ciencia jurídica ha elaborado para explicar la particularidad del trabajo por cuenta ajena como elemento definitorio de la relación laboral.

d) Ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo

Por su parte, el mismo autor plantea una explicación distinta a la noción de ajenidad en la disposición, en los riesgos o en los frutos. Sostiene que lo que en rigor traslada el trabajador al empresario no son frutos o productos, sino más exactamente, utilidades susceptibles de valoración económica¹⁷⁵. Es lo que denomina *ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo*. Así se resuelve la situación en que el resultado directo del trabajo aprovecha a un tercero distinto del empresario, pues éste último es quien finalmente se hace de la utilidad patrimonial derivada del trabajo, y se consigue sin recurrir a figuras propias de otras áreas del derecho descontextualizadas en el orden jurídico-laboral.

El profesor Alonso Olea difiere al respecto, al insistir en utilizar la noción de ajenidad en los frutos para explicar este elemento, pero con la indicación de que la expresión *fruto* debe ser entendida en el amplio sentido de abarcar “toda resultante del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual, tenga valor por sí mismo o lo tenga asociado al resultado del trabajo de otros hombres, consista en un bien o consista en un servicio; de ahí que pueda afirmarse que la ajenidad refiere a *la utilidad patrimonial del trabajo*”¹⁷⁶. Sobre la atribución originaria y directa de estos frutos del trabajo, para el profesor Alonso Olea se

¹⁷⁵ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 27-28.

¹⁷⁶ Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 74.

realiza automáticamente al empresario quien, a su vez, en su papel de intermediario, realiza una atribución instantánea en favor de un tercero. De tal forma que el trabajo aparece como prestado por el trabajador a este tercero, "(...) y el primer cesionario de los frutos como un intermediario; como realmente lo es, puesto que su papel es en este supuesto coordinador de servicios que provienen de los trabajadores para su ofrecimiento al público"¹⁷⁷.

En lo fundamental las diferencias son sólo aparentes. En ambos casos es la misma noción, más allá de que el profesor Alonso Olea opte por mantener el concepto de frutos, en su versión "amplia", o de quién – empleador o cliente– integre estos a su patrimonio de forma directa y originaria, puesto que finalmente quien aprovechará las utilidades del trabajo será en cualquier caso el empresario.

Para concluir, parece ser el concepto de ajenidad en la utilidad patrimonial del trabajo, como lo explica el profesor Montoya, la forma adecuada de comprender este elemento esencial de la relación laboral. Así, se aprecia nítidamente como el trabajo por cuenta ajena se opone al trabajo autónomo, es decir, aquel en que quién trabaja retiene la titularidad inicial del producto de su trabajo, no obstante pueda disponer a través de otras figuras jurídicas de dichos bienes o servicios a terceros.

5. El trabajo dependiente

La relación de ajenidad, entendida como la atribución original y directa de la utilidad patrimonial del trabajo al empleador, resulta incompleta si no se acompaña de la atribución paralela de potestad que le permita la dirección de los servicios para el fin que el empresario los requiera. Me refiero a la nota de dependencia, concepto que ha servido de forma tradicional para las legislaciones latinoamericanas¹⁷⁸, al igual que a un amplio sector de la doctrina nacional y extranjera¹⁷⁹, para delimitar las actividades que merecen protección por el ordenamiento laboral; criterio delimitador que nunca ha estado exento de críticas, y que en su concepto clásico, se ha visto ampliamente superado por las modernas formas de prestación de servicios, lo que ha obligado a quienes optan por conservar este elemento como nota fundamental, a reformularlo.

¹⁷⁷ Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 74.

¹⁷⁸ Oscar Ermida y Oscar Hernández, «Crítica de la Subordinación», Parte I. *Revista Laboral Chilena*. Abril 2002, 69.

¹⁷⁹ Entre otros: Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 34; Melis y Sáez, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, 41; Palavecino, «La subordinación laboral», 77.

Algo se adelantó sobre este tema en el capítulo anterior, al tratar los elementos esenciales del contrato individual de trabajo, según la definición del artículo 7 del CT. Entonces, se afirmó que por lo general los autores hablan indistintamente de subordinación y dependencia, que para nuestra legislación esta es la nota que define el objeto de las normas jurídico-laborales, y que la noción clásica de la relación de dependencia –como el vínculo de sujeción del trabajador y el correlativo poder de mando del empleador–, se ha visto ampliamente superada por el fenómeno de la flexibilidad en la contratación laboral moderna.

En este apartado se profundizará en el estudio de este elemento, siguiendo como esquema las distintas posiciones en doctrina en torno a la función tipificadora de la relación laboral del vínculo de dependencia. No es azaroso seguir este criterio, porque lo que interesa respecto el vínculo de dependencia no es exponer en extenso de su desarrollo doctrinal y legal. Lo importante es buscar solución a un problema en concreto:

“El hecho de que el Derecho del Trabajo se originara como un desprendimiento del Derecho Civil, unido a la circunstancia de que la prestación del trabajo se desarrolla en el marco de un complejo mundo de relaciones, muchas de las cuales son objeto de regulación por parte de diversas disciplinas jurídicas, supuso, desde el inicio de su evolución, la necesidad de establecer criterios teóricos que delimitaran su ámbito de aplicación en relación con otras áreas del Derecho”¹⁸⁰.

La cuestión sobre los límites entre subsistemas jurídicos es lo que interesa analizar.

5.1. Trabajo dependiente como elemento delimitador de la relación laboral

Según entienden los autores nacionales y extranjeros que en este apartado se estudian, la dependencia es el elemento determinante para la aplicación del Derecho del Trabajo. Como se dijo, para nuestro ordenamiento jurídico-laboral este es uno de los elementos esenciales del contrato individual de trabajo –en conjunto con la prestación de servicios personales y la remuneración–, y en general los autores nacionales están de acuerdo en que es la nota que permite la aplicación de las normas tutelares del mismo.

El profesor Walker Linares, comentando el Código del Trabajo de 1931, en específico la definición de contrato de trabajo que se establecía en el artículo 1, que no

¹⁸⁰ Ermida y Hernández, «Crítica de la Subordinación», Parte I, 67.

hacía referencia a la subordinación, decía a mediados del siglo XX: “Aun cuando en la definición no se lo diga expresamente, todo contrato de trabajo supone un vínculo de subordinación o de dependencia jurídica y económica entre el dador del trabajo y el que va a ejecutarlo”¹⁸¹. En otra de sus obras, comenta al respecto:

“(…) caracteriza a este contrato el vínculo de dependencia que existe entre el que desempeña el trabajo y aquel que lo ha ordenado, siendo principalmente tal vínculo de dependencia o subordinación, jurídico-económica, el que lo diferencia de los contratos del derecho común; en el contrato de trabajo, el patrón o empleador manda, y el obrero o empleado debe obedecer”¹⁸².

De forma similar, el profesor Macchiavello señala: “la subordinación es un elemento esencial porque sin ella el contrato degenera en otro diferente”¹⁸³, y entre los diversos autores modernos que tampoco abandonan esta línea, afirma el profesor Palavecino: “el elemento diferencial o característico - tipificante- de la relación de trabajo es, precisamente, la subordinación o dependencia”¹⁸⁴. Pero más allá de las afirmaciones que resaltan su valor, ¿qué es lo que se debe entender por este elemento? Corresponde en este apartado exponer algunas posiciones sobre la subordinación como característica esencial de la relación de trabajo.

a) La subordinación en su sentido tradicional

Hace ya un siglo, el clásico autor italiano, Ludovico Barassi, para quien la subordinación determina la aplicación de la legislación social, definió este elemento como “la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador”¹⁸⁵. En su *Tratado del Derecho del Trabajo*, Barassi desarrolla así el contenido de este elemento:

“(…) debemos considerar la subordinación como limitación de autonomía en el trabajador que debe dar sus energías: a) para fines que no le conciernen de modo

¹⁸¹ Francisco Walker, *Esquema del derecho de trabajo y de la seguridad social en Chile* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965), 70

¹⁸² Francisco Walker, *Nociones elementales de derecho del trabajo*, 5a. ed. refundida (Santiago: Editorial Nascimento, 1957), 178.

¹⁸³ Macchiavello, *Derecho del Trabajo: Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas*, 154.

¹⁸⁴ Palavecino, «La subordinación laboral», 76. Así también podemos mencionar al profesor Gamonal, quien afirma: “Desde sus inicios el elemento que caracterizó el trabajo regulado por el derecho laboral fue la subordinación”. Sergio Gamonal, *Fundamentos de Derecho Laboral*, 4a. ed. actualizada (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 3.

¹⁸⁵ Ludovico Barassi citado por Ermida y Hernández, «Crítica de la Subordinación», Parte I, 69.

primario, ya que normalmente pertenecen a quién ha estipulado el contrato con él (...); b) según las directivas impuestas (...) por el contratante a quien se presta el trabajo (...); c) que el trabajo debe ejecutarse con el control constante y a riesgo del empleador”¹⁸⁶.

Opta por una fórmula muy amplia y dúctil, sin dar en esta obra con una definición propia de este elemento¹⁸⁷. Además, afirmaba que, para apreciar la dependencia en una prestación de servicios, era necesario comprenderla como un “tipo” y no un “concepto”, lo que permitiría a la jurisprudencia determinar a través de un análisis en concreto de la relación la primacía de la subordinación, o por el contrario, que corresponde a un caso de trabajo autónomo¹⁸⁸.

b) Subordinación como un tipo normativo

La distinción entre tipo y concepto consiste en las diferencias acerca de cuál debe ser la metodología de aplicación de la subordinación como criterio de calificación de la relación laboral, discusión que ha sido desarrollada por doctrina extranjera, y que el profesor Ugarte bien resume. Básicamente, se han opuesto dos métodos, el subsuntivo y el tipológico. En el primero, la subordinación opera como un concepto jurídico elaborado mediante una definición que describe en forma exhaustiva los elementos necesarios para su calificación, la que debe verificarse necesariamente por la vía de un juicio de identidad entre la figura normativa y el caso concreto. En consecuencia, la mínima discordancia entre estas importa rechazar la aplicación de las normas de tutela laboral al caso en cuestión.

La otra alternativa considera la subordinación como un tipo normativo, que de modo abierto y aproximado describe una determinada condición que debe ser correspondida por los hechos a ser calificados, que deberán verificarse por medio de un juicio de semejanza entre el tipo normativo y el caso concreto. Este es el método que corresponde aplicar para que la subordinación opere como criterio de calificación de la relación laboral. Como un

¹⁸⁶ Ludovico Barassi, *Tratado de Derecho del Trabajo*. Versión castellana de Miguel Sussini (Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953), 339-340.

¹⁸⁷ Si bien en *Tratado de Derecho del Trabajo* no da una definición propia de subordinación, hace suya la “fórmula exacta” empleada por una sentencia extraída de la Magistratura del Lavoro, Génova, 31 diciembre 1945, en “Il diritto del lavoro”, 1946, I, 82; Dice esta definición: “consiste en la dependencia jerárquica y disciplinaria que vincula la libre actividad del individuo a las órdenes, limitaciones e iniciativas unilaterales del empleador cuya en organización técnica y administrativa es absorbida”. Barassi, *Tratado de Derecho del Trabajo*, 394.

¹⁸⁸ Urzúa, *El Vínculo de Subordinación o Dependencia*, 13.

juicio de semejanzas, que opera mediante un sistema de indicios elástico, en que se exige la concurrencia de un número suficiente que permita sostener esta correspondencia¹⁸⁹.

Esta estructura abierta, por la que ha optado la doctrina y casi intuitivamente aplicado la jurisprudencia, conduce directamente al sistema de indicios. Este, en palabras de Alain Supiot, consiste para el juez, en:

“(…) proceder a una evaluación de un conjunto de la relación de trabajo que debe calificar (modalidades de remuneración, propiedad de los medios de producción, organización del tiempo de trabajo, tipos e intensidad de los controles ejercidos, etc.) y en examinar si existe un número suficiente de indicios de una relación de autoridad. Lo particular de esta técnica es que ninguno de esos indicios puede ser considerado por sí mismo como determinantes”¹⁹⁰.

c) Tipo paradigmático de subordinación en nuestra cultura jurídica

En Chile no existe duda sobre la aplicación de esta metodología. Según la profesora Irene Rojas, nuestra jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, ha requerido de elementos externos que demuestren la presencia de la subordinación en la relación laboral. La autora destaca en su estudio las manifestaciones concretas más utilizadas por la jurisprudencia, entre las que están las siguientes: obligaciones de asistencia, cumplimiento de horario de trabajo, subordinación a instrucciones y órdenes, prestación de servicios en forma continuada y permanente, jornada de trabajo, fiscalización superior, dirección y control, supervigilancia, supervisión directa, concurrencia al lugar de trabajo, trabajar en el mismo lugar en que se encuentra el empleador, depender jerárquicamente dentro de la empresa, dar cuenta de la labor realizada, y exclusividad en los servicios¹⁹¹.

Sin embargo, estos signos demostrativos son evidencia de una línea conductora tradicional arraigada en nuestra comunidad laboral respecto del tipo abierto de subordinación que calificaría la relación objeto de protección, fuente de discusiones sólo

¹⁸⁹ José Luis Ugarte, «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», en *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo: en el proceso de transformación de la empresa*, 1a. ed. (Santiago: Editorial LexisNexis, 2005), 112-114. En un sentido similar: Gamonal y Guidi, *Manual del Contrato de Trabajo*, 50.

¹⁹⁰ Alain Supiot, citado por Ugarte, «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», 117. En el mismo sentido se explica el método de los indicios en Manuel Palomeque y Manuel Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, 16a. ed. (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008), 491.

¹⁹¹ Rojas, *Derecho del Trabajo*, 15-16. Una lista muy similar aportan en sus respectivas investigaciones: Melis y Sáez, *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*, 42; Urzúa, *El Vínculo de Subordinación o Dependencia*, 90-92.

en las últimas décadas en Chile, y desde largo tiempo en el extranjero. Representa muy bien esta posición un fallo de 2003 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al explicar:

“El que ejecute la actividad laborativa lo haga bajo la dependencia y subordinación de la parte contratante, es decir, que el trabajador debe ser dirigido directamente por el empleador, generalmente en su local, bajo sus reglas y dentro de un determinado sistema organizativo”¹⁹².

Los profesores Thayer y Novoa describen esta noción de subordinación, que explican es heredada del esquema de la empresa decimonónica, refiriéndose a los 4 aspectos que se le atribuyen tradicionalmente¹⁹³:

- Subordinación moral: Por esta se obliga al trabajador a respetar al empresario, siendo su incumplimiento causal de caducidad del contrato. De cualquier forma, se entendía que este deber de respeto es recíproco entre ambas partes contratantes.

- Subordinación técnica: Implica que el empleador tiene mejor dominio del oficio que el trabajador, quien debe sujetarse a sus instrucciones técnicas sobre la forma en que debe realizar su trabajo.

- Subordinación económica: Supone una preeminencia del factor capital sobre el trabajo, en cuanto quienes aportan el primero organizan la empresa y disponen de los medios de producción para que el trabajador, una especie de invitado, ocupe un cargo en función de estos. Entendida como dependencia económica, consiste en suponer que el trabajador depende exclusivamente de la remuneración que le otorga el empresario para sobrevivir.

- Subordinación jurídica: La empresa es una entidad jerarquizada, en donde cada uno en su posición tiene un ámbito de poder y está sujeto a la autoridad de otro.

Esta noción de subordinación tradicional va de la mano con una forma paradigmática o “típica” de prestación de servicios, consistente en la:

¹⁹² Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 372-02, Sentencia de 05 de agosto de 2003 citada por Ugarte, «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», 118.

¹⁹³ Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 36.

“(...) prestación de trabajo mediante el pago de un salario, en virtud de una relación directa entre el empleador y el trabajador, ejecutada en el recinto de la empresa y dentro del marco de una regulación que protege al trabajador contra el despido injustificado”¹⁹⁴.

La posición tradicional ha concebido una noción estricta de subordinación, que consistiría en las órdenes y el control directo e inmediato del empresario sobre la prestación de servicios. Noción que estaría justificada por el modelo predominante de empresa del Chile del siglo XX, denominado fordista, en donde el trabajo se ejecutaba en unidades cerradas, físicamente integradas y bajo el directo control del empresario¹⁹⁵.

Es evidente que esta noción de relación de trabajo típica no cubre la totalidad de las relaciones laborales actuales, por lo que es objeto de cuestionamientos que necesariamente repercuten en la concepción de subordinación que la sustenta. Por lo demás, las nuevas formas de contratación, justamente conocidas como atípicas, han experimentado gran crecimiento en las últimas décadas, caracterizándose por atenuar, e incluso hacer desaparecer la subordinación tal como se la ha concebido tradicionalmente. Al desvanecerse este vínculo, la relación no califica para ser tutelada por el Derecho del Trabajo, deviniendo el trabajador en autónomo o independiente.

Esto ha obligado a quienes defienden la subordinación como criterio de calificación de la relación laboral a buscar un sustento conceptual distinto, que permita integrar estas formas de trabajo de manera coherente mediante un esfuerzo dogmático. Y en general, hay acuerdo en que la solución no es desechar este criterio, sino adaptarlo a la realidad de las relaciones laborales actuales, y en particular, realizar esta reformulación considerando el concepto de empresa.

d) Nuevas nociones de subordinación

En primer lugar, y así lo ha entendido en general quienes en doctrina defienden reformular este elemento, es solo la subordinación *jurídica* la que interesa como elemento esencial de la relación de trabajo. Se descarta así la subordinación moral, por cuanto el respeto exigido es recíproco y no aporta sustento a la calificación de la relación de trabajo. Tampoco lo hace la subordinación técnica, puesto que cada vez son más habituales las labores especializadas realizadas por técnicos o profesionales con mejor dominio del oficio

¹⁹⁴ Arturo Bronstein, citado por Palavecino, «La subordinación laboral», 76.

¹⁹⁵ Ugarte, «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», 118.

que el empresario, cuya cualificación en muchos casos es nula. La dependencia económica debe ser descartada por ser una situación que podría eventualmente faltar –sobre todo considerando que la legislación acepta el pluriempleo–, y que no justifica de forma coherente la aplicación de las normas laborales, por cuanto existen múltiples casos de trabajadores autónomos dependientes económicamente de una empresa. Y respecto a la subordinación del trabajo al capital, es una forma distinta de denominar a la ajenidad como elemento tipificante de la relación de trabajo, que justificaría la regulación tutelar. Explicación que los autores que en este apartado se comentan en general no desechan, pero prefieren centrar la justificación en una nueva noción de dependencia.

Los profesores Ermida y Uriarte, a propósito de las “fugas”¹⁹⁶ de algunas relaciones de trabajo del derecho laboral, sostienen que la subordinación –en conjunto con la ajenidad–, es aún característica esencial del tipo de prestación de servicios que regula el Derecho del Trabajo. Pero el concepto de este elemento “requiere ser examinado a la luz del marco que plantean las nuevas relaciones laborales, revisándose los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido empleando tradicionalmente para determinar los supuestos”¹⁹⁷.

En opinión del profesor Palavecino, esta extinción de la subordinación en las nuevas formas de contratación, que se mencionó en el apartado anterior, es más aparente que real, pues en estas relaciones atípicas nos encontramos ante una dependencia encubierta. Pero para dar con el correcto sentido de esta, explica, es necesario comprender la relación de trabajo como un vínculo entre el trabajador con una organización preestablecida, con un orden objetivo, cual es la empresa¹⁹⁸. Ya fue estudiada en su aspecto económico en el capítulo primero, pero ahora es su sentido jurídico el que será útil para resolver la cuestión sobre la subordinación.

La empresa es una organización dotada de una individualidad legal determinada, que no es otra que la personalidad jurídica, puesto que por regla general se estructuran como sociedades. Como señala el Código Civil en su artículo 2053, y como se concibe en derecho comparado, *la sociedad forma una persona jurídica, distinta de los socios individualmente considerados*. Persona jurídica con quien contrata sus servicios el trabajador, y que reemplaza la figura tradicional del empleador de “carne y hueso”. Al

¹⁹⁶ Concepto con el que hacen referencia a la colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, por efecto de necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo. Ermida y Hernández, «Crítica de la Subordinación», Parte I, 72.

¹⁹⁷ Ermida y Hernández, «Crítica de la Subordinación», Parte II, 69. De forma muy similar, la profesora Lanata estima que “el camino es dar nuevos alcances al concepto de subordinación”. Elemento al cual le atribuye ser el único suficiente por sí solo. Lanata, *Contrato Individual de Trabajo*, 103.

¹⁹⁸ Palavecino, «La subordinación laboral», 77-78.

incorporarse el trabajador a esta organización, queda sujeto al orden en que esta se encuentra estructurada. No queda entonces el trabajador sometido a la voluntad de una sola persona, sino a normas objetivas y generales, necesarias para la más eficiente explotación del negocio y para el mejor desempeño de la función que al trabajador le cabe para el cumplimiento de los fines de la empresa. Así entendido el vínculo de subordinación, se define como la inserción del trabajador dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa¹⁹⁹. Es justamente en este sentido como el profesor Plá caracteriza a la subordinación jurídica²⁰⁰. De esta forma, se abandona la idea del trabajador sometido a las directrices emanadas de la voluntad subjetiva del empresario –persona natural , por la incorporación del trabajador a un orden objetivo.

Una argumentación similar desarrolla el profesor Ugarte, quien opta por una noción funcional de la subordinación, estructurada sobre los rasgos productivos de la relación. Contrastando la noción tradicional de dependencia, que denomina estricta o “física”, con una noción amplia o “productiva” de este elemento, explica que la diferencia está en una atenuación de los indicios vinculados a hechos físicos y espaciales que den cuenta de una sujeción del trabajador al empleador, por una acentuación de determinados rasgos de cooperación. En sus propias palabras:

“La construcción de un tipo funcional de la subordinación significa que ésta corresponde a la dirección que un sujeto de derecho, denominado empleador, efectúa de la actividad que coordinadamente ejecuta otro para él, quien se incorpora en forma continuada a la esfera productiva que controla el primero”²⁰¹.

De esta forma, toman relevancia otros rasgos indiciarios de subordinación, tales como la sujeción a un estatuto, la propiedad de la infraestructura o recursos utilizados, la coordinación informática, la modalidad de la prestación o la forma de la compensación, entre otras. Manifestaciones concretas que no reemplazan a aquellas que dan cuenta de la noción clásica de subordinación, sino que complementan y expanden el sistema indiciario que debe utilizar quien realice el ejercicio de calificación de la relación de trabajo. De esta forma, se avanza hacia una noción menos definida de subordinación, pero más amplia y elástica, que permite integrar de forma coherente a los trabajadores que gozan de autonomía en la ejecución de su trabajo o que poseen capacidades altamente especializadas que hacen imposible la sujeción a instrucciones de parte del empleador, no

¹⁹⁹ Palavecino, «La subordinación laboral», 77-78.

²⁰⁰ Américo Plá, *Curso de Derecho Laboral* (Montevideo: Editorial Acali, 1978), 24.

²⁰¹ Ugarte, «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», 120.

obstante están insertos a un orden objetivo dentro de una organización en la cual tienen una función determinada para la consecución de ciertos fines, ajenos por cierto. Me refiero, por ejemplo, al trabajo de quienes ejercen profesiones liberales o en modalidad de teletrabajo.

El profesor Montoya, también crítico de la noción clásica de dependencia, afirma que esta se debe entender como el sometimiento del trabajador a los poderes del empresario, esto es, poder de dirección, poder reglamentario y poder disciplinario²⁰². No es de extrañar que su posición sea muy similar a la que maneja actualmente en líneas generales la jurisprudencia y gran parte de la doctrina española, que la comprende como el sometimiento del trabajador al círculo rector y disciplinario del empleador²⁰³. Posición que también sostienen, entre otros, los profesores Thayer y Novoa, considerando que la dependencia se origina en una decisión libre que adopta el trabajador para poner a disposición de la organización productiva su tiempo, conocimientos y capacidades, para que el empleador las ordene en un plano estrictamente técnico y profesional²⁰⁴. Poderes que sin embargo son ante todo potenciales, es decir, podrían no materializarse efectivamente, pero el trabajador, en cuanto está inserto en el ámbito organizacional que administra el empleador, queda sujeto a estos.

e) Subordinación como elemento calificador de la relación laboral, una cuestión pragmática

Queda pendiente explicar por qué este criterio se ha impuesto en la práctica para la función de calificar la relación laboral, en oposición a otros elementos como la ajenidad o la dependencia estrictamente económica, principales notas que postulan quienes critican la subordinación. La respuesta proviene desde la racionalidad pragmática. El Derecho del Trabajo tiene por objeto la tutela de un determinado conjunto ideal de personas, sobre quienes se aplicarán sus normas y principios de forma excluyente. Esta es una decisión política y abstracta, que para hacerse efectiva y materializarse en protección concreta se debe optar por un criterio que permita alcanzar del modo más exacto posible al grupo elegido, de tal modo que el número real de tutelados se aproxime lo más posible al primero; y, por otra parte, el mecanismo elegido debe cumplir con el objetivo propuesto al menor

²⁰² Montoya, *Derecho y Trabajo*, 29. Un concepto muy similar señalan los profesores Ermida y Uriarte, para quienes la subordinación “debe centrarse en el sometimiento personal a la potestad de dirección del empleador, la cual puede existir aun cuando el trabajo sea prestado al exterior de su sede física”. Ermida y Hernández, «Crítica de la Subordinación» Parte II, 70.

²⁰³ Luis Enrique De La Villa, «El Concepto de Trabajador (art. 1.1)», *Revista Española del Derecho del Trabajo* N° 100 (Madrid: Editorial Civitas, 2000), 49.

²⁰⁴ Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 34-36.

costo económico posible. Me refiero a la eficacia y a la eficiencia respectivamente, cualidades propias de la racionalidad pragmática. Si entendemos que el sujeto ideal que se busca tutelar es aquel que presta servicios a otra persona en condición de sujeción económica, el mejor criterio calificador será el que logra efectivamente cumplir los fines de las normas tutelares al menor costo posible.

Como explica el profesor Ugarte, el éxito de la subordinación como criterio de calificación no se explica en que su eficacia esté por sobre otras alternativas, sino por su eficiencia. Son quienes tienen a su cargo la aplicación del derecho quienes sistemáticamente han usado este criterio, justamente porque son estos órganos los que, utilizando una limitada cantidad de recursos, deben decidir el mayor número de casos en el menor tiempo posible, pero aspirando al mayor número de decisiones aceptables jurídicamente. Si bien la doctrina puede –y debe– tomarse el tiempo para analizar detenidamente la naturaleza jurídica de las diferentes instituciones del Derecho, los tribunales se encuentran exigidos institucionalmente por la sociedad, que requiere de soluciones aceptables en el corto plazo para dar solución pacífica a sus conflictos²⁰⁵.

La subordinación se alza como criterio calificador eficiente al ser caracterizada como un tipo. Esta noción abstracta y abierta del elemento se expresa en un sistema indiciario simple y de fácil observación material, en que se consideran las manifestaciones clásicas de ejercicio de poder del empleador sobre el trabajador en conjunto con los nuevos indicios propuestos que dan cuenta de la inserción del trabajador en un orden objetivo, signos que no requieren de una interpretación cualitativa y que justifican la calificación de la relación como laboral por la reunión de un número suficiente de estos. En definitiva, el profesor Ugarte concluye que:

“(…) lo realmente importante es que la elasticidad de la subordinación, o sea, la incorporación de nuevas situaciones no previstas inicialmente en el edificio tuitivo del Derecho del Trabajo, se produce a bajo costo, de manera eficiente, sin excesivos gastos de los recursos del sistema jurisdiccional en general, en razón de lo ya explicado: lo simple y, por ende, barato, de su sistema indiciario”²⁰⁶.

²⁰⁵ Ugarte, «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», 122-125.

²⁰⁶ Ugarte, «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», 126. Los profesores Gamonal y Guidi también sostienen que no obstante los cuestionamientos, la subordinación se mantiene como el elemento esencial que distingue a la relación laboral. Gamonal y Guidi, *Manual del Contrato de Trabajo*, 52.

5.2. Dependencia como consecuencia de la ajenidad

No obstante lo expuesto, ciertos autores de doctrina extranjera son sumamente críticos respecto a este elemento, rechazando el vínculo de dependencia como exclusiva nota tipificante de la relación laboral, y algunos desechando este criterio completamente. Es el caso de los profesores Bayón Chacón, Pérez Botija, Alonso Olea, entre otros. Para este último, los elementos que configuran la relación laboral son el trabajo humano, libre, productivo y por cuenta ajena. Características de las cuales se desprenden consecuencias implícitas, entre las que se encontraría la subordinación. Aún más en específico, este elemento sería un efecto de la ajenidad, limitada por el elemento de la libertad²⁰⁷.

En el trabajo por cuenta ajena, las utilidades patrimoniales del trabajo se integran originariamente al patrimonio del empresario, por lo que este se reserva la potestad de control sobre qué productos o servicios, cómo, cuándo y dónde deben ser producidos, lo que tiene especial relevancia en los complejos procesos de producción que sólo son posibles en esquemas de trabajo cooperativos, en que la función coordinadora resulta fundamental para generar la mayor utilidad patrimonial posible. Además, es el empresario quien dispone de los medios de producción y de la materia, sobre la que debe trabajar y transformar quien presta servicios por cuenta ajena. Así, la dependencia resulta inconcebible sin la ajenidad, lo que obliga a afirmar al profesor Alonso Olea, sobre el sustrato de la relación laboral, que la primacía en la realidad social, en su estructuración jurídica y en el enfoque doctrinal, está en la ajenidad y no en la dependencia²⁰⁸.

Para los profesores Bayón Chacón y Pérez Botija, la dependencia no basta para concluir la existencia de una relación de trabajo. Si bien reconocen que concurre, opinan que el derecho del empresario a orientar el fin de la empresa se explica en la propiedad, que le otorga poder y derecho para resolver la organización del trabajo. En otras palabras, la ajenidad fijaría la calificación laboral de una relación²⁰⁹. Por su parte, el autor Manuel Alarcón Caracuel opina sobre la ajenidad que este “es un macroconcepto que incluye muchas manifestaciones, entre ellas la propia dependencia, pero también otras como la ajenidad en el mercado – no existencia de relación jurídica entre trabajador y cliente y sí entre éste y el empresario (...)”²¹⁰. En un sentido muy similar, la profesora Francesc Pérez Amorós sostiene, luego de analizar sentencias judiciales en España que califican como

²⁰⁷ Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 89-90.

²⁰⁸ Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 89.

²⁰⁹ Bayón y Pérez Botija, *Manual de Derecho del Trabajo*, 15-25.

²¹⁰ Manuel Alarcón, «La informatización y las nuevas formas de trabajo», en *Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo* (Alicante: Editorial Bomarzo, 2004), 14.

relación laboral el servicio prestado por repartidores de comida a domicilio coordinados a través de plataformas digitales, que “(..) siempre resulta que para el juzgador la clave esta en la ajenidad, y por derivación en la dependencia, aunque sea, como hoy día ocurre por mor de las plataformas, que se trate de una ajenidad y dependencia 4.0 (...)”²¹¹.

Además, en gran cantidad de contratos de trabajo, la sumisión a instrucciones aparece como una potencialidad, bastante relativa en algunos casos, y en muchos inexistente. El profesor Alonso Olea concluye que:

“(...) la insistencia sobre la dependencia -especialmente sobre una noción anacrónica de la misma-, y no sobre sus limitaciones, que son las que caracterizan el trabajo libre, es perturbadora en grado sumo y produce, como consecuencia, entre otras, el que trabajos típicos por cuenta ajena, señaladamente el trabajo a domicilio, queden fuera del Derecho del Trabajo o accedan a él por extensión, cuando precisamente fueron (...) de las primeras manifestaciones de trabajo libre por cuenta ajena”²¹².

5.3. Dependencia y ajenidad como elementos concurrentes

Esta es la tendencia de importantes autores españoles que se citarán en este apartado, y que por cierto, se refleja en su legislación laboral. Desde larga data se considera a estas dos notas tipificantes en la definición legal de contrato de individual de trabajo, contenida en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, a diferencia de la tendencia en las legislaciones latinoamericanas. Para el profesor Montoya, ambos elementos son primordiales y de forma concurrente tipifican la relación laboral, a pesar de que la doctrina científica los “(...) empeña en enfrentar, como si se tratase de conceptos incompatibles y excluyentes entre sí”²¹³. El contrato individual de trabajo “no se trata de un intercambio genérico de trabajo y de retribución, sino de un intercambio específico de trabajo dependiente y de retribución en régimen de ajenidad”²¹⁴.

Para los profesores Ermida y Hernández, la ajenidad sería el justificativo ético jurídico de la relación de trabajo. Si se asume que la riqueza se genera por la conjunción

²¹¹ Francesc Pérez, «Sin Frenos y sin Contrato: A Vueltas con la Ajenidad Laboral», *Anuario Institutu d'Estudis del Treball (IET). Presente y futuro del trabajo*, Vol. 5 (Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2018), 131. La misma autora señala a continuación que “la relación de trabajo capitalista tiene su hábitat natural en el mercado porque es donde mejor vive y sobrevive (reproduce) la ajenidad”.

²¹² Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 90.

²¹³ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 22.

²¹⁴ Ignacio Albiol, Luis Miguel Camps, Juan López y Tomás Sala Franco, *Compendio de Derecho del Trabajo*, 3a. ed. (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008), 21.

de capital y trabajo, sólo por la asunción total de los riesgos por parte del empresario se justifica que el trabajador no tenga parte en las ganancias, sino sólo derecho a una remuneración con independencia de las utilidades que se generen por su trabajo. No obstante, “lo cierto es que subordinación y ajenidad parecieran constituir dos caras de la misma moneda”²¹⁵.

Al pactarse un contrato de trabajo, el trabajador realiza un negocio jurídico doblemente atributivo en favor del empresario: por una parte, una atribución patrimonial – el desplazamiento original y automático de las utilidades del trabajo–, y por otra, una atribución personal, que consiste en conceder al empresario el poder de ordenar y dirigir la prestación de servicios. Pero esta potestad no puede concebirse como sumisión técnica o económica del trabajador al empresario. Como se ha dicho, en los complejos modos de producción de bienes y servicios, es usual que trabajadores posean cualificaciones que el empresario no tiene, así como también en muchos casos, falta la sujeción económica, lo que de cualquier forma es una explicación extrajurídica. Esto motivaría –la insuficiencia de los conceptos clásicos de dependencia para explicar la relación laboral en tiempos modernos– que sectores de la doctrina se hayan apresurado en sepultar este criterio como nota tipificante de la relación laboral²¹⁶.

No obstante, la tendencia mayoritaria es reconocer en la subordinación la función explicativa y criterio delimitador del contrato individual de trabajo, pero entendiendo que su sentido jurídico debe ser rectamente comprendido de la forma en que se explicó.

Como resumen de lo expuesto, la ajenidad explica el destino del trabajo y su aprovechamiento final. La dependencia trata la ejecución misma de las actividades, lo que es, evidentemente, de más fácil apreciación, a través del sistema de indicios. Esto explica por qué históricamente se ha utilizado este último elemento para calificar el trabajo objeto de regulación²¹⁷.

El análisis realizado me obliga a aceptar la conclusión del profesor Montoya Melgar, para quien “la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la

²¹⁵ Ermida y Hernández, «Crítica de la Subordinación», Parte II, 61. De igual forma opinan los profesores Thayer y Novoa respecto de la ajenidad como justificativo ético de la relación laboral. Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 34.

²¹⁶ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 29.

²¹⁷ Irureta, «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente», 8.

atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo”²¹⁸.

6. Elementos excluidos

Existen otros elementos que se podría estimar que caracterizan la relación laboral, pero que no han gozado de apoyo mayoritario en doctrina, por ser considerados como características comunes en otro tipo de relaciones jurídicas, porque pueden ser incluidos dentro de las notas ya descritas, o porque son consecuencias de la conjunción de los elementos ya explicados.

1. Remuneración

La prestación de servicios tiene su causa en motivaciones económicas para ambas partes contratantes. Como vimos, si un trabajo es productivo, a través de este el hombre se provee de los bienes que requiere para sobrevivir. Si el trabajo a es su vez por cuenta ajena, las utilidades de dicho trabajo son cedidas originariamente a otro. Entonces, si una relación de trabajo es a la vez productiva, por cuenta ajena, y por supuesto, libre, esta debe ser necesariamente acompañada por la entrega al trabajador de los medios de subsistencia sustitutivos de los resultados patrimoniales del trabajo²¹⁹. Se entiende por tanto que la remuneración es una consecuencia de los elementos señalados, y a su vez, indicio de los mismos.

La remuneración es ante todo la principal obligación de quien hace propias las utilidades del trabajo ajeno. Deber que se asume formalmente en el contrato individual de trabajo, cuando ha sido pactado, o que se desprende de la conjunción en los hechos de los elementos antes descritos, que obliguen inapelablemente a calificar la relación como laboral. En caso de que a un trabajador no se le pague el salario debido, nos encontramos ante una hipótesis de incumplimiento contractual del empleador, que además es castigada por la ley, salvo por supuesto que el trabajador haya aceptado libremente subordinarse de forma gratuita. Es más, esta obligación se debe por el solo hecho de que el trabajador se encuentre inserto dentro del ámbito organizacional que administra el empleador, aunque por circunstancias ajenas al trabajador, este no pueda generar las utilidades patrimoniales esperadas, que de producirse, fueron atribuidas originariamente al empleador.

²¹⁸ Montoya, *Derecho y Trabajo*, 29.

²¹⁹ Alonso Olea, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 81.

Solo así el trabajo será verdaderamente productivo, o más bien, doblemente productivo, como se dijo al estudiar este elemento. Lo que no es menor, puesto que a través de este tipo de trabajo, la persona se provee de los bienes que requiere para sostenerse él y su familia. En el sustrato del trabajo por cuenta de otro, se encuentra la restricción para el trabajador de colocar en el mercado los bienes y servicios por él producidos, que es la vía por la que podría generar ingresos autónomos. En compensación, el empleador acepta dar una parte de las utilidades generadas por el trabajo del primero, permitiendo su sostenimiento.

Hay autores que atribuyen este deber al elemento de *onerosidad* que distinguiría al contrato de trabajo²²⁰. Se optará por hablar de la nota de trabajo productivo antes tratada, por incluir, junto a otras consideraciones, este rasgo. Ante el supuesto recién mencionado de que un trabajador acepta subordinarse y ceder las utilidades patrimoniales de su trabajo de forma gratuita, el elemento que faltará entonces es el trabajo productivo, por lo que la relación no estaría sujeta al orden laboral. En conclusión, la remuneración es la consecuencia de una relación preestablecida, por lo que no podría decirse que es un elemento esencial de esta, pero que sí puede ser utilizada como indicio para el ejercicio de calificación de la subordinación y de la ajenidad en una relación²²¹.

2. Continuidad

Diversos autores consideran que el trabajo objeto de regulación debe ser continuado en el tiempo, ya que los trabajos esporádicos generarían vínculos de carácter civil o comercial, que no importan al orden jurídico laboral. Entre quienes destacan este elemento están los profesores Montoya²²² y Plá.

El autor uruguayo prefiere hablar de *durabilidad*, por considerar el concepto de *continuidad* poco preciso, al igual que el de *estabilidad*. Busca así evitar posibles confusiones de este elemento con el derecho a la estabilidad, propio de las relaciones que protege el Derecho del Trabajo. Sobre *continuidad*, tiende a confundirse con que los trabajos deben ser continuados en el tiempo, cuando pueden ser perfectamente periódicos o intermitentes. Este elemento no busca hacer referencia al carácter de los servicios sino a la naturaleza del vínculo, por lo que es el concepto de durabilidad el óptimo, atendido que

²²⁰ Plá, *Curso de Derecho Laboral*, 30. En el mismo sentido: Bayón y Pérez Botija, *Manual de Derecho del Trabajo*, 13.

²²¹ Palomeque y Álvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, 491. En el mismo sentido: Francisco Pérez de los Cobos y Javier Thibault, *El Teletrabajo en España: Perspectiva jurídico laboral*. (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 2001), 41.

²²² Montoya, *Derecho y Trabajo*, 30.

lo principal es que la relación se prolonga en el tiempo. Es importante señalar que este elemento debe concurrir al momento de establecerse el vínculo, independiente de lo que suceda durante la ejecución del contrato²²³.

No parece ser un elemento necesario en la relación laboral, pues en su fuero interno las partes pueden asumir que esta no tiene por fin ser duradera en el tiempo, o incluso estar de acuerdo sobre que el contrato tendrá un plazo no prolongado, no obstante el trabajador se dispone a trabajar bajo la subordinación del empleador para que este lo dirija en los términos antes estudiados, para cumplir con sus directrices dentro de una organización con responsabilidades distribuidas. Así, en términos dogmáticos, no parece de la esencia de la relación laboral, independiente de que alguna legislación lo estime pertinente y de que sea deseable por parte del legislador propender a la estabilidad en la relaciones laborales.

3. Profesionalidad

Que la prestación de servicios sea de naturaleza profesional dice relación con que el trabajador se sirve de dicha actividad ejercida de forma habitual para obtener los medios económicos que le permita subsistir a él y su familia. De esta afirmación se pueden derivar tres ideas²²⁴:

1. El carácter oneroso, o más bien, productivo de la prestación.
2. La habitualidad en la actividad ejercida.
3. De esta relación de trabajo proviene la principal fuente de ingresos del trabajador.

La primera idea ya se trató a propósito del trabajo productivo y de la remuneración, siendo este carácter propio del primer elemento señalado. Sobre la segunda, debe ser desechada por cuanto sugiere como nota de la relación laboral que el trabajador se debe desempeñar habitualmente en la misma actividad, entendida como rubro. Puede ser esta la regla general entre aquellos trabajadores altamente calificados, pero nada obsta a que puedan consentir en prestar servicios en actividades que nada tengan que ver con lo que hayan trabajado antes. Salvo por aquellas profesiones reglamentadas que por motivos de salubridad, seguridad o importantes consideraciones técnicas se impide su libre ejercicio, nadie está impedido de desarrollar una actividad, más allá de las condiciones de aptitud que pueda exigir el empleador al momento de contratar. Y en los casos mencionados, por

²²³ Plá, *Curso de Derecho Laboral*, 31-34.

²²⁴ Plá, *Curso de Derecho Laboral*, 37.

lo general se requiere de una habilitación a la que cualquiera puede acceder si se cumple con determinados estándares de formación, lo que de cualquier forma no obliga al trabajador a desempeñarse exclusivamente en esa área. Por tanto, no puede considerarse una nota que deba concurrir en la relación laboral.

La tercera idea no hace más que volver a invocar la noción de dependencia económica como nota del vínculo de trabajo. El profesor Plá la rechaza por el mismo argumento que ya se ha mencionado en este trabajo, esto es, por inexacta. La configuración de las notas propias de un contrato de trabajo no se modifican por la posición económica extralaboral que eventualmente tenga un trabajador.

Desechadas las ideas que evoca la profesionalidad, no queda sino descartarla como elemento de la relación laboral. No obstante, las tres ideas mencionadas pueden considerarse indicios de subordinación y ajenidad en una prestación de servicios.

B. Trabajo familiar y las fronteras del Derecho del Trabajo

En este apartado, corresponde analizar si la relación de trabajo entre familiares debe ser objeto de tutela por las normas jurídico-laborales. Para aquello, se exponen antecedentes normativos históricos que dan cuenta de algunas disposiciones en las distintas leyes que en su momento ordenaron el derecho laboral en Chile, las cuales evidencian el reconocimiento de la relación de trabajo entre familiares, además de distintos criterios para su regulación.

Luego, a la luz del análisis dogmático de las notas tipificantes de la relación objeto de regulación del Derecho del Trabajo, y en atención al estudio realizado en los capítulos anteriores, corresponde examinar si el trabajo familiar debe ser tutelado por las normas jurídico-laborales.

B.1 Antecedentes normativos de trabajo familiar

1. Ley de Contrato de Trabajo de 1924

El primer antecedente normativo se ubica en el origen del derecho laboral en Chile, que surge a comienzos del siglo veinte con las primeras leyes especiales que de manera dispersa regularon la materia. Es en la Ley N° 4.053 de Contrato de Trabajo donde se puede situar la disposición más remota que reconoce el trabajo entre familiares. Dicha ley es promulgada el 8 de septiembre de 1924, en conjunto con otras leyes protectoras de los trabajadores en tan sólo minutos, como consecuencia de lo que se conoce como el “ruido de sables”²²⁵. La norma en cuestión está en los incisos 1° y 2° del artículo 1 de la referida ley, donde se establece su ámbito de aplicación:

Artículo 1.o El contrato de trabajo, tanto individual como colectivo, se regirá por las disposiciones de la presente lei, con preferencia a las leyes jenerales.

Esta lei no es aplicable a los trabajos de la agricultura, al trabajo doméstico, ni al que se presta en las casas o establecimientos de comercio, o en establecimientos industriales que tengan ménos de diez operarios, o que empleen solamente miembros de una familia, bajo la autoridad de alguno de ellos.

²²⁵ Episodio histórico en que un grupo importante de jóvenes oficiales del Ejército se apostaron en la Sala de la Cámara exigiendo que se dictaran estas leyes para calmar la crítica situación del país., Héctor Humeres, «Evolución del Derecho del Trabajo en Chile», *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 5, N° 9 (Santiago: Universidad de Chile, 2014), 167-171.

El Reglamento del Contrato de Trabajo, contenido en el Decreto N° 284, del Ministerio de Higiene, Asistencia, Previsión Social y Trabajo, publicado el 12 de mayo de 1925, que regula la aplicación de la ley N° 4053 en lo que concierne al contrato de trabajo, realiza una referencia más precisa sobre el trabajo entre familiares. Dispone el artículo 15:

Artículo 15°. Son objeto de este reglamento todos los contratos individuales sobre prestación de servicios en las industrias, en el comercio o en cualquiera otra manifestación de la vida económica, a excepción de:

a) Los contratos sobre prestación de servicios en empresas, talleres o faenas, en que se ocupa sólo a miembros de una familia, bajo las órdenes de un miembro de la misma.

Durante el periodo que estuvo vigente, la Ley N° 4053 fue lo más similar a lo que es hoy el CT, ya que reglamentó la forma, duración y condiciones del contrato de trabajo, los salarios, el contrato colectivo, el régimen de fábrica, el trabajo infantil y femenino, la higiene y seguridad en el trabajo, y crea la Dirección General del Trabajo²²⁶. Por tanto, las disposiciones citadas significaron en la práctica un tratamiento diferenciado del trabajo efectuado en empresas en que solo se empleen miembros de una familia, bajo la dirección de uno de ellos, apartando dichas relaciones del nuevo orden tuitivo.

La razón que justificó esta exclusión la señala en 1921 don Luis Claro Solar, por entonces presidente de la Cámara de Senadores, en la discusión por artículos del proyecto de Ley de Contrato de Trabajo. Ante la formulación de una nueva redacción del artículo primero, en que se propone la que sería la versión final de sus incisos 1° y 2°, afirma para cerrar la discusión:

“Todo lo relativo al comercio i a la agricultura no entra en la convención sobre el trabajo de los obreros ni sobre las relaciones entre obreros i patrones. Se refiere a los establecimientos en que se aglomeran los trabajadores que prestan sus servicios mediante una remuneración determinada. De manera que no se refiere a los que prestan sus servicios en las oficinas; se refiere a los que trabajan en las fábricas, en las usinas, etc”²²⁷.

²²⁶ Francisco Walker, *Apuntes de Economía Social y Legislación del Trabajo*, 2a. ed. (Santiago: Impr. y Lit. La Unión, 1930), 88.

²²⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, «Legislatura Extraordinaria Cámara de Senadores 1920-21», Sesión 45°, de 16 de diciembre de 1921, 878.

En el siguiente trámite constitucional, al discutirse el artículo primero en la Cámara de Diputados, comenta el diputado Undurraga, a propósito de las fuentes que inspiraron el por entonces proyecto de ley:

“Las Convenciones de Washington y Génova como la mayor parte de las más adelantadas legislaciones, al tratar del “Contrato de Trabajo” han eliminado el trabajo de la agricultura, el doméstico y el de los empleados del comercio. La razón que determinó a esas grandes Convenciones, en que estaban representados los elementos del capital y trabajo, para no tomar determinaciones generales sobre estas materias, es que son inaplicables a la agricultura, el trabajo doméstico y al comercio las disposiciones generales que fácilmente pueden aplicarse a las otras industrias”²²⁸.

En otras palabras, la naciente legislación laboral tenía por objetivo ordenar las relaciones de trabajo de aquellas masas de obreros aglomerados en los escasos centros industriales y en las zonas mineras del país, y no las de todo aquel que ponía su trabajo al servicio de un tercero a cambio de una remuneración. Se argumentaba las especiales condiciones de vulnerabilidad en que se encontraban los primeros ante el “capital”, situación que adoptó gran relevancia en el debate legislativo como consecuencia de las manifestaciones sociales de principios del siglo veinte.

Si bien las palabras de los parlamentarios no se refieren en específico al trabajo en empresas familiares, se desprende que la razón para apartarlas es la misma. El origen de la regulación del contrato de trabajo se encuentra en constatar que en la contratación en masa se encubre una imposición patronal de las condiciones de la relación²²⁹, además de la insuficiencia para tutelar estas relaciones por parte “de las normas propias del Derecho Civil - basadas en el presupuesto de la igualdad jurídica de las partes contratantes y en el principio de la autonomía de la voluntad”²³⁰. Situación que se presume por el legislador que no ocurre –o no con la misma brutalidad– en el trabajo en empresas familiares²³¹.

²²⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, «Legislatura Ordinaria Cámara de Diputados» Sesión 26°, de 12 de julio de 1923, 668.

²²⁹ Irene Rojas, *El Derecho del Trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva* (Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2016). 16.

²³⁰ Eduardo Caamaño, «El Empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo», *Revista Laboral Chilena*, N° 132, Diciembre 2004, 61.

²³¹ En este mismo sentido, resulta ilustrador la excepción que se establece en el primer Convenio de la OIT, adoptado en la Convención de Washington, una de las fuentes materiales más relevantes de la incipiente legislación laboral chilena. Señala en su artículo 2°: “*En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana (...)*”. Organización Internacional Del Trabajo, «Convenio sobre las horas de trabajo» (núm. 1) (1919), acceso el 19 de enero de 2019,

Para el profesor Walker Linares, la exclusión en la aplicación de esta ley a los casos enunciados por los artículos citados es lamentable. Ya en 1930 afirmaba que “esta absoluta eliminación de la protección y del control de la ley al pequeño taller y al trabajo familiar, es muy perjudicial, pues deja al obrero en esas labores a merced del abuso y de la explotación patronal o de su propia familia”²³².

2. Código del Trabajo de 1931

El Decreto con Fuerza de Ley N° 178, que refunde toda la normativa laboral vigente, con algunas correcciones²³³, reconoce expresamente el trabajo realizado en establecimientos en que se empleen únicamente miembros de una misma familia bajo la autoridad de uno de ellos, pero difiere en la legislación anterior en su regulación.

Las disposiciones relacionadas con trabajo familiar que contiene este texto consisten básicamente en artículos que excluyen la aplicación sobre dicha relación de determinadas normas tutelares del CT, sin pretender apartarla de forma general de su ámbito de aplicación.

Respecto el trabajo de menores y de mujeres, se establecen las siguientes excepciones a la aplicación de las normas que protegen a estos grupos vulnerables:

Art. 47. Los menores de catorce años y mayores de doce, podrán trabajar siempre que hubieren cumplido la obligación escolar; pero no podrán hacerlo en los establecimientos industriales ni aun en calidad de aprendices, salvo aquellos en que se empleen únicamente miembros de una misma familia bajo la autoridad de uno de ellos.

Art. 48. Queda prohibido a los menores de dieciocho años y a las mujeres, todo trabajo nocturno en establecimientos industriales, que se ejecute entre las veinte y

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001.

²³² Walker, *Apuntes de Economía Social y Legislación del Trabajo*, 95.

²³³ Esta normativa tiene su origen en 1930, durante el gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, cuando se presenta al Congreso un proyecto del Código del Trabajo, que refunde toda la normativa laboral vigente, con algunas correcciones, en un sólo texto legal. Sin embargo, el gobierno obtuvo facultades extraordinarias amplísimas por parte del Congreso, lo que le permitió promulgar este proyecto de Código sin que pudiese ser discutido en el Parlamento, a través del Decreto con Fuerza de Ley N° 178. Estas facultades extraordinarias no lo autorizaban para modificar leyes, lo que genera dudas sobre su legitimidad. Sin embargo, se estima que este vicio fue saneado con el transcurso del tiempo por su aplicación continua y por las leyes que lo modificaron. Luis Lizama, «El Derecho del Trabajo Chileno durante el Siglo XX», *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, N° 4 (Santiago: Universidad de Chile, 2011), 118.

las siete horas, con excepción de aquellos en que únicamente trabajen miembros de una misma familia, bajo la autoridad de uno de ellos.

El Código de 1931 considera bajo su campo de aplicación el trabajo a domicilio, sobre el que se aplican algunas normas especiales, pero que de cualquier forma estaba sometido a la fiscalización de la Inspección del Trabajo. Sin embargo, esta no procede en el siguiente caso:

Art. 57. El local en que sólo trabajen los miembros de una misma familia bajo la autoridad de uno de ellos, no estará sometido a inspección, siempre que la industria ejercida no pertenezca al número de las consideradas peligrosas o insalubres.

Finalmente, existe una norma en el título VII del Trabajo en Panaderías, que hace de excepción al criterio general del código. Es el artículo 341, que trata a las panaderías y fábricas similares, donde se establece que las disposiciones del código para estas industrias les serán aplicables “*aún cuando el dueño ocupe solamente personas de su familia, bajo la autoridad de uno de ellos*”.

Si bien este código no contiene una exclusión de carácter general, como la que opera en la legislación anterior, si se diferencia el trabajo familiar de la prestación de servicios común, al restringir la aplicación de ciertas normas tutelares. Este cambio en el criterio del legislador que aparece evidente es, sin embargo, objeto de un contra argumento que justifica concluir que la exclusión si es absoluta.

La explicación es del profesor Eladio Otárola Sotomayor, quien estima que el Reglamento del Contrato de Trabajo de 1925, mencionado en el apartado anterior, debe entenderse vigente en todo lo que no sea contrario al DFL N° 178 hasta la llegada del Plan Laboral, por cuanto no se dictó nuevo reglamento sobre la materia con posterioridad²³⁴. En el Código del Trabajo de 1931, no existe norma que señale en términos generales si el trabajo en establecimientos familiares es objeto de su regulación, en oposición a lo que establece la letra a) del artículo 15 del Decreto N° 284, del Ministerio de Higiene, Asistencia, Previsión Social y Trabajo.

²³⁴ Eladio Otárola, *Tratado práctico de legislación laboral, previsional y civil*, 2a. ed. (Santiago: Distribuidora Libros Jurídicos Ruth Villouta Chandia, 1971), 10.

3. Plan Laboral y legislación posterior

La Ley 18.620, que codifica sin enmiendas la legislación laboral vigente, propia del Plan Laboral²³⁵, contiene solo una norma sobre trabajo familiar, que tiene su origen en el Decreto Ley N° 2.200²³⁶. La disposición es el inciso primero del artículo 19, que establece:

Artículo 19.- Queda prohibido a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales, que se ejecuten entre las veintidós y las siete horas, con excepción de aquellos en que únicamente trabajen miembros de la familia, bajo la autoridad de uno de ellos.

Esta norma conservó el reconocimiento expreso del legislador al trabajo en empresas estrictamente familiares, que se remonta a 1924, cuando la exclusión de esta forma de trabajo del derecho laboral era absoluta, y que se fue reduciendo en las sucesivas modificaciones a la legislación laboral. La disposición recién transcrita se mantiene en el DFL N°1 de 31 de agosto de 2002, que refunde el CT, con la diferencia de que se agregan los “establecimientos comerciales” y que es reubicada en el artículo 18.

La excepción que contiene esta disposición es derogada por la Ley N° 20.539, que prohíbe a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales, con lo que se pone fin a las normas en Derecho del Trabajo que reconocen y tratan de forma particular al trabajo familiar. La mencionada ley modifica el artículo 18 del actual CT, al eliminar definitivamente la alusión a los establecimientos en que únicamente trabajen miembros de la familia.

Es relevante destacar algunos elementos de la historia de la Ley N° 20.539. Como consta en las actas del Congreso, la moción original proponía derogar la excepción que establecía el inciso segundo del artículo 18 del CT²³⁷, que permitía a los menores de dieciocho años trabajar durante la noche en establecimientos industriales y comerciales

²³⁵ La expresión “Plan Laboral” fue utilizada originalmente para referirse a las modificaciones introducidas al derecho colectivo del trabajo a partir de 1979. Sin embargo, se suele usar esta denominación para nombrar toda la legislación laboral dictada por el gobierno militar a contar del Decreto Ley N° 2.200. Lizama, «El Derecho del Trabajo Chileno durante el Siglo XX», 123.

²³⁶ En el Decreto Ley N° 2200, que fija normas relativas al contrato de trabajo y a la protección de los trabajadores, la disposición se ubica en el artículo 29.

²³⁷ Biblioteca del Congreso Nacional, «Historia de la Ley N° 20.539. Primer Trámite Constitucional», Moción Parlamentaria (2011), acceso el 19 de enero de 2019, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf, 3-4. Moción de los señores Diputados Adriana Muñoz D'Albora, Carlos Olivares Zepeda, Carolina Goic Borojevic, Patricio Walker Prieto, Jaime Mulet Martínez, Alejandra Sepúlveda Orbenes, Sergio Aguiló Melo, Mario Venegas Cárdenas, Eduardo Saffirio Suárez y Gabriel Ascencio Mansilla.

que en razón de su naturaleza deban seguir funcionando. Se propone concordar dicho artículo con los tratados originados en la OIT que ha firmado Chile en materia de trabajo infantil, con especial atención respecto de las labores nocturnas ejercidas por menores. Sin embargo, durante la discusión en Sala, se presentó una indicación para eliminar además la excepción que persistía en el inciso primero del artículo 18, que mantenía la posibilidad de que menores de dieciocho años trabajasen durante la noche en establecimientos que empleen únicamente miembros de la familia²³⁸.

En consecuencia, gran parte de la discusión consistió en el alcance que debía tener la protección a los menores. Por amplia mayoría, los parlamentarios aprobaron la idea de legislar y la necesidad de hacer extensiva la prohibición a todo tipo de trabajo nocturno de menores, fundándose en la mayor relevancia de la protección del menor.

La intervención de la diputada Adriana Muñoz resume las palabras de quienes justificaron incorporar esta indicación para ampliar la prohibición:

“Cuando nos hemos dedicado mucho tiempo a estudiar la situación de la familia, nos damos cuenta de que en ésta se llevan a efecto tratos y formas de violencia muy duras y crudas. (...) Por eso, me provoca cierta resistencia dejar sin normativa el hecho de que los menores de 18 años puedan hacer trabajo nocturno cuando se realiza en el ámbito familiar.

(...) No me quedo tranquila, porque sé que también sucederán formas de explotación y abuso de los niños y niñas que se desempeñarán en trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales, aunque sea con sus padres”²³⁹.

Entre las prevenciones que justificaron conservar la excepción del trabajo nocturno de menores en empresas familiares, el senador García señala:

“Nosotros sabemos de muchos emprendimientos familiares en los que un joven de 16 o 17 años labora junto con sus padres o abuelos. Y entrar a prohibir tal tipo de actividades finalmente provocará que esos pequeños negocios tengan que incurrir

²³⁸ Biblioteca del Congreso Nacional, «Historia de la Ley N° 20.539. Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados» (2011), acceso el 19 de enero de 2019, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_6c03e16ffaee75195179aa7abee7105f.pdf, 3. Palabra de Diputada Carolina Goic

²³⁹ Biblioteca del Congreso Nacional, «Historia de la Ley N° 20.539. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados», Discusión en Sala (2011), acceso el 19 de enero de 2019, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf.

en faltas o en infracciones a la ley, en circunstancias de que ello está muy lejos de su intención.

La verdad es que muchos de esos emprendimientos no serían exitosos o no podrían desarrollarse de no contar con el apoyo del trabajo de los jóvenes, el cual - digámoslo- también contribuye a su formación de ellos en principios, en valores, en buenas conductas”²⁴⁰.

Finalmente, la posición que se impuso, aprobada por unanimidad en el último trámite constitucional, es la que expresa la Senadora Rincón:

“La primera de ellas (excepciones a la prohibición del trabajo infantil nocturno), consignada en el inciso primero, excluye el caso de las industrias y comercios en que únicamente se desempeñen miembros de la familia y bajo la autoridad de uno de ellos. Tras un extenso debate sobre el particular, se estimó que, en verdad, no existe razón alguna para hacer una salvedad en tal sentido, la que no se justifica por el solo hecho de prestarse servicios junto a la familia y bajo la dirección de uno de sus integrantes”²⁴¹.

De esta manera, se deroga el último vestigio en nuestra legislación laboral que establece diferencias en las relaciones de trabajo que ocurran en las empresas en que únicamente se emplean miembros de una familia. En el caso recién analizado, la modificación al ordenamiento obedece a corrientes normativas que buscan adaptar la legislación nacional a las normas internacionales sobre protección de menores, que gozan de apoyo transversal en el Congreso, y que generó que el debate se enfocara en dichas prioridades, ajenas a este estudio. En consecuencia, la discusión en torno al trabajo entre familiares fue escasa, destacando la intervención del senador García por resumir las prevenciones sobre el tema.

Es importante advertir que en las normas estudiadas, el legislador aparta del ordenamiento laboral ciertas formas de prestación de servicios –o algunos aspectos de esta relación– por ocurrir en establecimientos en que solamente se emplean miembros de

²⁴⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, «Historia de la Ley N° 20.539. Tercer Trámite Constitucional: Senado» (2011), acceso el 19 de enero de 2019,

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_cfb629d55edaec3e61733b4b9e49fac7.pdf, 18.

²⁴¹ Biblioteca del Congreso Nacional, «Historia de la Ley N° 20.539. Tercer Trámite Constitucional: Senado» (2011), acceso el 19 de enero de 2019, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_cfb629d55edaec3e61733b4b9e49fac7.pdf, 14.

una misma familia, bajo la autoridad de uno de ellos. No hay referencia expresa en estas disposiciones a la *relación* de trabajo familiar, entendida como prestación de servicios personales de un pariente a otro. Más bien, hay una exclusión de las empresas familiares, este último concepto comprendido en un sentido estricto. De cualquier forma, la relación de trabajo dentro de aquellos establecimientos califica como trabajo familiar, lo que dota de sentido el análisis realizado en este apartado.

En resumen, el origen del reconocimiento en la legislación laboral del trabajo en empresas estrictamente familiares se remonta a la Ley N° 4.053 de Contrato de Trabajo de 1924, en donde la exclusión de esta forma de prestación de servicios era absoluta. En las sucesivas legislaciones, el apartamiento se fue reduciendo, limitándose a restringir en estos establecimientos la aplicación de ciertas normas tutelares, que se refieren principalmente al trabajo de menores de edad. Finalmente, en 2011, la Ley N° 20.539 deroga la última disposición en materia laboral que reconoce y trata de forma particular al trabajo familiar. En la actualidad, tal como se analizó en el capítulo segundo, el trabajo familiar no tiene tratamiento jurídico expreso en nuestra legislación laboral, por lo que es considerado como cualquier otra forma de trabajo dependiente, siempre que en la relación estén presentes los elementos esenciales del contrato de trabajo.

B.2 El trabajo familiar como objeto de regulación del Derecho del Trabajo

El estudio hasta acá realizado obliga a admitir una primera conclusión: la prestación de servicios de un pariente en favor de otro es una relación que se ubica en las fronteras del Derecho del Trabajo. En este apartado se intenta responder si el trabajo familiar debe ser objeto de regulación de esta disciplina, por la vía de examinar si en el concurren las notas que tipifican una relación laboral.

Para lograr una acertada calificación de esta relación de trabajo, no es necesario problematizar en torno a todos los elementos antes descritos. De las cinco notas que distinguen a la prestación de servicios objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo, no cabe duda que el trabajo familiar, como se ha caracterizado en este estudio, es humano y productivo. Cualidades que no merecen mayor análisis, al no contener diferencias al momento de concurrir en una relación laboral ordinaria o en alguna de las hipótesis de trabajo familiar que presentamos en el primer capítulo.

Así entonces, restan tres elementos característicos sobre los que aparece, en principio, problemático su concurrencia en la relación de trabajo familiar, lo que obliga a

poner en duda si para la ciencia jurídica es coherente considerar este vínculo como objeto de la regulación laboral. Me refiero a las notas de libertad, la de ajenidad y la de subordinación o dependencia, que se analizarán para determinar si es posible ubicarlas como características de este tipo de trabajo. Se añadirá la remuneración, en cuanto principal indicio de ajenidad y subordinación en la relación, que además permitirá aportar algunas nociones sobre el trabajo familiar.

1. Trabajo Libre

Sobre este elemento sólo es necesario realizar una breve apreciación. Es cierto que pueden ocurrir situaciones apremiantes dentro del contexto familiar, de índole personal o emocional, que determinen que un sujeto decida emplearse en la explotación de un negocio familiar, en desmedro de buscar un trabajo asalariado en el mercado laboral o de emprender actividades independientes. Tal como se indicó al tratar este elemento al inicio de este capítulo, no son situaciones que invaliden el consentimiento, por cuanto no se trata de compulsiones que impliquen coacción inmediata.

En estos casos persiste el espacio de autonomía en que la persona puede optar por determinada forma de trabajo productivo, no obstante los efectos que deba enfrentar por su decisión. Distinto será el caso, por supuesto, en que medie una situación de violencia inmediata o directa en la decisión de quien consiente en cualquier acto jurídico, ante lo cual se pueden activar los diversos remedios que confiere la legislación al afectado. Por tanto, el trabajo libre es un elemento tipificante de la relación laboral que concurre sin mayor diferencia en el trabajo entre familiares.

2. Ajenidad

La colaboración entre familiares para la explotación de un giro es bastante común en las pequeñas empresas, sobretudo en aquellas que están iniciando sus actividades. Entre estas, la familia no se reduce a una mera unidad de convivencia, sino también a una económica. No es incorrecto asumir que el familiar que convive con el empresario y que, a su vez, trabaja con este, lo hace para una empresa común, en que los resultados de sus servicios se dirigen a un mismo patrimonio, que no es otro que el que tiene por objeto enfrentar las cargas familiares y satisfacer las necesidades de los distintos miembros de esta. No deja de ser cierto que formalmente las utilidades patrimoniales del trabajo ingresarán al haber del titular de la empresa, pero este las destinará directamente al patrimonio de la unidad económica familiar, de la que es parte el trabajador y de la cual

depende su manutención. Desde esa perspectiva pareciera ser que el trabajo del familiar no deja de ser en beneficio propio, por lo que claramente nos encontramos con relaciones en las que se desplaza la nota de ajenidad, y en consecuencia, se pone en duda si en términos dogmáticos, nos encontramos ante una relación laboral²⁴².

No se trata del caso en que los familiares que colaboran en el negocio figuren como titulares de este, supuesto en que la ausencia de ajenidad es –formalmente– evidente²⁴³. El pariente trabajador que no es propietario está contribuyendo con sus servicios a acrecentar el patrimonio familiar común, fondo compartido donde ingresarán las utilidades patrimoniales de su trabajo, faltando el rasgo de oposición de intereses que caracteriza a estos contratos. Más bien, lo que habría es una comunidad económica de cuya utilidad todos participan, sea esta positiva o negativa, e independiente de quien figure como empresario.

En España, esta es la principal justificación para que el ET establezca la presunción legal de exclusión de los trabajos familiares del ámbito laboral. Pero se ha entendido que esta disposición expresa de la ley no hace más que aclarar lo que ya se desprende de la definición legal de trabajador dependiente, donde recordemos, la nota de ajenidad se considera literalmente.

En Argentina, con la misma justificación que en España, pero con un mecanismo diferente, se efectúa una construcción de la jurisprudencia, en donde se puede apreciar que el criterio para la aplicación de la exclusión opera al analizar en el caso concreto por el tribunal correspondiente si existe ajenidad en la prestación de servicios entre familiares, ante la falta de norma expresa que delimite detalladamente qué familiares y en qué condiciones pueden presumirse excluidos del orden jurídico laboral. No debiese por qué haber una conclusión diferente en nuestro país, donde autores de la doctrina²⁴⁴, además de la jurisprudencia judicial²⁴⁵ y administrativa²⁴⁶, sostienen que no obstante la falta de literalidad de nuestro código, la ajenidad es una nota esencial de la relación de trabajo.

²⁴² Alonso Olea y Casas, *Derecho del Trabajo*, 61-62; Menéndez, «El Trabajo Familiar», 334-335.

²⁴³ Antonio Valverde, Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García, *Derecho del Trabajo*, 17a. ed. (Madrid: Editorial Tecnos, 2008), 185.

²⁴⁴ Entre otros, Thayer y Novoa, *Manual de Derecho del Trabajo*, 33-34.

²⁴⁵ Corte Suprema, Sentencia de 7 de noviembre de 2016, ROL N° 20070/2016 (Unificación de Jurisprudencia). Sala Cuarta (Mixta). Señala en lo pertinente: "(...) no es posible dar por acreditado la concurrencia de uno (contrato) de carácter laboral, por no existir un vínculo vertical entre las partes, sino uno civil en que la actora puede ejecutar su actividad en beneficio común, carente de la ajenidad que caracteriza al vínculo laboral".

²⁴⁶ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 691/12», de fecha 29 de enero de 2016, acceso el 27 de junio de 2018, <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-108493.html>.

La ausencia de este elemento aparece evidente en algunas hipótesis, como la de la de quien presta servicios en la empresa de su respectivo cónyuge. La colaboración de esta persona tendrá su causa esencial en que las utilidades patrimoniales de su trabajo dan sustento económico a ambos, además del deber de asistencia recíproca, derivado del vínculo matrimonial, que torna discutible la posibilidad de contratación laboral²⁴⁷. No debiese ser distinta la conclusión en el caso de parientes que conviven, e incluso más, debiera ser extensiva a parejas de hecho, cuando se advierta en la prestación de servicios contribución a un interés común, cual es solventar las necesidades familiares. Como ha señalado la Organización Internacional del Trabajo (en adelante: OIT), no hay ajenidad en el trabajo como “integrante de las obligaciones culturales, sociales y económicas que rigen la vida familiar”²⁴⁸.

No se pretende imponer que siempre que exista convivencia entre el empresario y el familiar trabajador, se desplaza la nota de ajenidad. Puede concurrir una relación de trabajo ordinaria entre familiares, si se dan las notas características de esta. Es evidente que en ocasiones el parentesco puede adoptar un papel irrelevante, prevaleciendo la profesionalidad en la prestación, en cuanto indicaría de las notas de ajenidad y dependencia.

3. Subordinación

Si se atiende a una noción clásica de dependencia, es difícil constatar su concurrencia en relaciones de trabajo familiar, sobre todo cuando este toma tintes más bien colaborativos. En consideración del grado de parentesco que une a empresario y trabajador, no es de extrañar que los indicios clásicos de subordinación puedan verse notoriamente atenuados en este tipo vínculos, en que se hace previsible la participación en la organización común del negocio.

²⁴⁷ “En el caso de los cónyuges, si bien puede existir una causa inmediata asimilable a la que se da en una contratación laboral, la causa esencial y mediata de cualquier prestación recíproca entre ellos se entiende que deriva del estado del matrimonio, en el que la colaboración o ayuda de uno de los cónyuges en los negocios del otro forma parte del deber de asistencia recíproca, que las partes no pueden modificar ni vulnerar por tratarse de normas de orden público que sirven de base para la organización jurídica familiar. Conforme con ello, la causa del objeto del contrato nunca podría ser la de un vínculo de índole laboral, lo que excluye la calificación del mismo como tal”. Cristina Del Carmen, «El trabajo en las relaciones familiares y sus efectos impositivos y en los recursos de la seguridad social», *El Cronista*, 23 de septiembre de 2013, acceso el 18 de enero de 2019, <http://www.cronista.com/fiscal/El-trabajo-en-las-relaciones-familiares-y-sus-efectos-impositivos-y-en-los-recursos-de-la-seguridad-social-20130923-0004.html>.

²⁴⁸ Alonso Olea y Casas, *Derecho del Trabajo*, 62.

Sin embargo, si consideramos a la subordinación en su correcta y moderna interpretación, no es del todo problemático este elemento. Ya se dijo que esta debe entenderse como la inserción del trabajador en la empresa, sujeto a la dirección del empresario. Pero aun así, los poderes de dirección y disciplinario pueden desdibujarse en este contexto²⁴⁹, no obstante la posibilidad de que estos se manifiesten de forma potente. Pero eso dependerá de las reglas comunes que se otorgue cada familia en la administración de un negocio, que pueden variar ostensiblemente de una a otra.

Donde aparece discutible la concurrencia de la subordinación es entre cónyuges en régimen de sociedad conyugal y convivientes civiles que hayan pactado comunidad de bienes. Como se analizó en su oportunidad, la contratación laboral entre cónyuges es el único caso de trabajo familiar en que la doctrina nacional se pronuncia, sin que exista acuerdo mayoritario en torno a la laboralidad de la prestación. Las normas que regulan la administración de los bienes en los casos indicados tornan difícil la sujeción de uno a la potencial dirección del otro, teniendo especial consideración que la pequeña empresa familiar por lo general se vale del inmueble que habitan los integrantes de la familia y de algunos de sus bienes para desempeñar sus actividades.

Por ejemplo, en el caso de la sociedad conyugal, si para garantizar operaciones de crédito que permitan la operatividad de su negocio, el tutelar de la empresa familiar requiere gravar el inmueble adquirido por él como persona natural a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal, requerirá la autorización correspondiente de su cónyuge que exige el inciso 3° del artículo 1749, aunque este se limite a prestar servicios para el negocio. Si lo estima, el cónyuge trabajador podría oponerse si aduce justo motivo, y el empresario, en tal calidad, no podría contravenir ni forzar su voluntad.

En el caso de los convivientes civiles que hayan pactado comunidad de bienes, como se estudió en el capítulo segundo, la DT ha señalado expresamente que no sería posible verificar la relación de subordinación entre estos, producto de las normas del cuasicontrato de comunidad a las cuales se remite la Ley N° 20.830, que confieren a los convivientes, entre otros derechos, el *ius prohibendi*, facultad que autoriza oponerse a los actos de administración de los otros comuneros²⁵⁰.

En los demás casos, habrá que atender a la técnica del haz de indicios para evaluar la relación en concreto, y así determinar si se configura la subordinación. En cualquier caso,

²⁴⁹ Gil Gil y Sagardoy, «El Trabajo Familiar», 199.

²⁵⁰ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 691/12».

es la falta de ajenidad la que justifica el desplazamiento de la laboralidad de la prestación. La subordinación, como expliqué, esta íntimamente ligada a esta última nota, y la ausencia de sus indicios pueden dar cuenta de la falta de ajenidad. No obstante, no se descarta que pueda configurarse una relación de trabajo familiar excluida del orden laboral, pero con notas de dependencia. De hecho, uno de los motivos por el cual los emprendimientos emplean familiares es justamente el compromiso y lealtad que se espera por parte de estos, lo que puede derivar en prácticas que denotan altos indicios de subordinación.

4. Remuneración

La ausencia de salario es el indicio más característico de la no concurrencia de la nota de ajenidad en el trabajo familiar. En la práctica, este se reemplaza por la cobertura de gastos de alimentación, vivienda, vestido, estudio y otros similares, además de la entrega ocasional de gratificaciones – lo que se conoce vulgarmente en Chile como “mesada”. Gastos que son asumidos por el patrimonio de la unidad económica familiar, que proviene de las utilidades del negocio del pariente con quien se convive. Rasgos que permiten caracterizar la relación como “productiva”, en los términos que se la ha estudiado.

Pero esta compensación, que algunos podrán argumentar corresponde al concepto de salario del artículo 41 del CT, no responde únicamente como retribución de los trabajos realizados por el familiar. Existen además consideraciones de afecto y también de deber de cuidado que se entremezclan para producir “una composición compleja difícil de asimilar sin más al salario en sentido estricto”²⁵¹. Consideraciones que pueden derivar en la práctica en una “compensación” muy superior a la que normalmente se practica en el mercado laboral por la actividad que realiza el trabajador familiar.

O, por el contrario, la compensación al familiar puede ser inferior al monto legal que corresponde pagar a quien ha pactado un contrato de trabajo. De hecho, este es el motivo por el cual en muchos casos se prefiere emplear familiares, sobre todo entre microemprendimientos de subsistencia.

La ausencia de remuneración ha servido para sostener la exclusión del orden laboral de otras formas de prestación de servicios. El autor Francisco Calvo ha señalado, por ejemplo, que:

²⁵¹ Menéndez, «El Trabajo Familiar», 336.

“(…) se ha negado de forma reiterada que la actividad del religioso en su Iglesia o Congregación pueda considerarse como un trabajo remunerado, ajeno y dependiente, sujeto por tanto, al ordenamiento laboral. Para ello, no se ha dudado en destacar la clara semejanza existente entre estas relaciones y los trabajos familiares, amistosos, benevolentes o de buena vecindad. En todas estas ocasiones encontramos la típica falta de retribución, propia del religioso con votos de pobreza”²⁵².

A su vez, la remuneración opera como indicio de la nota de ajenidad en la prestación de servicios. Si el familiar se sirve de los recursos que le provee regularmente el empresario en compensación por su trabajo para sostenerse de forma autónoma, puede considerarse vestigio del carácter asalariado de la relación, sin importar si el trabajador familiar “comparte techo” con el empresario y de si opta por destinar parte de aquellos ingresos para ayudar a solventar las cargas familiares. La convivencia que para estos efectos importa es la económica, la que incluso podría no coincidir con la física, como vimos al tratar el alcance de la presunción de exclusión de laboralidad en el derecho español. No hay que olvidar que es la unidad económica común la que desplaza la nota de ajenidad en los trabajos familiares, que se presenta igualmente cuando el trabajador familiar – supongamos, el hijo– habita en un domicilio distinto al del empresario – el padre–, pero se sirve de las utilidades de su negocio, que pasan a la unidad familiar común, para su sostenimiento.

Además, el salario es la causa del contrato para el trabajador, así como el objeto y principal obligación para el empleador. De faltar, no puede nacer a la vida jurídica el contrato individual de trabajo. Pero se insiste, la nota faltante en este caso sería la productividad. Sin perjuicio de lo anterior, hay que tener cuidado con aquella afirmación, y en general, precaución con lo que pacten nominalmente las partes, porque el salario puede no ser percibido en los hechos, pero debido en derecho, lo que sería consecuencia de acreditarse la relación laboral.

Esto obliga a asumir que el trabajo familiar puede prestarse para situaciones de fraude a la ley. Aparentes casos de esta figura pueden encubrir situaciones de prestación de servicios por cuenta ajena y subordinados. En estos casos, puede argumentar el trabajador que la remuneración se ha entregado en especie, a través de alojamiento y bienes básicos para la subsistencia –o bien, simplemente que se ha incumplido con esta

²⁵² Francisco Calvo, *Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica. Derechos Fundamentales y Organizaciones de Tendencia* (Madrid: Consejo Económico y Social, 1995), 138-139.

obligación—, y que ha concurrido a prestar sus servicios bajo subordinación y por cuenta ajena, por lo que concurre la presunción de laboralidad contenida en el artículo 8 del CT. O a la inversa, prestaciones de familiares que no importan bajo ningún aspecto una relación de ajenidad y subordinación, se utilizan para simular vínculos laborales por la vía de aparentar una remuneración, con el objetivo de conseguir algún tipo de beneficio de seguridad social o tributario.

C. Reconsiderar nuevamente el trabajo familiar en la legislación chilena

1. Ubicación del trabajo familiar en el Derecho del Trabajo

Luego de una revisión a los diversos aspectos de la prestación de servicios de un familiar en favor de otro, sus respectivas formas de manifestación jurídica, sus alcances en la economía, y especialmente, en virtud del estudio dogmático de la relación objeto de regulación por el Derecho del Trabajo, así como el ámbito de aplicación de las normas laborales nacionales, es posible afirmar que el trabajo familiar, cuando media convivencia económica, no corresponde ser calificado como una relación objeto de regulación por el derecho laboral, que importe la aplicación de las normas tutelares típicas de este ordenamiento.

Conclusión que es coherente con el tratamiento que tuvo históricamente en el ordenamiento laboral chileno el trabajo desarrollado en establecimientos en que solamente se emplean miembros de una misma familia, bajo la autoridad de uno de ellos. En especial, con las primeras leyes de la materia, que apartaban por completo la prestación de servicios que ocurriera en dichas empresas. Coincidir en este aspecto con añejas disposiciones, derogadas hace décadas, está lejos de ser un retroceso, si se advierte que legislación comparada hace propia esta exclusión. Los casos de España y Argentina ilustran mecanismos alternativos a través de los cuales opera el apartamiento del trabajo familiar, pero fundados en el mismo principio: el desplazamiento de la nota de ajenidad en la prestación de servicios entre familiares. Y sin ir más lejos, la conclusión señalada es similar a la manifestada por la DT en el Dictamen ORD. N° 174/2 de 2015, estudiado en el capítulo segundo. En dicho dictamen se señala:

“(…) en la microempresa familiar las relaciones de sus integrantes se asemejan a las existentes en las sociedades de hecho, asociaciones o cuenta en participación, la del trabajador independiente, (...) o aquellos que se efectúan discontinua o esporádicamente a domicilio, todos los cuales no dan origen al contrato de trabajo, según lo prevé el inciso segundo del artículo 8° del Código Laboral”²⁵³.

Interpretación de la Dirección que está circunscrita al análisis de la microempresa familiar, pero que es coherente con el estudio realizado en esta tesis, y que me permite afirmar que se debe hacer extensiva al trabajo familiar cuando concurre con la convivencia económica.

²⁵³ Dirección del Trabajo, «Dictamen ORD. N° 174/2».

No obstante, es necesario realizar algunos comentarios a lo recién concluido, que derivarán en la proposición final de esta tesis. En primer lugar, no toda forma de trabajo familiar debe considerarse excluido del ordenamiento jurídico-laboral. Más importante aún es determinar si en una prestación de servicios se dan las notas características de la relación que es objeto de regulación por este. El estudio realizado permite suponer que en los trabajos realizados por un pariente en beneficio de otro, entre los que media convivencia, lo más probable es que se desplace la nota de ajenidad, y en menor medida, la subordinación.

La cuestión es que, en términos prácticos, este examen no es sencillo de realizar en todos los casos en que un pariente preste servicios a otro. El análisis de los artículos 7 y 8 en cada situación puede implicar un gran desgaste para los trabajadores y propietarios de pequeñas empresas familiares, así como para la DT y los Tribunales de Justicia, cuando se requiera demostrar o derribar la calidad jurídica de trabajador por cuenta ajena.

En segundo lugar, dado el carácter tuitivo de la legislación laboral, "(...) iría en contra del mismo el permitir o facilitar medios para sustraer a determinadas personas de su ámbito, en virtud de situaciones ficticias"²⁵⁴. No debe ser este ejercicio de análisis de las prestaciones entre familiares un mecanismo para defraudar las obligaciones laborales y de seguridad social, o por el contrario, una herramienta para evadir responsabilidades tributarias u obtener beneficios de seguridad social indebidos.

En tercer y último lugar, la discusión sobre cualquier normativa que concierne a las pequeñas empresas debe además considerar el escenario económico en que se desenvuelven, expuesto en el primer capítulo. Sobre todo, debe atender los niveles de informalidad en que por lo general operan, puesto que tiene directa relación con la ocupación de familiares para la explotación del giro.

Estas aprehensiones me permiten concluir que queda pendiente señalar un mecanismo que califique claramente en qué sector de la frontera del Derecho del Trabajo se ubicará cada caso en particular de esta prestación de servicios, a partir de la constatación de elementos concretos.

²⁵⁴ Gil Gil y Sagardoy, «El Trabajo Familiar», 191-192.

2. Disposición legal expresa en el Código del Trabajo

En atención al escenario descrito, mi propuesta es una modificación al actual Código, que consista en la introducción de una norma similar a la que se estudió a propósito de la legislación española. Un precepto de carácter declarativo, que de acuerdo con el perfil de trabajador que pretende tutelar el Derecho del Trabajo – esto es, a quién trabaja por cuenta ajena y subordinado jurídicamente–, permitirá precisar el ámbito de aplicación de la legislación laboral, además de dar respuesta eficiente a las situaciones de trabajo familiar que se ubiquen al límite de una relación típica de trabajo. Básicamente, establecer una presunción legal que excluya de la regulación laboral los trabajos familiares, cuando se realicen en ciertas condiciones, las cuales permiten inferir el desplazamiento de la nota de ajenidad. Estas condiciones deben ser la convivencia y un determinado grado de parentesco. En el siguiente apartado se caracteriza con precisión la norma propuesta, a continuación de algunas cuestiones generales que explicaré en las siguientes líneas.

Al estudiar en el capítulo segundo la legislación actual de la materia en Chile, se pudo apreciar que no existe norma laboral que expresamente se refiera a la materia. Pero a partir de las normas que fijan el ámbito de aplicación del CT, y sobre todo, gracias a las interpretaciones de la Dirección en diversos dictámenes, se pudo concluir que en principio, la prestación de servicios de un familiar en favor de otro no debiese ser objeto de regulación por el Código. Pero esta exclusión fue a su vez objeto de algunos cuestionamientos, planteados al final de dicho apartado. Críticas en torno a algunos argumentos utilizados para justificar la exclusión, y también sobre el alcance de este apartamiento, el cual no quedaba claro de las interpretaciones realizadas por la Dirección.

La propuesta de esta tesis busca despejar aquellas dudas. Primero, al fijar una norma que señale con certeza que los trabajos familiares, bajo ciertos presupuestos, no son objeto de regulación por el CT. Segundo, al establecer un ámbito de aplicación de la exclusión claro – o al menos sencillo de delimitar, según las razones que se exponen más adelante–, que no torne difusa la “familiaridad”. Tercero, fijando ciertas normas e instituciones, que no obstante la exclusión, deben seguir regulando cualquier forma de prestación de servicios, incluyendo la de un familiar en favor de otro.

Además, la modificación legal debe permitir al trabajador la posibilidad de demostrar el carácter laboral de la prestación. Establecer un mecanismo que de forma sencilla posibilite justificar su condición de asalariado, básicamente por la vía de probar la falta de convivencia económica entre trabajador y empresario familiar. A su vez, el mismo

mecanismo debe permitir a quien tenga interés, la posibilidad de probar la exclusión del orden laboral de un trabajador familiar que no cumpla con las condiciones prefijadas en la presunción que se propone.

Como primera impresión, puede parecer contra el sentido del Derecho del Trabajo el que este tienda a la exclusión de determinadas formas de prestación de servicios. No darle protección jurídica integral al trabajo realizado entre familiares no es algo del todo problemático. Puede ser incluso preferible, si se considera que estas relaciones están tuteladas por los vínculos de parentesco que unen a quienes desarrollan estos trabajos. En las familias existen mandatos de distinta índole a los jurídicos, que permiten la tuición mutua de los intereses comunes y el diseño de reglas propias. Es más, a la luz de lo expuesto sobre la realidad económica en que desarrollan sus actividades las microempresas, puede incluso postularse como algo deseable disminuir las obligaciones legales que debe enfrentar el pequeño empresario, al menos en lo que respecta a los trabajadores familiares con quienes convive.

Esto admite suponer que no es del todo conveniente la plena tutela del Estado en la regulación de estas formas de trabajo, sino hasta el punto que sea necesario para garantizar ciertas cuestiones fundamentales, relacionadas con la especial protección de los menores de edad o una institucionalidad preparada para evitar fraudes a la ley por la vía de esta particular figura.

Por último, se propone esta disposición expresa porque permitirá a los órganos que tienen a su cargo la aplicación y fiscalización del derecho resolver de manera adecuada el mayor número de casos en un tiempo razonable, utilizando una cantidad de recursos ajustada a la realidad de las partes en eventual conflicto. Situación de vital importancia si consideramos que gran parte de las empresas familiares corresponden a unidades de subsistencia, que requieren de reglas claras – ojalá expresas– sobre la materia.

3. Características de la disposición

3.1. Relación de trabajo

El origen de este estudio tuvo como sustancia un determinado tipo de empresa – “familiar”–, que fue caracterizada en el primer capítulo. Si bien entre los fundamentos de esta propuesta se encuentra una especial consideración de las condiciones en que operan

estos establecimientos, es importante aclarar que la norma tiene por objeto excluir una determinada *relación* de trabajo del orden laboral.

Lo relevante es el vínculo particular que une a dos sujetos –titular del negocio y trabajador–, sin importar la caracterización que tenga la empresa en la cual se desarrollan los servicios. Se distingue así claramente de las normas que reconocieron el trabajo familiar en la legislación laboral chilena durante el siglo veinte, hoy derogadas. Estas disposiciones excluyeron del ordenamiento laboral ciertas formas de prestación de servicios –o algunos aspectos de esta relación– por ocurrir en establecimientos en que solamente se emplean miembros de una misma familia. De esta forma, se evitan confusiones respecto de trabajadores ajenos a la familia que pueden prestar servicios en el establecimiento.

3.2. Presunción simplemente legal

Debe operar como una presunción simplemente legal, según se define en el artículo 47 incisos 1°, 2° y 3° del Código Civil²⁵⁵, por oposición a una de derecho, de manera que se permita prueba en contrario. La exclusión de un trabajador de las normas tutelares laborales tiene serias implicancias, por lo que se debe permitir la posibilidad de derribar la presunción y alegar el carácter laboral de la prestación. Carga que debe soportar quien esté interesado en alegar dicha calificación, que por lo general será el trabajador familiar ante el empleador, no obstante la posibilidad de otras hipótesis, como puede ser la del empleador ante el Servicio de Impuestos Internos.

Derribar la presunción consiste en probar la falta de convivencia económica que la sustenta, la cual justifica el desplazamiento de la ajenidad, y en algunos casos, la dependencia, en la prestación de los servicios. Un criterio, que puede variar según el caso concreto, sería probar la remuneración en los servicios, que le permiten al trabajador hacerse responsable de sus necesidades de forma autónoma.

²⁵⁵ Art. 47. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. / Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. / Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

3.3. Convivencia

Si bien se dijo que la convivencia económica es la que interesa, para efectos de que la presunción sea aplicable es preferible que la norma exija la convivencia física, entendida esta como cohabitación de un mismo inmueble. En términos prácticos, es más fácil apreciar esta última —que es la que naturalmente se infiere del concepto—, la cual no reviste mayor complejidad probatoria, y a partir de ésta presumir la convivencia económica. Así, se aplicará la presunción de forma automática al trabajador familiar con mismo domicilio que el empresario, siendo carga de quien alega lo contrario demostrar la falta de convivencia económica.

Es válido argumentar que esto desdibuja en la norma propuesta la situación que por esencia justifica el desplazamiento de la ajenidad, cual es, la unidad económica común de la cual todos los convivientes se sirven para su sustento, que puede ocurrir incluso entre familiares que habitan distintos domicilios. Se podría optar por que la norma exija para efectos de la presunción la convivencia económica. Pero esto disminuiría los efectos prácticos de la norma, por cuanto en todos los casos de fiscalización del ente administrativo que corresponda, tendrá que indagar en los antecedentes familiares que permitan probar la unidad patrimonial, incluso sin que exista conflicto entre trabajador familiar y titular del negocio, para probar la exclusión de laboralidad de la prestación.

3.4. Grado de parentesco

Para efectos de dar cumplimiento al objetivo de la norma propuesta, si se configura una relación de “familiaridad”, acompañada de la convivencia, debiera ser indiferente el grado de parentesco para que la presunción opere. Incluso, la exclusión debiera ser aplicable para los “acogidos” por la familia y las parejas de hecho. Pero esto es un tanto peligroso, pues, totalmente en contra de su espíritu, podría facilitar que la norma se convierta en un mecanismo para la exclusión de trabajadores del régimen laboral.

En atención a dicha amenaza, ante la cual el legislador no ha de ser indiferente, debe proponerse un límite cierto para que la presunción opere sin problemas, no obstante lo que se dirá en el siguiente apartado para aquellos parientes que sean excluidos. Respecto de los parientes en línea recta, no me parece necesario determinar un grado de parentesco como límite para la presunción. En el caso de la línea colateral, tanto del parentesco por consanguinidad como por afinidad, el tercer grado parece el más adecuado, por cuanto este permitiría alcanzar las relaciones entre tíos y sobrinos que conviven en la

misma unidad económica familiar. Además, esta exclusión debe alcanzar también al cónyuge y al conviviente civil.

De cualquier forma, el grado de parentesco que debe alcanzar merece un especial estudio por parte del legislador al momento de determinarse, en consideración de otros antecedentes que exceden esta tesis, y que admiten la posibilidad de ampliar o reducir el alcance de esta exclusión. Por ejemplo, se podría estimar que figuras similares, que excluyen la aplicación de las normas laborales, han significado un excesivo apartamiento de trabajadores de las normas titulares.

Por el contrario, en virtud de la sostenida reducción de la natalidad en Chile²⁵⁶, que ha tenido impacto directo en el tamaño de las familias, reduciendo su cantidad de integrantes en comparación con épocas anteriores, se podría justificar la incorporación en la unidad familiar de convivencia de ciertos familiares de parentesco lejano, o incluso de personas “aceptadas” por la familia, lo que otrora habría sido impensado. O en el marco de políticas públicas en favor de la pequeña empresa familiar, se podría estimar ampliar el alcance de la presunción, con el objetivo de reducir las cargas legales que deben enfrentar. En fin, pueden ser diversos los motivos que justifiquen modificar el grado de parentesco propuesto para que opere la presunción de exclusión de las prestaciones familiares del orden laboral, sobre los que no corresponde profundizar en este estudio.

3.5. Parientes excluidos

Respecto de los parientes trabajadores que no alcanzan a ser parte de la presunción de exclusión de laboralidad que se propone, ya sea por no cohabitar en el mismo domicilio, o por no estar incluidos dentro del grado de parentesco que por la legislación se exija, operará la presunción contraria, esto es, la contenida en el artículo 8 del CT, siempre que se cumpla con los requisitos que la norma exige

Pero para los trabajadores familiares en aquellas condiciones – y los titulares de los negocios que aprovechen sus servicios–, deberá ser suficiente la prueba de la convivencia económica para derribar la presunción de contrato de trabajo. Más allá de la literalidad que

²⁵⁶ Enrique Donoso, «Descenso de la natalidad en Chile; un problema país, *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*» 2007; 72 (2), acceso el 22 de junio de 2019 <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchog/v72n2/art01.pdf>, 73; Instituto Nacional de Estadísticas, «Nacimientos en Chile disminuyeron 2,5% entre 2014 y 2015», acceso el 21 de abril de 2019, <https://www.inec.cl/prensa/detalle-prensa/2017/08/25/nacimientos-en-chile-disminuyeron-2-5-entre-2014-y-2015>.

pueda tener esta norma, no hay que olvidar que su sustento está en distinguir con mayor facilidad aquellas prestaciones familiares en que no se dan las notas características del trabajo que es objeto de regulación por el CT.

3.6. Alcance sustantivo de la exclusión

Finalmente, solo queda referirse al alcance normativo de la exclusión. Esta debe apartar de forma general a la relación de trabajo familiar de la aplicación del CT, excepto por ciertas disposiciones que tengan su origen en mandatos constitucionales y protegen bienes jurídicos especialmente tutelados.

El caso más relevante es el trabajo de niños y niñas, que no debe admitir excepciones, ni siquiera en el contexto de empresas estrictamente familiares. Sin duda se puede permitir el trabajo esporádico o accidental de estos, pero no pueden tornarse habituales. En el mismo sentido, no se puede permitir el trabajo nocturno de menores de 18 años a través de esta figura.

Más relevante que identificar cada hipótesis, se debe admitir la posibilidad de que algunos artículos del orden laboral puedan ser aplicables a los trabajadores familiares, pero estas normas deben señalar expresamente su alcance, de forma similar a cómo operan ciertas normas del CT respecto a los trabajadores independientes²⁵⁷.

4. Consideraciones sobre la norma propuesta

4.1. Críticas a la exclusión de laboralidad

En el estudio de la empresa familiar, se pudo apreciar que una de las razones que incentiva al titular de un negocio a emplear familiares es que la consanguinidad es un factor que facilita disponer del concurso de personas en forma oportuna y participativa. Pero por sobre todo, su mayor recompensa es la flexibilidad por parte de los trabajadores miembros de la familia, quienes estarían dispuestos a realizar esfuerzos adicionales por sobre los exigibles a un trabajador común. Mayores sacrificios tanto en la carga de trabajo, como en la compensación a recibir por estos. Se atribuye aquello a los lazos de parentesco, que tienden a generar relaciones de confianza y lealtad, los que pueden resultar vitales para pequeños establecimientos que comienzan sus operaciones.

²⁵⁷ Como el caso del artículo 216 letra c) del CT, citado en el capítulo segundo.

Sin embargo, tal como ilustró la discusión durante la tramitación de la Ley N° 20.539, que prohíbe a los menores de dieciocho años todo trabajo nocturno en establecimientos industriales y comerciales²⁵⁸, en la familia pueden aparecer todo tipo de abusos. Según datos levantados por UNICEF en 2006, un 75,3% de los niños y niñas en Chile ha recibido algún tipo de violencia por sus padres. Un 25,9% del total ha sido víctima de violencia física grave²⁵⁹. Además de los delitos contra las personas y contra la libertad sexual, según la distinción en materia penal, algunos padres y familiares son también los promotores del trabajo forzoso de menores, en ciertos casos por necesidad, en otros para aprovechar la mano de obra.

Si bien el caso de los niños y niñas puede ser dramático, el problema no se reduce a ellos. Bajo el manto de la familiaridad, se pueden ocultar formas de explotación laboral peligrosas. Presiones originadas en vínculos emocionales o en la dependencia económica pueden devenir en que adultos se resignen a aceptar jornadas de trabajo extensas y en condiciones inadecuadas. Por tanto, es dable entender que existan aprehensiones hacia la propuesta de excluir del ámbito de aplicación del CT ciertas formas de trabajo entre parientes. Se corre el riesgo de convertir la familia en un espacio de impunidad para abusos laborales.

Entonces, lo que parecía coherente desde el Derecho del Trabajo, puede encontrar una inesperada oposición en el Derecho de Familia²⁶⁰, especialmente entre quienes han estudiado temas relativos a violencia intrafamiliar y trabajo infantil. Los abusos cometidos en el interior de la familia son una realidad en Chile, lo cual es necesario tener en consideración.

Otra importante crítica a la propuesta de esta tesis proviene desde las posturas que se oponen a la “fuga” de relaciones de trabajo del derecho laboral, a través de figuras que apuntan a ocultar la subordinación. Se cuestiona la creciente colocación de trabajadores fuera del ámbito de aplicación del CT, bajo la justificación de reales o presuntas necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo. Para aquello, se recurre a modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, descentralización y deslaboralización²⁶¹.

²⁵⁸ Vid. *Supra*. Capítulo Tercero. B.1. “Antecedentes normativos del trabajo familiar”.

²⁵⁹ UNICEF, «Maltrato Infantil y Relaciones Familiares en Chile. Análisis Comparativo. 1994-2000-2006» (2008), acceso el 31 de enero de 2019, http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/maltrato_paraweb.pdf.

²⁶⁰ Reynaldo Perrone y Martine Nannini, *Violencia y Abusos Sexuales en la Familia: Un Abordaje Sistémico y Comunicacional*, 1a. ed. (Barcelona ; Buenos Aires ; México: Ediciones Paidós, 1997), 19.

²⁶¹ Ermida y Hernández, «Crítica de la Subordinación», Parte I, 72.

Una alternativa ante estas críticas es la propuesta de un “Derecho de los Trabajos”²⁶², que regule aspectos generales de todas las prestaciones de servicios, con indiferencia de si son subordinados y por cuenta ajena, pero conservando sobre esta última relación la especial tutela de la que actualmente es objeto. De esta manera, se resguardan derechos mínimos en toda forma de prestación de servicios, en especial de aquellos que se ubican en las fronteras del trabajo subordinado. En tal escenario, sería menos problemático para el legislador la exclusión del trabajo familiar que se ha propuesto, pues de cualquier forma podría ser objeto de regulación por las normas generales para el trabajo.

No se profundizará en esta iniciativa, dado que es bastante compleja. Ampliar de forma generosa el número de relaciones tuteladas, aunque sea a costa de una disminución en la intensidad de la protección, requiere de importantes voluntades políticas. Además, una propuesta así exige un gran estudio, que por cierto, excede este trabajo. Pero es relevante que sea postulada.

Otra alternativa para hacer frente a las críticas expuestas, y que se ofrece como contrapropuesta en el caso de que se opte por desechar la disposición sugerida, es la que a continuación brevemente se expone²⁶³: un Estatuto especial – en el CT o en alguna ley afín– que regule la prestación de servicios entre familiares cuando concorra convivencia económica entre las partes. De tal forma que, indiferente de cuál sea la ubicación que en concreto tenga una determinada prestación de servicios entre parientes, se le apliquen ciertas disposiciones especiales.

Normas para las relaciones de trabajo entre familiares, que la distinguen en solo algunos aspectos de la regulación del trabajo subordinado y por cuenta ajena. Diferencias principalmente en torno a instituciones que son de especial interés para pequeños establecimientos familiares: contrato de trabajo, remuneración y jornada. Respecto al primero, establecer normas que tiendan a disminuir las formalidades del contrato, para facilitar su suscripción. Sobre la remuneración, determinar un criterio distinto para fijar el monto del salario mínimo y modalidad para su pago. En cuanto al tiempo de trabajo, normas más flexibles para los parientes mayores de edad, pero no absolutamente permisivas. Y

²⁶² Entre los autores que se refieren a esta propuesta, aunque con diversos matices: Ugarte, «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», 145-148; Ermida y Hernández, «Crítica de la Subordinación», Parte II, 68.

²⁶³ Esta propuesta se fundamenta en el intento de conciliar dos aspectos ya estudiados. Por una parte, las conclusiones sobre el análisis dogmático de las notas que caracterizan al trabajo familiar. Por otra, las críticas que podría merecer una norma que presume la exclusión del orden laboral del trabajo entre familiares bajo ciertas condiciones.

por supuesto, que las normas prohibitivas relativas al trabajo de menores sean expresamente aplicables sobre esta relación. Respecto las disposiciones que imponen requisitos para que estos trabajen, como el inciso 2° del artículo 13 o el artículo 15 bis , ambos del CT, es razonable que no se exijan.

Este estatuto podría ser aplicado exclusivamente a las relaciones que ocurran en determinados establecimientos, como ocurría en la legislación laboral del siglo XX, ya derogada. La distinción puede ser en atención al tamaño de la empresa, a su calificación como empresa familiar; o por qué no, aprovechando una figura ya inserta en nuestra legislación, en las empresas que se acojan al régimen de microempresa familiar. Pero conservando la relación de trabajo como objeto de aplicación de este estatuto.

Las expuestas son las principales críticas que merece la norma propuesta. Se señalaron además algunas alternativas que intentan hacerse cargo de los cuestionamientos, las que tienen como característica ser coherentes con el estudio realizado a lo largo de este trabajo. Es justo exponerlas, pues el debate está lejos de agotarse en la disposición sugerida. El trabajo familiar está íntimamente vinculado a las discusiones sobre las fronteras del Derecho del Trabajo, las que son tan antiguas como esta rama del derecho, y sobre las que no parece que pueda haber consenso en el futuro cercano.

Sin embargo, se insiste en la conclusión ya expresada: es la presunción de no laboralidad de la prestación de servicios entre parientes – hasta el grado que se estime pertinente–, siempre que convivan con el empresario, la alternativa más consecuente con el análisis dogmático de los elementos que tipifican el trabajo objeto de regulación del Derecho del Trabajo. Propuesta que además permite facilitar la calificación jurídica de una relación de trabajo entre familiares, resolviendo las dudas que se esgrimieron en el capítulo segundo, que tenían su origen en el silencio de la legislación laboral sobre el tema. Finalmente, la disposición sugerida se condice con la exposición realizada en el primer capítulo, que dejó en evidencia la realidad económica en que operan la mayoría de las empresas familiares, espacio en que por naturaleza se desarrolla el trabajo familiar.

4.2. Consideraciones sobre la propuesta en otras áreas del Derecho

1. Sociedades

En consideración de que parte importante de los trabajos familiares se realizan en el contexto de sociedades, es importante entender cómo opera la presunción en estas. En términos formales, los servicios se prestan a una persona jurídica, la cual sabemos, no tiene relaciones de parentesco, tornándose inaplicable la presunción.

Sin embargo, esto es solo aparente, por cuanto la sociedad es la estructura jurídica tras la cual existen titulares de un negocio. Si tras esta personalidad jurídica se encuentra uno o varios familiares titulares del total de la sociedad, estamos ante una empresa familiar, tal como las describimos en el primer capítulo. Si un familiar trabaja en esta empresa, y además convive con uno de los socios, se configuran las notas que permiten la aplicación de la presunción, no obstante la posibilidad del trabajador de probar que su prestación es laboral.

En el mismo sentido, no debe ser distinta la conclusión en el caso que entre los socios, aparezcan titulares no familiares, pero con un matiz. En este caso, la unidad familiar de convivencia debe ser titular de al menos la mitad de la participación social, indistintamente de si es a través de un propietario, o por la suma de las participaciones de distintos miembros familiares entre quienes hay convivencia. De esta forma, podría aplicarse la presunción sobre el familiar no propietario, integrante de la unidad económica de convivencia, que trabaja en la sociedad.

2. Seguridad social

Una importante inquietud es que sucede con los trabajadores familiares en materias previsionales, en caso de admitir una norma de esta clase, que excluye trabajadores del ámbito laboral. No es un tema que corresponda profundizar en esta tesis, pero por su relevancia, es necesario comentar al respecto.

En teoría, lo que corresponde es su adscripción al mismo sistema previsional de las personas naturales que viven de la renta que les genera el ser titulares de un negocio, siguiendo la misma suerte que estos. En Chile, la única alternativa sería enterar cotizaciones previsionales en una cuenta de capitalización individual voluntaria, como dispone el artículo 92 J y siguientes del Decreto Ley 3500. No es posible considerarlos

trabajadores independientes, como se desprende de los artículos 89 y 90 del mismo decreto. Es un tema diferente si corresponde estructurar un mejor sistema previsional para quienes son titulares de pequeños negocios de subsistencia, o si debe equipararse al de los trabajadores dependientes. Pero lo mencionado sería lo más coherente hoy, considerando las notas características que se han expuesto sobre el trabajo familiar.

3. Derecho Tributario

Otra consideración relevante tiene que ver con los intereses fiscales, en especial, con los conflictos tributarios derivados por la declaración del gasto necesario a deducir de la renta bruta para producir la renta líquida. No es tema extraño para el Servicio de Impuestos Internos (SII) los salarios para familiares por sobre lo que se acostumbra en el mercado, que permitirían deducir de la renta imponible de la empresa importantes montos. El numeral 6° del artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta permite deducir como gasto, en cuanto se relacionen con el giro *los sueldos, salarios y otras remuneraciones pagados o adeudados por la prestación de servicios personales*.

Es necesario traer a colación el inciso segundo del numeral recién mencionado, que dice:

Tratándose de personas que por cualquiera circunstancia personal o por la importancia de su haber en la empresa, cualquiera sea la condición jurídica de ésta, hayan podido influir, a juicio de la Dirección Regional, en la fijación de sus remuneraciones, éstas sólo se aceptarán como gasto en la parte que, según el Servicio, sean razonablemente proporcionadas a la importancia de la empresa, a las rentas declaradas, a los servicios prestados y a la rentabilidad del capital.

Es importante considerar aquello, por cuanto de admitirse la presunción de exclusión de los trabajos familiares propuesta, va a generar consecuencias en este flanco de disputa entre titulares de empresas familiares y el SII.

Conclusión

La investigación desarrollada tuvo por objeto responder la pregunta planteada al comienzo de esta tesis: ¿es la prestación de servicios entre familiares objeto de regulación por el Derecho del Trabajo? El interés por responder esta interrogante se origina en dos situaciones. Por un lado, la importancia de la colaboración entre familiares en las pequeñas empresas, asistencia gravitante que les permite mantenerse operativas y dar sustento al grupo familiar. Por otra parte, la falta de una norma expresa que determine si el trabajo familiar corresponde ser tutelado por el CT y sus leyes complementarias.

En el primer capítulo, aproximarse al concepto familia importo para comprender el alcance de esta fundamental institución prelegal, además de delimitar qué es lo que debemos entender por aquella. El origen etimológico del concepto y su evolución dieron cuenta de inmediato de un rasgo elemental, que no obstante ciertas modificaciones, se conserva en su esencia hasta la actualidad, y que es fundamental para el tema de este trabajo: la familia como unidad de autosuficiencia económica, espacio del que dependen sus integrantes para su manutención.

Esto obligó a estudiar las empresas familiares, espacio en que por naturaleza opera el trabajo familiar. Se analizó cómo su composición híbrida, al integrar dos formas de organización –familia y empresa–, justifica lo extendida de esta forma de organización para desarrollar una actividad productiva, especialmente entre las microempresas; lo que luego se verificó a través de los instrumentos estadísticos disponibles, que dan cuenta de la realidad económica en que operan. Los datos revisados demuestran una alta proporción de empresas familiares en Chile, tendencia que aumenta en la medida que los negocios son más pequeños. Entre estos últimos, las estadísticas revelan que muchas son unidades de subsistencia, que operan con altos grados de informalidad, funcionando en muchos casos como sociedades de hecho, y en las que es habitual el empleo informal, con las consecuencias que aquello contrae, como la no escrituración de los contratos individuales de trabajo y el no pago de cotizaciones previsionales.

Gran parte del poder de sobrevivencia de las empresas familiares está explicado por la disponibilidad de recursos humanos altamente motivados. El trabajo no estaría incentivado exclusivamente por las compensaciones económicas que se derivarían de hacer crecer el negocio, sino también en consideraciones de prestigio, status y tradición familiar. Además, el carácter familiar permite disminuir costos por medio del

aprovechamiento de la vivienda común, el “know how” entre los parientes, y una mayor flexibilidad por parte de los trabajadores, quienes estarían dispuestos a hacer esfuerzos adicionales por sobre los exigibles a un trabajador común.

El estudio de la situación jurídica del trabajo familiar que se realiza en el capítulo segundo tuvo en consideración la realidad económica en que opera esta prestación de servicios, lo que justifica la exposición realizada en el primer capítulo de esta tesis. Este conocimiento permite ser críticos con la legislación laboral vigente, que no contiene norma alguna que haga referencia al trabajo familiar. Por tanto, es considerado como cualquier otra forma de trabajo subordinado, siempre que en la relación estén presentes los elementos esenciales del contrato de trabajo que señala el artículo 7 del CT y que no se encuentre en alguna de las situaciones del inciso segundo del artículo 8 del mismo código. Pero como se estudió, los rasgos del trabajo familiar le confieren una naturaleza difusa, lo que genera que no sea fácil apreciar la concurrencia del vínculo laboral en este tipo de relaciones.

Los escasos aportes de la doctrina nacional, centrados en la hipótesis de contratación entre cónyuges, no son concluyentes, y como es característico entre nuestros autores, concentran el análisis exclusivamente en apreciar la concurrencia de la subordinación en la relación de trabajo para determinar si el vínculo califica como laboral. Por su parte, los dictámenes de la Dirección del Trabajo expuestos son categóricos, pero limitados a las situaciones puntuales que analizan. Permiten inferir algunas conclusiones de carácter general, principalmente el reconocimiento del trabajo por cuenta ajena como componente típico de la relación laboral, elemento que se explica cómo es desplazado en ciertas relaciones de trabajo, lo que motiva que sean excluidas del ámbito laboral. Esta aclaración de la Dirección, además de las precisiones que realiza respecto las normas aplicables a los trabajadores de las microempresas familiares, y el alcance sobre la posibilidad de contratar laboralmente entre quienes hayan celebrado un Acuerdo de Unión Civil con régimen de comunidad de bienes, resultan fundamentales para el estudio que se realizó en el capítulo tercero, y en definitiva, para la conclusión de esta tesis, en orden a excluir del ámbito laboral el trabajo familiar, bajo ciertas condiciones.

Igualmente resultó trascendental el estudio de casos de legislación comparada, que incorporan una perspectiva de análisis más amplia sobre el tema. En los países que se expusieron, el trabajo familiar, cuando opera bajo determinadas circunstancias, se entiende excluido del ámbito de aplicación de sus respectivas leyes laborales, salvo algunos aspectos puntuales, como es el caso del trabajo de los menores. Dichas circunstancias son

básicamente presupuestos que evidencian el desplazamiento de la nota de ajenidad en la relación de trabajo.

En España esta es la principal justificación de la presunción legal de exclusión de los trabajos familiares del ámbito laboral, disposición expresa de Estatuto de los Trabajadores, que no hace más que aclarar lo que ya se desprende de la definición legal de trabajador dependiente, donde la nota de ajenidad se considera literalmente. Misma exclusión que opera en Argentina, con la diferencia de que en el país trasandino el criterio para la aplicación de la exclusión depende del análisis de cada caso concreto por el tribunal correspondiente respecto la concurrencia de la ajenidad en la prestación de servicios, ante la falta de norma expresa que delimite detalladamente qué familiares y en qué condiciones pueden presumirse excluidos del orden jurídico laboral.

Teniendo presente los antecedentes expuestos, en el capítulo tercero se reflexionó acerca del trabajo que es objeto de regulación de la disciplina jurídico laboral, a través del estudio crítico de los elementos que configuran esta relación. Se determinó, no obstante las necesarias diferencias entre algunos autores, que es el trabajo humano, libre, productivo, por cuenta ajena y dependiente aquel que es objeto del Derecho del Trabajo. El análisis exhaustivo de estos elementos permitió concluir que la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo, por lo que se concentró la reflexión en la ajenidad y en la subordinación, en cuanto notas tipificantes del vínculo laboral.

Además, en aquel capítulo se expusieron antecedentes normativos históricos, que dan cuenta de disposiciones en las distintas leyes que en su momento ordenaron el derecho laboral en Chile, las cuales demuestran el reconocimiento que tuvo la relación de trabajo entre familiares, además de distintos criterios para su regulación.

Los referidos estudios, realizados en los tres capítulos de esta tesis, permitieron alcanzar algunas conclusiones. Como se demostró en el primer capítulo, la familia no se reduce a una mera unidad de convivencia, sino también a una económica, lo que cobra especial relevancia entre aquellas que para enfrentar sus necesidades económicas dependen de una empresa familiar, que se sostiene por el trabajo de los parientes del titular del negocio. No es incorrecto asumir que el pariente que convive con el empresario y a su vez, trabaja para él, lo hace para una empresa común, en que los resultados de su trabajo se dirigen a un mismo patrimonio, que no es otro que el que tiene por objeto enfrentar las

cargas familiares y satisfacer las necesidades de los distintos miembros de esta. Pareciera ser que el trabajo del familiar no deja de ser en beneficio propio, por lo que nos encontramos con relaciones en las que se desplaza la nota de ajenidad.

Respecto la subordinación, entendida como la inserción del trabajador en la empresa, sujeto a la dirección del empresario, parece ser un elemento que puede concurrir en el trabajo familiar. Los poderes de dirección y disciplinario pueden difuminarse en este contexto, pero no es preciso justificar la exclusión de laboralidad por este motivo. La excepción es el caso de quienes hayan pactado Acuerdo de Unión Civil con régimen de comunidad de bienes, en donde la Dirección del Trabajo ha expresado que no sería posible verificar la relación de dependencia entre estos.

En Chile el análisis está centrado en la subordinación, prisma desde el cual no aparece del todo evidente la exclusión del trabajo familiar del orden laboral. Al contrario, la conclusión podría ser la opuesta a la que se plantea, si se concentra el estudio en el vínculo de dependencia. Pero es en virtud de que se reconoce a la ajenidad como elemento tipificante de la relación de trabajo, que me permito concluir, desde una perspectiva dogmática, que la relación de trabajo entre familiares, tal como ha sido caracterizada en esta investigación, no es objeto de regulación por el Derecho del Trabajo. Conclusión que debe ser la opuesta si el trabajo desarrollado es humano, libre, productivo, por cuenta ajena y subordinado.

En los servicios realizados por un pariente en beneficio de otro, entre los que media convivencia, lo más probable es que se desplace la nota de ajenidad, y en menor medida, la subordinación. La cuestión es que, en términos prácticos, este análisis no es del todo sencillo de realizar en cada caso. Es por esta dificultad, y para evitar eventuales fraudes a la ley, que se propuso una norma que establezca una presunción legal de exclusión de laboralidad, en los términos que se señalaron. Propuesta que se estima favorecerá a las pequeñas empresas familiares, que requieren de una normativa expresa, de sencilla aplicación y coherente con las políticas públicas que en los últimos años se han implementado para reducir la informalidad en que operan.

Puede parecer contra intuitivo el que se tienda a la exclusión de determinadas formas de prestación de servicios del orden laboral. No darle protección jurídica integral al trabajo realizado entre familiares no es algo del todo problemático, si se considera que estas relaciones están lo suficientemente tuteladas por los vínculos familiares que unen a quienes desarrollan estos trabajos. Puede ser incluso deseable disminuir las obligaciones

legales que debe enfrentar el microempresario, al menos en lo que respecta a sus trabajadores familiares con quienes convive. De cualquier forma, la propuesta considera la posibilidad de derribar la presunción, reservando al interesado la posibilidad de alegar el carácter laboral de la prestación entre familiares, y en caso de proceder la exclusión, no implica desplazar la tutela de cuestiones de relevancia constitucional y legal, como es el trabajo de menores de edad. Sobre estos últimos, las normas tutelares del CT y leyes complementarias, que se refieran a su especial protección, deben aplicarse sin limitaciones

No es correcto pensar que el derecho laboral está llamado a regular todas las relaciones de trabajo, sino solo aquellas que cumplen con ciertas notas. Luego de haber caracterizado al trabajo familiar en esta investigación, se ha concluido que lo más conveniente es que sea normado mediante un estatuto jurídico diferenciado. Afirmación que por cierto no está exenta de críticas. Pero es, a la luz de lo expuesto, la alternativa más consecuente con el análisis dogmático de los elementos que tipifican la prestación de servicios que es objeto de regulación del Derecho del Trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Acuña Aguirre, Eduardo y Sergio Olavarrieta Soto. *Empresas Familiares: su característica y diversidad*. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Economía y Negocios, 2004.
2. Alarcón, Manuel. «La informatización y las nuevas formas de trabajo». En *Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación y Derecho del Trabajo*. Alicante: Editorial Bomarzo, 2004. 9-18.
3. Albiol, Ignacio, Luis Miguel Camps, Juan López y Tomás Sala Franco. *Compendio de Derecho del Trabajo*. 3a. ed. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2008.
4. Alonso Olea, Manuel. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 2a. ed. Madrid: Editorial Civitas, 2002.
5. Alonso Olea, Manuel, y María Emilia Casas. *Derecho del Trabajo*. 18a. ed. rev. Madrid: Editorial Civitas, 2000.
6. Barassi, Ludovico. *Tratado de Derecho del Trabajo*. Versión castellana de Miguel Sussini. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953.
7. Bayón, Gaspar y Eugenio Pérez Botija. *Manual de Derecho del Trabajo*. Volumen I. 7a. ed. Madrid: Editorial Marcial Pons, 1967-8.
8. Calvo Gallego, Francisco. *Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica. Derechos Fundamentales y Organizaciones de Tendencia*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995.
9. Corral Talciani, Hernán. *Derecho y Derechos de la Familia*. Santiago: Editorial Jurídica Grijley, 2005.
10. Gamonal Contreras, Sergio. *Fundamentos de Derecho Laboral*. 4a. ed. actualizada. Santiago: Thomson Reuters, 2014.
11. Gamonal Contreras, Sergio y Caterina María Guidi Moggia. *Manual del Contrato de Trabajo*. 4a. ed. revisada y aumentada. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2015.
12. Gil Gil, José Luis y Juan Antonio Sagardoy. «El Trabajo Familiar». En *El trabajo*, coordinado por Luis Enrique de la Villa. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2011. 181-211.
13. Güitrón, Julián. «Prospectivas del Derecho Familiar». En *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre el Derecho de Familia*. Tomo I. Caracas: Comisión Central de Estudios de Postgrado, Universidad Central de Venezuela, 1994. 3-43.

14. Humeres, Héctor. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Tomo I. 19a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2016.
15. Jiménez, Patricio. *La Empresa Familiar*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1997.
16. Lanata, Gabriela. *Contrato Individual de Trabajo*. 4a. ed. Santiago: Legal Publishing, 2010.
17. Lasarte, Carlos. *Principios de Derecho Civil VI: Derecho de Familia*. 3a. ed. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2002.
18. Macchiavello, Guido. *Derecho del Trabajo: Teoría jurídica y análisis de las actuales normas chilenas*. 1a. ed. Santiago: Fondo de Cultura Económica, 1986.
19. Melis, Christian y Felipe Sáez. *El contrato individual de trabajo en los dictámenes de la Dirección del Trabajo*. Santiago: Legal Publishing, 2009.
20. Menéndez Sebastián, Paz. «El Trabajo Familiar». En *El Trabajo Autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*. Editado por Joaquín García Murcia. Editorial Aranzadi, 2007. 331-373.
21. Meza Barros, Ramón. *Manual de Derecho de Familia*. Tomo I. 2a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989.
22. Montoya, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 29a. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
23. Montoya, Alfredo. *Derecho y Trabajo*. 1a. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
24. Otárola, Eladio. *Tratado práctico de legislación laboral, previsional y civil*. 2a. ed. Santiago: Distribuidora Libros Jurídicos Ruth Villouta Chandia, 1971.
25. Palomeque, Manuel y Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. 14a. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.
26. Palomeque, Manuel y Manuel Álvarez de la Rosa. *Derecho del Trabajo*. 16a. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2008.
27. Pérez de los Cobos, Francisco y Javier Thibault. *El Teletrabajo en España: Perspectiva jurídico laboral*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, 2001.
28. Peña, Carlos. «¿Hay razones constitucionales fuertes en favor de un estatuto filiativo igualitario?». En *Instituciones Modernas de Derecho Civil: homenaje al Profesor Fernando Fueyo Laneri*. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1996. 140-150.
29. Peñailillo, Daniel. *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
30. Perrone, Reynaldo, y Martine Nannini. *Violencia y Abusos Sexuales en la Familia: Un Abordaje Sistémico y Comunicacional*. 1a. ed. Barcelona; Buenos Aires; México: Ediciones Paidós, 1997.

31. Plá, Américo. *Curso de Derecho Laboral*. Montevideo: Editorial Acali, 1978.
32. Ramos Pazos, René. *Derecho de Familia*. Tomo I. 6a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
33. Rojas, Irene. *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.
34. Rojas, Irene. *El Derecho del Trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2016.
35. Sandoval, Ricardo. *Derecho Comercial*. Tomo I. Volumen I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
36. Smith, Adam. *Investigación sobre la Naturaleza y causas de la Riqueza de las Naciones*. 1776. 2a. ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1958.
37. Somarriva, Manuel. *Derecho de Familia*. 2a. ed. Santiago: Editorial Nascimento, 1963.
38. Thayer, William. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 2a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984.
39. Thayer, William y Patricio Novoa. *Manual de Derecho del Trabajo*. Tomo II. 5a. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
40. Ugarte, José Luis. «La Crisis de la Subordinación y el Nuevo Trabajo Autónomo», en *La subordinación o dependencia en el contrato de trabajo: en el proceso de transformación de la empresa*. 1a. ed. Santiago: Editorial LexisNexis, 2005.
41. Urzúa, Leandra. *El Vínculo de Subordinación o Dependencia, como Elemento del Contrato de Trabajo (Jurisprudencia)*. Santiago: Editorial LexisNexis, 2003.
42. Valverde, Martín, Fermín Rodríguez-Sañudo y Joaquín García. *Derecho del Trabajo*. 17a. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.
43. Vázquez, Antonio. *Derecho del trabajo y seguridad social*. Tomo I. 4a. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.
44. Vázquez, Antonio. *Tratado del Derecho del Trabajo*. Volumen III. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982.
45. Walker, Francisco. *Apuntes de Economía Social y Legislación del Trabajo*. 2a. ed. Santiago: Impr. y Lit. La Unión, 1930.
46. Walker, Francisco. *Esquema del derecho de trabajo y de la seguridad social en Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965.
47. Walker, Francisco. *Nociones elementales de derecho del trabajo*. 5a. ed. refundida. Santiago: Editorial Nascimento, 1957.
48. Weber, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. 1922. Tomo I. Edición preparada por Johannes Winkelmann; nota preliminar por José Medina Echavarría. 2a. ed. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

ARTÍCULOS DE REVISTAS.

1. Caamaño, Eduardo. «El Empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo». *Revista Laboral Chilena*, N° 132 (Diciembre 2004): 61-71.
2. De La Villa, Luis Enrique. «El Concepto de Trabajador (art. 1.1)». *Revista Española del Derecho del Trabajo*, N° 100 (2000): 37-60.
3. Donoso, Enrique. 2007. «Descenso de la natalidad en Chile; un problema país». *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* 2007; 72 (2) (2007): 73-75. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchog/v72n2/art01.pdf>.
4. Ermida Uriarte, Oscar y Oscar Hernández. «Crítica de la Subordinación» (Parte I). *Revista Laboral Chilena*, N° 105 (Abril 2002): 67-74.
5. Ermida Uriarte, Oscar y Oscar Hernández. «Crítica de la Subordinación» (Parte II). *Revista Laboral Chilena*, N° 106 (Mayo 2002): 61-71.
6. Fariña, Lautaro. «Remuneración Variable: Elemento diferenciador y relación con las remuneraciones participativas». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 6, N° 11 (2015): 93-105.
7. Humeres, Héctor. «Evolución del Derecho del Trabajo en Chile». *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 5, N° 9 (2014): 167-179.
8. Irureta, Pedro. «La Regulación Jurídica del Trabajo Dependiente». *Ensayos Jurídicos* N° 3. Santiago: Universidad Alberto Hurtado (2007): 1-27.
9. Lepin, Cristián. «Los nuevos principios del Derecho de Familia». *Revista Chilena de Derecho Privado*, N°23 (Diciembre 2014): 9-55.
10. Lizama, Luis. «El Derecho del Trabajo Chileno durante el Siglo XX». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen 2, N° 4 (2011): 109-142.
11. Palavecino, Claudio. «La subordinación laboral: una relación en permanente cambio», *Revista Laboral Chilena* N° 9 - 10 (Septiembre-Octubre 1999): 76-80.
12. Pérez, Francesc. «Sin Frenos y sin Contrato: A Vueltas con la Ajenidad Laboral». *Anuario Institutu d'Estudis del Treball (IET). Presente y futuro del trabajo*. Volumen 5. Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona (2018): 123-132.
13. Sánchez, Ximena y Gladys Villarroel. «Socialización Primaria y Estructura Familiar». *Estudios Sociales*, N° 65. (1990): 87-95.

ARTÍCULOS EN SITIOS WEB

1. Cardelli, Liliana. «Contrato de Trabajo en el Ámbito Familiar». *Studylib*. 2014. Acceso el 6 de abril de 2019. <https://studylib.es/doc/5212513/contrato-de-trabajo-en-el-%C3%A1mbito-familiar-%E2%80%93-cra.-liliana-...>
2. Chile Atiende. «Crear una Microempresa Familiar». 2013. Acceso el 21 de junio de 2018. <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/25746>.
3. Del Carmen, Cristina. «El trabajo en las relaciones familiares y sus efectos impositivos y en los recursos de la seguridad social». *El Cronista*, 23 de septiembre de 2013. Acceso el 18 de enero de 2019. <http://www.cronista.com/fiscal/El-trabajo-en-las-relaciones-familiares-y-sus-efectos-impositivos-y-en-los-recursos-de-la-seguridad-social-20130923-0004.html>.
4. Instituto Nacional de Estadísticas. «Nacimientos en Chile disminuyeron 2,5% entre 2014 y 2015». Acceso el 21 de abril de 2019. <https://www.ine.cl/prensa/detalle-prensa/2017/08/25/nacimientos-en-chile-disminuyeron-2-5-entre-2014-y-2015>.
5. Organización Internacional Del Trabajo, «Convenio sobre las horas de trabajo» (núm. 1) (1919), acceso el 19 de enero de 2019. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C001.
6. UNICEF. «Maltrato Infantil y Relaciones Familiares en Chile. Análisis Comparativo. 1994-2000-2006». 2008. Acceso el 31 de enero de 2019. http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/maltrato_paraweb.pdf.

BASES DE DATOS.

1. Instituto Nacional de Estadísticas. «Banco de Datos de la Encuesta Nacional de Empleo». Acceso el 9 de enero de 2019. <http://bancodatosene.ine.cl/>.
2. Ministerio de Economía Fomento y Turismo. «Informe de Resultados: Formalidad de los emprendimientos en Chile. Cuarta Encuesta de Microemprendimiento». Santiago: Unidad de Estudios, 2016. Acceso el 9 de enero de 2019. <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/02/Informe-de-resultados-formalidad-de-los-emprendimientos-en-Chile.pdf>.
3. Ministerio de Economía Fomento y Turismo. «Informe de Resultados: Empresas en Chile. Cuarta Encuesta Longitudinal de Empresas». Santiago: Unidad de estudios, 2017. Acceso el 9 de enero de 2019. <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Bolet%C3%ADn-empresas-en-Chile-ELE4.pdf>.

4. Ministerio de Economía Fomento y Turismo. «Informe de Resultados: el microempresario en Chile. Quinta Encuesta de Microempresariado». Santiago: Unidad de Estudios, 2018. Acceso el 9 de enero de 2019.
https://www.economia.gob.cl/wpcontent/uploads/2018/02/El_microempresariado_en_Chile_mayo_2017.pdf.
5. Servicio de Impuestos Internos. «Estadísticas de empresas por tamaño según montos». Acceso el 9 de enero de 2019.
http://www.sii.cl/estadisticas/empresas_tamano_ventas.htm.

HISTORIA DE LEY

1. Biblioteca del Congreso Nacional. «Legislatura Extraordinaria Cámara de Senadores 1920-21».
2. Biblioteca del Congreso Nacional. «Legislatura Ordinaria Cámara de Diputados».
3. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. «Historia de la ley N° 19.749. Primer Trámite Constitucional: Senado». 1994. Acceso el 13 de febrero de 2019.
https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6024/HLD_6024_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf.
4. Biblioteca del Congreso Nacional. «Sesión Especial N° 27, de 28 de noviembre de 1995». Acceso el 19 de enero de 2019.
<https://www.bcn.cl/laborparlamentaria/wsgi/consulta/verDiarioDeSesion.py?id=669413>.
5. Biblioteca del Congreso Nacional. «Historia de la Ley N° 20.539. Primer Trámite Constitucional». 2011. Acceso el 19 de enero de 2019.
https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf.
6. Biblioteca del Congreso Nacional. «Historia de la Ley N° 20.539. Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados», Discusión en Sala. 2011. Acceso el 19 de enero de 2019.
https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_e47ba7d45468d4ea63633103d9452aed.pdf
7. Biblioteca del Congreso Nacional. «Historia de la Ley N° 20.539. Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados». 2011. Acceso el 19 de enero de 2019.
https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_6c03e16ffae75195179aa7abee7105f.pdf.
8. Biblioteca del Congreso Nacional. «Historia de la Ley N° 20.539. Tercer Trámite Constitucional: Senado». 2011. Acceso el 19 de enero de 2019.

https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/4509/HLD_4509_cfb629d55edaec3e61733b4b9e49fac7.pdf.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

1. Dirección del Trabajo. «Dictamen ORD. N° 423/27», del 29 de enero de 1997. Acceso el 31 de enero de 2019. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-87849.html>
2. Dirección del Trabajo. «Dictamen ORD. N° 174/2», del 14 de enero de 2005. Acceso el 31 de enero de 2019 <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-78472.html>.
3. Dirección del Trabajo .«Dictamen ORD. N° 4676/116», del 25 de octubre de 2005. Acceso el 31 de enero de 2019. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-88274.html>.
4. Dirección del Trabajo. «Dictamen ORD. N° 0058/00», del 7 de enero de 2010. Acceso el 31 de enero de 2019. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-97492.html>.
5. Dirección del Trabajo. «Dictamen ORD. N° 691/12», del 29 de enero de 2016. Acceso el 31 de enero de 2019. <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-108493.html>.

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

Chile:

1. Sentencia de Corte Suprema, de 7 de noviembre de 2016, ROL N° 20070/2016 (Unificación de Jurisprudencia). Sala Cuarta (Mixta).

España:

1. Sentencia del Tribunal Supremo Roj 7104/1997, 25 de noviembre de 1997.
2. Sentencia del Tribunal Supremo Roj 1445/2000, 24 de febrero de 2000.
3. Sentencia del Tribunal Supremo Roj 1525/2005, 11 de marzo de 2005
4. Sentencia del Tribunal Supremo Roj 3510/2000, 27 de abril de 2000.

Argentina:

1. Sentencia N° 93917 de 13 de agosto de 2001, Cámara Federal de la Seguridad Social. Sala I. “Segurotti, Luciana c/ANSES s/prestaciones varias”.
2. Sentencia 726 de 26 de noviembre de 2002, Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Segurotti, Luciana c/ANSES s/prestaciones varias”.
3. Sentencia del 20 de septiembre de 2012, Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I. “Volpi, Marisa Silvia c/MTEySS s/impugnación de deuda”.

4. Sentencia del 27 de febrero de 2009, Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala I. "M.T.M. S.R.L. c/A.F.I.P. -D.G.I. s/impugnación de deuda"