PROYECTO DE LEY

Modifica el artículo 8° del Código del Trabajo en los términos que indica

Presunción de laboralidad y concepto extendido de trabajador/a

Tabla de contenidos

I. Antecedentes.....3

II. Fundamentos del proyecto.....7

1. La evolución de la desprotección del trabajo humano.....7

2. Trabajo y subordinaciones.....9

2.1. La dependencia (o subordinación) económica.....11

2.2. La dependencia o subordinación funcional: el ingreso a la empresa o incardinación al proceso productivo del empresario 13

2.3. La Dirección del Trabajo y la subordinación laboral: una mirada contemporánea sobre la relación de trabajo 15

3. El contexto ocupacional: datos sobre población independiente que labora sobre la base de subordinación económica (y jurídica). Asalariados sin protección 18

4. La desprotección en materia de empleo y la lucha contra la precarización. Las fórmulas de reconocimiento de relación de trabajo bajo la idea de subordinación económica, funcional y/u operativa en derecho comparado 26

III. Del proyecto de ley.....32

Proyecto de ley

Crea el sistema de regulación del trabajador dependiente económicamente

I. Antecedentes

Es un hecho conocido que, al menos durante los últimos 50 años, se ha visto un deterioro de la eficacia y alcance del derecho laboral en su ámbito de aplicación y protección personal. Esto no se debe a cambios específicos respecto de la regulación, sino al proceso paulatino de *descentralización* del trabajo asalariado. Aquello que comenzó durante la década de 1970 ante la mundialización del comercio y el traslado y desmembramiento de las grandes fábricas a distintos espacios alrededor del mundo, también devino en un proceso dinámico que exigió flexibilidad a las relaciones entre asalariados/as y empresas.

En ese contexto se comenzó a hablar del trabajo periférico, o más bien, de zonas en las que quedaba comprometido el derecho laboral como regulación suficiente para servicios que acudían a otro tipo de normas, pero que coincidían (y coinciden), en gran parte, con aquel núcleo inamovible que supone una relación laboral: el ejercicio de la subordinación y dependencia donde por una parte —el empresario o empleador— ejercía (y ejerce) respecto de otro —el/la trabajador/a— un vínculo lo suficientemente estrecho, próximo y con plena sujeción funcional y económica. Ojeda Avilés, citando a Bercusson, asocia esa zona periférica del trabajo humano a tres grandes grupos de personas: (i) quienes realizan trabajos menores, puntuales o esporádicos; (ii) el trabajo autónomo con dependencia económica; y (iii) el trabajo irregular o informal. De esos grupos, los que representan un mayor interés serán los dos últimos.

Como puede suponerse, ese régimen de trabajo humano ubicado fuera del ámbito de influencia del derecho laboral —ya no previsional, aseveración parcialmente cierta en el caso chileno— se ha ido instalando dentro de las

formas de empleo de manera global y, por cierto, también ha impacto a la conformación del empleo a nivel nacional. Dentro de estos, el uso de figuras o formas jurídicas *no laborales* (contratos a honorarios o contratos de prestación de servicios con empresas unipersonales donde quien ejecuta la actividad encomendada es el

mismo dueño o titular de la empresa) prolifera y se utiliza como mecanismo preferente con el fin de eludir —sino de evadir— la cobertura de la legislación laboral en espacios donde indiciariamente se podrían advertir varias notas que son concordantes con las construcciones que la doctrina y la jurisprudencia han concebido a la hora de calificar el trabajo protegido por los estatutos laborales: *levantar el velo* de una determinada relación a través del principio de "primacía de la realidad".

En otras palabras, el desarrollo de múltiples formas de realizar las distintas actividades económicas en un mundo bastante distinto a la clásica industrialización de la primera mitad del siglo XX ha permitido establecer mecanismos de flexibilización, primero, y de precarización, luego, sobre las relaciones de trabajo existentes en ellas: procesos que se han denominado las formas atípicas de empleo.

En efecto, la pérdida del paradigma industrial fordista —cuna de las concepciones jurídicas que hasta hoy se aplican para el trabajo subordinado— y la predominancia de los sectores de servicios, momento en el que se expulsó a una serie de *trabajadores/as* del régimen de protección propia del derecho del trabajo. La dilución de la empresa clásica, en términos de H. Villasmil, llevó a lo que se denominó también una externalización funcional, primero (el cambio de roles y actividades necesarias en las empresas) a una externalización normativa: ante nuevas formas de trabajo no industriales no era aplicable —según las empresas— las normas laborales a esos prestadores de servicios[1].

En ese sentido, la mera idea de subordinación o dependencia como requisito para la calificación también ha cambiado su rostro; no ahora, sino dentro de un proceso de décadas, precisamente, a propósito de los cambios propios del sistema económico y productivo en el que nos insertamos. La mera idea de que la subordinación responde a un concepto eminentemente jurídico mediante el cual se legitima el ejercicio de un poder privado sobre una persona con la finalidad de encausar la producción al interior de la empresa aparece, hoy, sobrepasado por las circunstancias. Tanto el efecto de reorganización

económica, los procesos de huida a la legislación laboral a propósito de los mecanismos de contratación, y,

---

[1] VILLASMIL P., Humberto. *La reordenación del trabajo en la postmodernidad*. En SANGUINETTI R., Wilfredo y César Carballo M (coord.) “La tercerización empresarial en América Latina. Perspectiva Laboralista”, Palestra Editores, Lima, 2019, p.25

por cierto, la tecnificación y especialización de la mano de obra van diluyendo la idea de control disciplinario, pasando a agregarse una multiplicidad de otros factores: la dependencia económica, la subordinación funcional (u operativa) y, en algunos —y menores casos— la dependencia técnica que subyace a la relación entre empleadores y trabajadores. En palabras de Francisco Walker Errázuriz, si bien la subordinación tiene un aspecto jurídico o reglamentario, lo cierto es que la subordinación o dependencia laboral es más amplia: "surge del hecho de que alguien trabaje ***para otro"*** y que en este proceso exista sometimiento de aquel que presta el servicio[2].

Así, dado el contexto postmoderno en el que se encuentra el trabajo humano (y que ha venido a ser aún más evidente ante nuevas formas de organización empresarial y productiva, como ocurre en el caso de plataformas de servicios) frente a la organización de las actividades productivas/empresariales, es que es una necesidad readecuar el concepto que tipifica las relaciones laborales dentro del ámbito de protección del derecho del trabajo: crear o, más bien, mejorar, el marco de regulación que responda a criterios más amplios, pero que no se traduzca
—como finalidad— en eliminar la distinción binaria entre trabajadores/as dependientes e independientes. Sino que, por el contrario, refuerce el sistema legislativo en orden a dar protección respecto de quienes siguen estando bajo dependencia que le es propio a esta rama del derecho y mediante las distintas fórmulas de subordinación que replican, mediante otras modalidades, la subordinación de una persona respecto de otra.

La fórmula que se propondrá en este proyecto seguirá los lineamientos entregados por la Organización Internacional del Trabajo en su Recomendación N° 198, sobre relación de trabajo, de 2006 y las formas en que se ha resuelto jurídicamente, sea por vía legal o por interpretación de autoridad, en modelos comparados —español, alemán o el caso del Estado de California con la Ley AB5, de 2020—. Estos ejemplos nos permitirán conducir la idea de laboralidad mediante el examen y verificación de supuestos de trabajo dependiente, asimilables a lo dispuesto en el artículo 7° del Código del Trabajo, pero esta vez ampliándose respecto de la idea de trabajo humano en un sistema de

producción particularmente fragmentado y atomizado. En otras palabras, se pretende velar por entregar protección social

[2] WALKER E. Francisco. *Derecho de las relaciones laborales*. Ed. Universitaria, 1ª ed., Santiago, marzo de 2003, p. 263.

a quienes cumplen funciones en los procesos productivos principales de empresas que, habiendo optado por mecanismos de contratación no laborales, ejercen sobre ese personal distintos tipos de *subordinaciones*: económica, por una parte, pero también abiertamente dependiente en sede funcional y/u operativa.

El objetivo de este proyecto responde así a la búsqueda de esa cobertura perdida con la eclosión de múltiples modelos productivos que han dejado en la obsolescencia al paradigma Taylor-fordista mediante el reconocimiento de elementos configurativos del trabajo humano bajo un prisma más amplio y bajo la búsqueda de la idea de trabajo decente que ha promovido la Organización Internacional del Trabajo.

Al respecto, Juan Somavía (exdirector de la OIT), en la Memoria Anual presentada ante la Conferencia Internacional N° 87 (1999), describió a ese trabajo decente como un objetivo necesario para los años venideros, plasmándolo en los siguientes términos:

> La OIT se interesa por todos los trabajadores. Debido a sus orígenes, la OIT ha centrado esencialmente su atención en las necesidades de los trabajadores asalariados — la mayoría de ellos de sexo masculino — en empresas del sector estructurado, pero no se agota con ello su mandato, ni tampoco el mundo del trabajo. Casi todas las personas trabajan, pero no todos tienen un puesto de trabajo. Abundan, además, en el mundo las personas que trabajan demasiado y las que están desempleadas. La OIT debe interesarse por quienes trabajan al margen del mercado de trabajo estructurado: asalariados no reglamentados, trabajadores por cuenta propia, trabajadores a domicilio. La participación del sector no estructurado en el volumen total del empleo ha llegado a casi el 60 por ciento en América Latina. En África, a la economía no estructurada le ha correspondido más del 90 por ciento de los nuevos puestos de trabajo urbanos en los diez años últimos.

La búsqueda de esa finalidad —dar protección a quienes laboran al margen del mercado— se plasmará en el siguiente proyecto.

II. Fundamentos del proyecto

1. La evolución de la desprotección del trabajo humano

Este proyecto tiene por finalidad dar una respuesta a la problemática asociada con el concepto de autonomía prestacional (trabajo formalmente independiente o autónomo) cuando, en la práctica, adolece de los rasgos de independencia que lo caracterizan, emparentándolo derechamente con un estatuto de naturaleza laboral. Aquello que, en derecho comparado, se reconoce como parte de las zonas grises o de riesgo de interpretación asociado con los/as trabajadores/as considerados como *falsos* autónomos, pero que, pese a la formalidad estipulada entre los contratantes, se trata de actividades desarrolladas por personas íntimamente ligadas a los giros principales de las empresas, con carácter de permanente y bajo el alero organizacional de quien organiza el negocio en el cual se insertan.

Este proceso de *deslaborización* del trabajo humano (o desestandarización laboral según otros autores[3]) ha sido consecuencia de la reorganización empresarial a partir del último tercio del siglo XX, mediando una serie de eventos que, de la mano de las crisis económicas sucesivas, por una parte; y del proceso de mundialización del comercio, se tradujeron en procesos cada vez más claros de fragmentación de la industria clásica: subcontratación; filialización y desmembramiento societario (grupos de empresas); contratos temporales o de jornadas reducidas; o bien, el uso de mecanismos de contratación *atípicas* (en el que aparecen los "falsos autónomos"[4]) fueron solo algunas de las alternativas. Estos últimos han sido quizás los más representativos del fenómeno denominado como la "huida del derecho del trabajo", proceso "concebido para eludir la aplicación del ordenamiento laboral o, al menos, de algunos de los derechos consagrados por ese ordenamiento"[5].

---

[3] Ejemplo de esto lo encontramos en Adrián Goldin.

[4] Grupo que para el autor Antonio Ojeda Avilés lo integrarían: (i) el trabajo informal de pequeños vendedores callejeros, cuidadores de auto en la calle, buhoneros o manteros, entre otros; (ii) los profesionales desclasados; (iii) los autónomos proletarios, cuya formación profesional les permitiría ser suficientemente independientes, pero se encuentran asociados al entramado empresarial de modo tal que se diluyen en ellos como un obrero más; y (iv) los pequeños empresarios , esto es, conformados como pequeñas o micro empresas que forman parte de un grupo mayor de ellas, controladas

por entidades de gran tamaño. De esas, la tercera y, en parte, la cuarta clase representan los tipos en donde podríamos advertir mayores grados de subordinación en sus distintos aspectos.
Extracto de “La Deconstrucción del Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, Madrid, España, 2010, pp. 375-381.

[5] GOLDIN, Adrián. *Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo.* En: Derecho de las Relaciones Laborales, Madrid, Lefevre Eds., núm. 10, noviembre 2017, p. 4.

La respuesta a estos procesos deconstructivos o deslaboralizadores ha tomado distintas vías de solución. Más allá que cierta parte de la doctrina comparada abogue por la creación de la figura de un trabajador *sin adjetivos* (Massimo D'Antona en el caso italiano o Mark Freedland, en el Reino Unido), las formas en que se ha enfrentado este proceso se han contenido principalmente en tres mecanismos: (i) propuesta de ley que mantienen la idea de autonomía o independencia, pero entregando algunos derechos mínimos de naturaleza laboral; (ii) mediante el reforzamiento de la presunción de laboralidad, pero manteniendo inamovibles las categorías y conceptualización binaria entre dependiente e independiente; y
(iii) las legislaciones que han optado por ampliar el concepto de trabajador[6], particularmente considerando modelos de descentralización productiva como el que nos ocupa: la figura del independiente o contratista independiente.

Ejemplo del régimen de presunciones lo encontramos en las Directivas Europeas sobre trabajo a demanda o en contratos de cero horas (N° 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, 20 de junio de 2019), o bien, respecto de la propuesta de nueva Directiva (N° 2021/0414, de 21.12.2022) para el trabajo en plataformas digitales. También encontramos este mecanismo de solución en la denominada *Ley Rider* española, la que pretende dar cierto grado de certeza a las relaciones entre repartidores de plataforma y las empresas que los emplean (R.D.L N° 9/2021, en vigor desde agosto de 2021).

Por su parte, las instancias legislativas tendientes a ampliar el concepto de trabajador la encontramos en la Ley AB5 del Estado de California (2020) en la que, precisamente a propósito del trabajo supuestamente independiente, se delimitaron las hipótesis de hecho en las que efectivamente se podría estar ante esa figura (el contratista independiente), descartándose esta idea cuando en la ejecución del contrato entre una empresa y un trabajador independiente se verificaren las siguientes características:

- Que el trabajador independiente se encuentre libre de control y dirección por parte de la empresa que lo emplea;

[6] TODOLÍ S., Adrián. *Camino a la regulación del trabajo en plataformas digitales*. En: Palomo V, Rodrigo (coord.) *El trabajo a través de plataformas digitales. Problemas y desafíos en Chile*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2022, p. 26.

- Que el independiente presta servicios en actividades que no están incluidas dentro del (de los) giro(s) habituales de la empresa que lo contrata;
- Que ese prestador de servicios posee una estructura empresarial independiente de la empresa que lo contrata.

En un punto intermedio entre la idea de establecer presunciones y la idea de ampliar la *idea de trabajador* (o más bien: de protección laboral) encontramos la Recomendación N° 198 (2005) de la Organización Internacional del Trabajo. En éste se insta a los distintos Estados a establecer fórmulas que desactiven o ataquen aquellas relaciones de trabajo "ambiguas" en las que, pese a encontrarse reguladas dentro de mecanismos formalmente "autónomos" o de carácter civil/prestación de servicios independientes, dan cuenta de notas de evidente laboralidad en su ejecución. En palabras de Goldin, refiere a aquellas relaciones en las que se "conservan todavía rasgos fundamentales que les asocian inseparablemente del típico contrato de trabajo del que de algún modo se apartan: compromiso personal del trabajo humano (del prestador), desigualdad contractual, presencia de un sujeto dominante (el dador de trabajo), consecuente necesidad de amparo"[7]

2. Trabajo y subordinaciones

Como se señaló, el mecanismo —ni nuevo ni innovador— del uso de formas contractuales desconectadas con su ejecución práctica (la atipicidad contractual) lleva varios años *desestandarizando* la regulación del trabajo humano cuando este, a fin de cuentas, presenta severas notas de subordinación en sus distintos aspectos. Esa desestandarización impacta en el nulo reconocimiento de derechos y garantías mínimas respecto de personas que, en la práctica, parecen ser más bien asalariadas dependientes que profesionales o técnicos autónomos.

Es común sostener que el trabajo objeto de la regulación de las legislaciones laborales ha perdido su eficacia ante nuevas formas de organizar el proceso productivo y las consecuencias que incluso la tecnología ha ido generando en esta pérdida de vínculo entre quien emplea y quien trabaja,

siendo este el caldo de cultivo propicio para multiplicar las formas de contratación; pese a que en definitiva comparten elementos centrales.

[7] Ibid., p 10.

La idea de la subordinación jurídica —la hoy imperante— se centra en la relación empleador – trabajadores, como una explicación del modelo de trabajo que surgió con el proceso de industrialización y que pretende dar respuesta a la posibilidad de someterse uno al poder de otro, manteniéndose el ideario de libertad personal. Robert Castell, en ese sentido, ha señalado que esta subordinación admitida representaría el tránsito de la servidumbre al trabajo moderno y libre, pero sometido a la autoridad y al control, mediante a juridificación del contrato como razón de ser del Derecho del Trabajo. Por su parte, Alain Supiot, citando a A. Cottereau, indicó que el vuelco en la forma en que se concibió el trabajo (desde su etapa precapitalista) no fue sino una consecuencia de la necesidad de someter a la gran masa de obreros a la disciplina del trabajo, tal y como fuese un cuartel[8], transformándose en un mecanismo que: (i) reconoce el poder y el desequilibrio entre partes; y (ii) establece el modelo en el que esa asimetría y el sometimiento de una persona por otra sería justificado y justificable, sin volver a la servidumbre.

En cualquier caso, coincidimos con José Luis Ugarte en el entendido que el Derecho del Trabajo se ha construido como “un derecho de los contratos en la economía capitalista. De hecho, como se ha destacado, la idea central de esta disciplina ha sido y sigue siendo la subordinación”[9], pero —como se ha insistido en esta presentación— tal subordinación ha mutado y devenido en nuevas formas de sujeción personal y dependencia de quien trabaja respecto de quien se beneficia de ese trabajo.

Como apuntábamos, la dependencia y subordinación laboral responde en la actualidad a una multiplicidad de factores que permiten, más allá de la mera idea de obediencia o sumisión, construir la causa basal que permite la aplicación del contrato de trabajo. Por ejemplo, el trabajador actual (o postmoderno, como alguna literatura lo ha tratado, es una persona que se subordina tanto económica como funcional u operativamente, esto es, en donde la realización del encargo que hace la empresa que lo contrata excede de la mera coordinación y se transforma en la sujeción a reglas o condiciones de trabajo impuestas por la primera.

[8] Ob. Cit. SUPIOT
[9] UGARTE C., José Luis. Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica (Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014), p. 68.

Revisemos estas dos vertientes en la idea de subordinación o dependencia laborales:

2.1. La dependencia (o subordinación) económica

Escapando al concepto jurídico, debemos anteponer un análisis evidentemente material derivado de la relación y dependencia económica, como una suerte de rasgo de subordinación, entre empresas y trabajadores (o prestadores de servicios, si hasta este punto se prefiere) como una condición para establecer la categorización laboral.

Fernando Muñoz, en un esfuerzo interpretativo para destrabar la dependencia (económica) de la subordinación (jurídica), propone como definición de la primera "como la situación material propia de un sujeto cuyos ingresos dependen significativamente de las prestaciones que realiza para otro, es decir, como una situación de *dependencia económica*"[10]; condición que se asemeja mucho a estas "terceras vías" que se han regulado o reconocido en el derecho comparado, como ocurre con el TRADE español o con el *worker* inglés, los que apuntan a la definición de un cuasi-trabajador o un para-subordinado con acceso puntual a ciertas regulaciones laborales y a prestaciones de seguridad social en la medida que el ingreso mensual o anual de esa persona se sostiene mayoritariamente por una o más personas.

Este autor trae a colación lo concluido por Henri Capitant y Paul Cuche en una obra de 1930. Estos dos autores concluyeron que la dependencia económica refleja más adecuadamente la racionalidad propia de ese tipo de protección dando cuenta que "el vínculo de subordinación entre aquel que proporciona el trabajo y aquel que lo remunera no puede ser considerado como el único criterio distintivo del contrato de trabajo. Es necesario yuxtaponer otro, la 'dependencia económica' de aquel que proporciona el trabajo en relación a quien lo remunera"[11]. Y, a renglón seguido, Muñoz

[10] MUÑOZ L., Fernando. “La dependencia económica como categoría jurídica necesaria en la era del empleo profesional proletarizado”, en *Las fronteras del Derecho del Trabajo y la precarización del empleo”,* coord. Irene Rojas Miño (Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas Santiago, 2019), p. 26.
[11] Ob. Cit., MUÑOZ, p. 30.

cita nuevamente a esos autores con relación a la definición misma de dependencia económica:

> Hay dependencia económica cuando, por una parte, aquel que proporciona el trabajo obtiene así único o al menos su principal medio de existencia y que, del otro lado, aquel que remunera el trabajo utiliza enteramente y regularmente la actividad de aquel [...] de tal manera que el prestador del trabajo no tenga ni la necesidad ni la posibilidad de trabajar para otros empleadores.[12]

Y si bien esta postura fue abandonada por la jurisprudencia judicial francesa a contar del año 1931, el mismo autor trae a colación otros fallos de ese país en los que se ha aludido a esa dependencia (la económica) como un complemento a la idea de control jurídico como subordinación, incardinándose en casos tales como (i) profesionales autónomos que prestan servicios para un único cliente, sin tener más clientela; o (ii) cuando la determinación del precio, la tarifa o los honorarios depende de una única parte del contrato.

Desde un punto de vista comparado ha sido la definición de Rolf Wank[13] aquella donde parece sostenerse con más claridad la idea de dependencia (y calificación de un contrato como laboral) a partir de los elementos económicos que lo definen. Para este autor, para que exista contrato de trabajo debieren cumplirse con cuatro requisitos dentro de la relación entre empresa y *prestador de servicios*:

- Que sea desarrollado personalmente sin ayuda de un tercero;
- Que se ejecute para un único empresario;
- Que el mismo servicio pudiere desarrollarse —en esa empresa— por un trabajador asalariado; y
- Que se presta sin la intermediación de otra empresa

[12] Ibid., p. 31.

[13] Citado por FERREIRO R., Consuelo. “Dependencia económica y trabajo autónomo: lecturas desde el derecho francés”, en Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte [online], vol. 14, núm. 2, 2007,
p. 107. Recurso disponible en: https://bit.ly/3kV6v8k.

2.2. La dependencia o subordinación funcional: el ingreso a la empresa o incardinación al proceso productivo del empresario

Alain Supiot define indistintamente la idea de dependencia o subordinación funcional como el resultante de la integración del trabajador a la empresa[14]: representa una forma de entender cualquier relación subordinada, emparentándose con la definición que, en nuestra doctrina, hizo Francisco Walker citado al inicio de esta presentación.

Para el autor francés, la subordinación en este caso viene dada por un signo o símbolo de pertenencia al lugar en donde (o para quien) se presta un servicio. Alude, además, que este criterio fue paulatinamente desechado ante la apertura que proponía para el encasillamiento laboral de una serie de actividades que podían no ser necesariamente objeto de protección del derecho del trabajo. Por ello, finalmente, se optó en un primer momento por preferir el modelo de subordinación jurídica. Sin embargo, coincide con la exposición de Fernando Muñoz en tanto devino (la dependencia económica bajo la lectura de subordinación funcional) en una forma de objetivar el proceso de la prueba de indicios de laboralidad siempre de cara a un paradigma productivo y empresarial fijo: la empresa fordista, modelo industrial en retirada desde hace más de medio siglo.

¿Cómo?

Expone Supiot que esa incardinación en la empresa se traduce en una serie de otros indicios materiales: imposición de tiempos y lugares de trabajo; el respeto a procedimientos internos, los programas o de los sectores geográficos; el comportamiento patronal de quien da órdenes[15 y 16].

[14] Ibid.
[15] Ibid., p. 73.
[16] También en ese sentido, reconociendo ese elemento como parte de los haces de indicio dentro de las sentencias dictadas a favor de la laboralidad en el derecho comparado, ob. cit., LIZAMA y LIZAMA, p. 45.

Hasta ahí, la tesis de Supiot recoge indirectamente la suerte que también ha tenido la dependencia económica como una suerte de criterio funcional y supeditado a un examen caso a caso y particular, pese a que puede ser de mucha utilidad.

José Luis Ugarte, por su parte, lo considera como uno de los criterios a ser utilizados para lograr superar los problemas y rigideces que se derivan de la operación jurídica al interpretar las zonas grises del trabajo, pero sin apuntar a él como un criterio definitorio para encausar la laboralidad. O, más bien, para definir qué grupos —de los que hoy aparecen como trabajadores excluidos de protección laboral— podrán ser calificados como asalariados[17].

Pero más allá del uso complementario que hemos señalado, concordamos con la tesis de Manuel Álvarez de la Rosa, quien de forma sistemática trató los distintos mecanismos, momentos y exponentes que dieron cuerpo, en su análisis, a la construcción jurídica del contrato de trabajo. Dentro de ellos, y siguiendo en parte los postulados de Saint-Simon —sobre la construcción de la sociedad con base en el orden industrial y la regulación de poder dentro de la empresa— define con claridad lo que implica la sujeción del trabajador a la empresa y el objeto de la subordinación en tanto la obligación de cumplirlos conforme a los requerimientos del empresario[18]. Al entrar a la empresa, citando a Miguel Rodríguez-Piñeiro Ferrer, esta organización **lo hace miembro dependiente de la empresa ajena**. Y, es más, donde parece aún más acertado el análisis de este jurista es al sostener que la regulación jurídica o lo juridificación del trabajo no tiene objeto sobre el trabajador, sino que sobre el empleador, de modo de poder establecer con claridad los límites al poder patronal. Señala al respecto:

> La fuerza de trabajo está a disposición del empresario, con una evidente vinculación personal, de tal suerte que la necesidad de la construcción jurídica del trabajo subordinado aparece en la medida que es preciso

regular el **poder de someter a la otra parte** y, de esta manera, limitar la situación de inferioridad en que se desarrolla el propio

[17] UGARTE C., José Luis. “La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo”, en Gaceta Laboral [online], vol. 11, núm. 1, enero-abril, 2005, Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, p. 31
[18] Ob. Cit., ÁLVAREZ DE LA ROSA, pp. 126-127.

> trabajo […] La inserción del trabajador en la empresa **es la realidad que explica la fuente, la naturaleza y el contenido** de la subordinación del trabajador.[19]

Así, para este autor, la subordinación no es, en sí, una forma jurídica independiente y creada *para* definir al contrato de trabajo. Por el contrario, el elemento histórico tras la conformación del trabajo que reguló la legislación laboral no fue otro que considerar aquel poder natural y propio del sistema de trabajo como cuestión de hecho —ilimitado— como un ámbito requerido de controlar, motivo por el cual se interpone entre ambos y ese poder ilimitado la construcción jurídica del contrato y la idea de subordinación. En otras palabras: el trabajo asalariado es, por naturaleza, subordinado y, por tanto, un ejemplo de poder entre una parte respecto de la otra.

En los tiempos que corren y dado —precisamente— la reformulación de procesos productivos, de esa *huida al derecho del trabajo*, consideraciones como las asociadas con este requisito de subordinación y dependencia han dado pie —como se verá— a la definición de trabajo protegido por normas laborales, apuntando en ese sentido el presente proyecto.

2.3. La Dirección del Trabajo y la subordinación laboral: una mirada contemporánea sobre la relación de trabajo

Finalmente, y a modo de corolario, lo que hemos tratado en este punto sobre las distintas *subordinaciones* que darían posibilidad de ampliar el concepto de trabajo regulado y protegido por la normativa laboral ha sido también tratado por la Dirección del Trabajo en una serie de dictámenes durante los últimos 25 años.

Un pronunciamiento que ejemplifica y resume tal tránsito interpretativo es aquel contenido en el Ord. N° 1831/39, de 19.10.2022, dictado a propósito de la entrada en vigor de la Ley N° 21.431 sobre trabajo en

plataformas de servicios digitales. En este, el Director del Trabajo reproduce los condicionantes del trabajo moderno y, en sí, la

[19] Ibid. [los énfasis son propios]

búsqueda de aplicar —sin ánimo expansivo— la protección al trabajo humano cuando este, sin dudas, sigue estando bajo régimen subordinado y dependiente.

En ese sentido, podemos destacar el siguiente pasaje:

> La jurisprudencia de este Servicio, en este sentido, ha señalado que: "(...) corresponde al empleador la dirección, orientación y estructuración de la empresa organizando el trabajo en sus múltiples aspectos: económico, técnico, personal, etc., lo que se traduce en una facultad de mando esencialmente funcional, para los efectos de que la empresa cumpla sus fines, la cual, en caso alguno, es absoluta, toda vez que debe ser ejercida por el empleador con la responsabilidad que le atañe en la realización del trabajo, con vistas a que su éxito sirva a los inversionistas, trabajadores y a la comunidad' (Dictamen NºS.423/249 de 25.08.1995).
>
> El empleador, en consecuencia, es quien tiene facultades reconocidas por el legislador, lo que es expresión de un poder y control sobre el comportamiento y persona de la o el trabajador, quien limita su libertad por una remuneración.
>
> Por tanto, la subordinación y dependencia implica el ejercicio de un poder y control sobre la persona del trabajador, realidad que reviste múltiples manifestaciones de difícil agrupamiento en una sola definición, pues se trata de una idea abierta cuyo contenido es la dirección y control sobre el trabajador.
>
> Ahora bien, si en toda relación de trabajo se encuentra a una persona subordinada bajo la potestad del empleador, la libertad de la persona que trabaja nos entrega el motivo que fundamenta la protección que le otorga la subordinación, desde que aquel ha cedido parte de su libertad para prestar servicios en aras de sujetarse a la potestad de su empleador.
>
> Luego, habiendo sido expuesto que la subordinación y dependencia es el elemento fundamental para establecer la existencia de una relación de trabajo dependiente, o en caso de no ser verificada, una relación de trabajo independiente, debemos atender, asimismo, que la manifestación

de esta figura debe ser analizada a la luz de los indicios que se verifiquen en la realidad conforme a la presunción de laboralidad que establece el inciso 1° del artículo 8° del Código del Trabajo.

> Por lo mismo es útil observar la subordinación en sus dos variantes, esto es en primer orden, la subordinación jurídica como la sujeción a las órdenes e instrucciones que imparte el empleador al trabajador y el control directo e inmediato que realiza este último respecto del primero; y, en segundo orden, la subordinación jurídica de índole funcional, esto es, aquella que atiende a los rasgos productivos de la relación entre las partes para determinar la existencia de contrato de trabajo
>
> Sin excluir o descartar la primera vertiente, en este esquema de trabajo cobra también relevancia la segunda variante, **por cuanto enfoca la configuración de la subordinación o dependencia en su vertiente funcional**, la que "no solo se traduce en órdenes e instrucciones del empleador al trabajador, sino que también en la posición que ocupa el trabajador en el proceso productivo de la empresa". En otras palabras, **también existirá subordinación funcional en la medida que el trabajador se integre en el ámbito de organización y dirección de una empresa**. (Todos los destacados son propios).

Son estos, como se ha manifestado, los elementos actuales con los que se ha construido el sistema de organización empresarial y la inserción del trabajo humano dentro de ella, definiendo aquellas personas que aun merecen la protección laboral — por sobre aquellos que seguirán siendo válidamente regímenes de trabajo independiente—, sin dejar de lado la certeza jurídica ni los principios que les son propios a esta rama del derecho.

No se trata, como se advirtió, de regular el trabajo sin adjetivos, sino que, de ampliar en la medida justa y necesaria el trabajo humano que mantiene las condiciones de ser subordinado y dependiente sin caer en limitaciones conceptuales ya obsoletas respecto de relaciones de producción modernas, evitando la precarización laboral y la inserción endeble al mercado laboral, como se tratará en el capítulo siguiente.

3. El contexto ocupacional: datos sobre población independiente que labora sobre la base de subordinación económica (y jurídica). Asalariados sin protección

La población asalariada, conforme el glosario utilizado por el Instituto Nacional de Estadísticas corresponde a la siguiente definición: “es la persona que trabaja para un empleador, jefe o patrón y percibe una remuneración en forma de sueldo, salario, comisión, propinas, pagos a destajo o en especie”. Dentro de este grupo encontraremos al *asalariado privado* que incorporará a todos/as quienes laboren en la condición anterior y que lo hagan fuera del ámbito público (en instituciones o empresas del Estado), independiente del sector económico donde se desempeñan.

Dentro del ámbito que ocupa a este proyecto, existe un número relevante de asalariados/as que, pese a la forma en que se ejecuta el vínculo prestacional —y cuya naturaleza pudiere quedar comprendida dentro de los supuestos que regula el artículo 7° del Código del Trabajo— no recibe protección por parte de la legislación laboral. Es decir, obran como mecanismos de prestación de servicios validados por formas jurídicas distintas al contrato de trabajo, o bien, por ausencia de cualquier tipo de contrato o forma contractual para su regulación.

Son los representantes de este nuevo régimen de organización del trabajo humano.

Ese contexto de trabajo y relaciones entre empresas y personas que laboran es aquel denominado como *inserción laboral endeble* o derechamente como parte de la categoría de trabajadores/as informales.

La inserción laboral endeble:

> comprende características ocupacionales que impulsan o facilitan la exclusión del trabajador, expresadas en formas de participación intermitente en la actividad laboral, modalidades contractuales que no garantizan la permanencia y el desempeño en actividades laborales redundantes para los requerimientos del aparato productivo. En definitiva, un modo de inserción laboral asalariada que involucra múltiples formas de presentarse, con una precariedad laboral que se manifiesta en lo endeble que resulta respecto de la continuidad en el trabajo[20].

[20] RETA, Magdalena, y TOLER, Stella, "Informalidad laboral por inserción endeble: el caso de Concordia (Entre Ríos, Argentina)." Ciencia, Docencia y Tecnología XXIV, no. 46 (2013):97-121. Redalyc, https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=14527692004.

Es decir, más allá de que puedan utilizarse formas jurídicas en principio válidas, carecen de protección suficiente desde el punto de vista de la ejecución de un trabajo más bien dependiente (condición de *asalariado/a* como prototípica en ese tipo de relaciones).

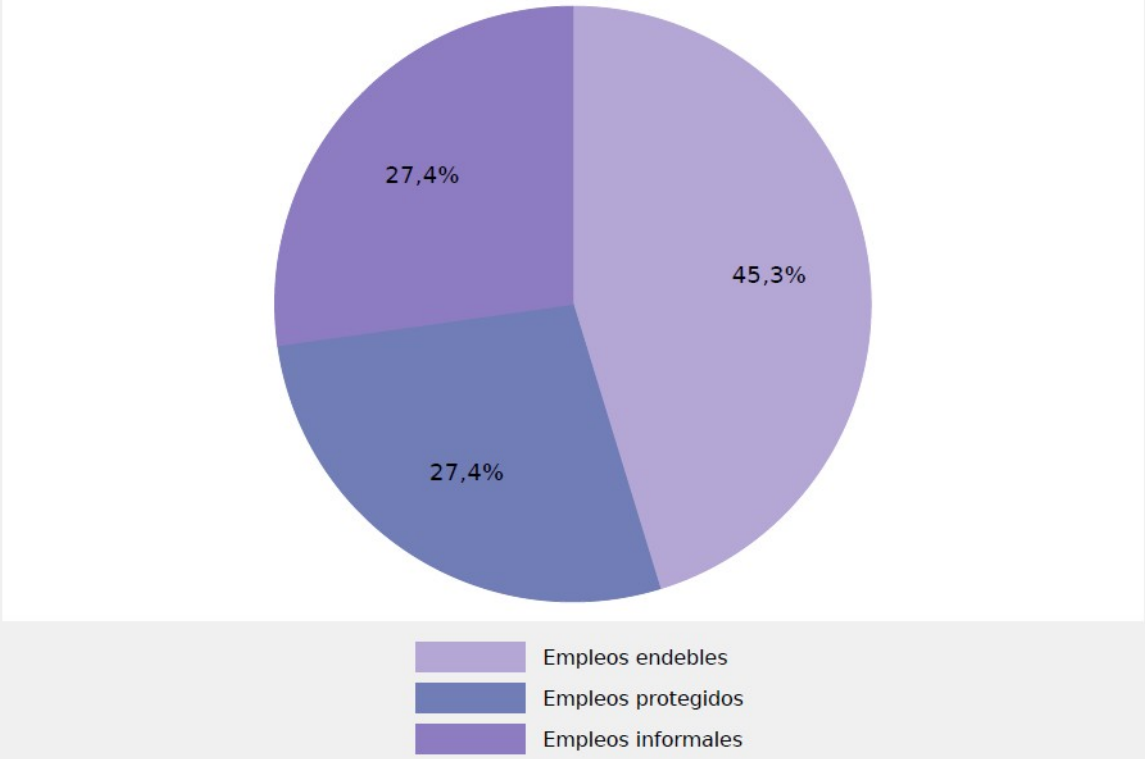
Complementario a esa definición se encuentra la elaborada por la Fundación Sol en su Informe Mensual de Calidad de Empleo (IMCE), para quienes el empleo o inserción endeble:

> busca abarcar vulneraciones de la calidad del empleo que se producen incluso cuando se tiene un empleo formal. Para ello, se contabilizan quienes trabajan de forma externa, quienes trabajan en el sector de hogares, quienes trabajan de forma independiente pero se encuentran en alguna situación de enganche con una empresa de mayor tamaño y quienes no presentan cobertura en alguna dimensión que va más allá de la cotización de AFP o salud, como el derecho a vacaciones, a enfermedad con licencia, al Seguro de Cesantía, la presencia de un contrato escrito, entre otros elementos.[21]

Por su parte, la ocupación informal o personas asalariadas que cumplen funciones dentro del mercado informal responderá, en terminología utilizada por el INE, a "las personas que se emplean como asalariadas y que no cuentan con cotización de salud (Isapre o Fonasa) y previsión social (AFP), además de los familiares no remunerados, y quienes trabajan (como asalariado/a, empleador/a o trabajador/a por cuenta propia) en unidades del sector informal (unidades que no cuentan con registro en el SII y no pueden ser calificadas como cuasi-sociedades, es decir, no tienen contabilidad completa ni simplificada)."[22].

En términos de ocupación general y tipos de inserción, de acuerdo con tal Informe Mensual de Calidad del Empleo, el mercado laboral —respecto de trabajadores/as— en Chile se ordena de la siguiente manera:

[21] Fundación Sol. Informe Mensual de Calidad de Empleo (IMCE), periodo febrero – abril 2023, mayo 2023,
p. 29.
[22] Instituto Nacional de Estadísticas. Glosario de Encuesta Nacional de Empleo. Citado por Fundación Sol, IMCE mayo 2023, p. 27.



Fuente: Fundación SOL en base a ENE trimestre FMA2023

Los empleos protegidos —considerando aquellos que mantienen el acceso pleno a todos los regímenes de seguridad social y cuentan con respaldo escrito-contrato— representan tan solo el 27,4% de la población asalariada total, frente a un total en donde predomina el empleo endeble y el informal, este último casi emparentado con el formal- protegido.

Los estudios de la Fundación Sol se enmarcan en el análisis de datos provenientes de la Encuesta Nacional de Empleo (ENE) preparadas trimestralmente por el Instituto Nacional de Estadísticas (INE). Ese indicador hoy no entrega una referencia clara respecto de el origen de los ingresos de las personas que laboran de forma independiente o que se insertan, en general, en un mercado laboral de forma endeble, dato estadístico relevante para el objeto de este proyecto. Sin embargo, esa información sí se contemplaba hasta mediados de la década pasada. En efecto, la ENE consideraban dentro de sus medidores un indicador variable denominado “B11” y que entregaba datos numéricos respecto al ingreso de cada trabajador

(dependiente o independiente). La respuesta subyacente a ese indicador era "*en promedio,*

¿Cuánto ganaba (o gana) al mes en ese trabajo asalariado?"

De las respuestas al indicador B11 se podía construir la idea de quienes, dentro del grupo de trabajadores/as independientes o de inserción endeble, contaban con ingresos pagados de forma permanente por una labor usualmente estable y frente a un cliente predominante: los denominados *falsos asalariados* o *trabajadores a honorarios dependientes* (falsos autónomos). Permitía así develar no solo aquel lugar en el que se podría descubrir una relación laboral encubierta, sino también aquel espacio en el que se podría fraguar la idea de un *independiente económicamente dependiente*.

Y si bien la dificultad señalada —la eliminación de ese indicador variable— es una cuestión del presente, datos relevantes sobre la materia es posible obtenerlos —como resulta lógico— de encuestas anteriores. Una muestra de esto se obtiene, por ejemplo, de un informe desarrollado por Irina Aguayo Ormeño, en su condición de asesora parlamentaria del Congreso Nacional, en el que se presentó la problemática sobre trabajadores independientes y de quienes prestan servicios en condiciones de precariedad del año 2018[23]. Reproduciremos la tabla referida a las distintas categorías de trabajadores/as independientes y/o en condiciones de precariedad dentro del mercado del trabajo y, específicamente, la relevancia de quienes pudieren ser considerados como falsos independientes o falsos autónomos:

	(N°) Hombres	(%) Hombres	(N°) Mujeres	(%) Mujeres	Total	(%) del Total Ocupados
Independiente encadenado	189.284	7,87	127.475	7,25	316.759	3,77
Cuenta propia (NP)	709.569	29,51	439.938	25,03	1.149.507	13,67
Empleador (SI)	178.416	7,42	60.939	3,47	239.355	2,85
Familiar no remunerado	39.082	1,63	67.951	3,87	107.033	1,27
Subordinado independiente (Boleta	**591.7**	**24,61**	**535.6**	**30,**	**1.127.**	**13,41**

a Honorarios)	**10**		**38**	**47**	**349**	

[23] AGUAYO O. Irina. Trabajadores a honorarios y trabajadores con empleos precarios. Biblioteca del Congreso Nacional. Recurso disponible en: https://bit.ly/3UsXcMk

Asalariado subcontratado	487.998	20,30	395.926	22,52	883.924	10,51
Asalariado desprotegido	**208.281**	**8,66**	**130.088**	**7,40**	**338.368**	**4,02**
Total	2.404.340	100,00	1.757.954	100,00	4.162.294	49,49

La nomenclatura utilizada por este breve estudio fue la siguiente:

- **Independiente encadenado**: Personas que de acuerdo a la CISE (Clasificación Internacional de la Situación de Empleo) se clasifican como Cuenta propia, pero se encuentran encadenados a otra empresa, ya sea del sector formal o informal. Para identificar la situación de encadenamiento productivo se considera como variable auxiliar el lugar en que se desempeñan las labores productivas.
- **Cuenta propia (NP)**: En esta categoría se incluye a los trabajadores por Cuenta propia no profesionales, quienes se consideran parte del sector informal.
- **Empleador (SI)**: Esta categoría considera a los empleadores cuyas empresas se ubican en el sector informal. En este caso, se considera que las empresas son informales si cuentan con menos de 6 trabajadores.
- **Familiar no remunerado**: Se trata de personas que trabajan en alguna empresa o

  emprendimiento familiar sin recibir una remuneración a cambio de su trabajo.
- **Subordinado independiente**: Se trata de trabajadores que, a pesar de desempeñarse como cualquier trabajador asalariado, se encuentran en una situación de menoscabo pues se desconoce su relación de dependencia económica en relación al empleador. Aunque se trata de trabajadores subordinados, en la práctica se les trata como "prestadores de servicios", y en lugar de recibir una liquidación de sueldo deben entregan una boleta de honorarios, recibo o factura.
- **Asalariado subcontratado**: Se trata de personas en empleos que involucran una relación triangular de trabajo. Este tipo de empleos disgrega la relación habitual de dependencia y subordinación del trabajador en relación a un solo empleador. El trabajador depende

económicamente de la empresa que suministra, pero se encuentra subordinado a la empresa usuaria de su fuerza de trabajo. Estos empleos tienden a presentar menores salarios, mayores dificultades de organización colectiva y admiten vulneración de algunos derechos (por ejemplo, pueden permitir el reemplazo en huelga de facto).

- **Asalariado desprotegido**: Trabajadores asalariados que presentan algún nivel de desprotección, al carecer de algunos de los derechos laborales que la legislación vigente reconoce. Se incluyen quienes carecen de un contrato de trabajo, cotización previsional, cotización de salud y/o seguro de cesantía.

Los datos que se desprenden de este informe preparado por AGUAYO son reveladores:

a. Porcentaje de inserción endeble en el mercado de trabajo: 49,49% de la fuerza de trabajo total.

b. La masa laboral que presta servicios como independiente, pero subordinado (laboral o económicamente) a una empresa o cliente representaría el 13,41% del total de ocupados en Chile. A su vez, estos corresponden a un 27% del total de insertos de forma endeble.

c. Los asalariados desprotegidos —asalariado como sinónimo de trabajadores subordinados y dependientes, pero sin protección o con mínima protección— son un 4,2% de la población ocupada total.

De esa información, dada la dificultad para identificar a la fecha el número de quiénes laboran en lógica de subordinación económica u operativa, engloba a todos ellos dentro de la población ocupada con inserción endeble sin un dato específico que permita correlacionarlo con certeza.

Sin embargo, existen otros estudios que nos permiten obtener datos en ese orden de ideas. Fue el caso de aquel liderado por el actual Subsecretario del Trabajo donde se consideró el universo de trabajadores/as a honorarios que podían ser cubiertos por el seguro por accidentes del trabajo, pero en este caso administrado por el Instituto de Seguridad Laboral (ISL). Dentro del estudio, que consideró a un total probable de 420.000 *independientes*, el estudio arrojó una preeminencia de falsos independientes —o falsos autónomos— en la medida que prestaban servicios normalmente para una sola entidad (empresa u otro) sin tener un segundo o tercer empleo:

> Adicionalmente, si se observan todas las categorías de empleo que pueden considerarse como "asalariadas" **estas concentran a un 65% de los casos**.

Así, una primera distinción gruesa a considerar en el análisis es la configuración de un grupo relativamente menor que

> representa al trabajo "independiente" **y a un grupo mayoritario que representa más bien una figura de trabajo dependiente**.
>
> Cuarto. Resulta relevante considerar que una amplia mayoría de las personas que trabajan a honorarios declaran no tener un segundo empleo (86,1%) lo que apunta a que este tipo de trabajos se configuran como empleos "principales" [...][24] (Los destacados son propios).

Este último estudio, acudiendo a la misma cuestión planteada, desagregó esos resultados generales en la forma de inserción de esa población según tamaño de empresas: "una proporción relevante de las y los trabajadores a **honorarios dependientes** se concentran en empresas que superan las doscientas personas (30,4%), siendo la siguiente concentración relevante la de empresas pequeñas de menos de diez personas (24,1%)"[25].

En otras palabras, dentro de un mundo aparentemente independiente la población asalariada (como un dependiente clásico) representaría una gran proporción sobre el universo medido en ese estudio, reconociéndose la idea de un solo empleador (de facto) como fuente de ingresos permanentes.

Ahora, para establecer criterios de dependencia económica o para adscribir a la idea de definir quiénes pueden ser trabajadores asalariados pese a la supuesta independencia resulta de máxima utilidad acudir a las categorías, definiciones y elementos que ha elaborado la OIT al respecto. En el informe de la 20ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (10 al 19 de octubre de 2018) se propusieron los elementos *estadísticos* para crear la figura del contratista dependiente, esto es, el autónomo o independiente que mantiene dependencia económica y con esto, las definiciones conceptuales y operativas para establecer qué condiciones serían decisivas a la hora de crear esta figura con el fin de proponerla al Comité Internacional de Estadísticos del Trabajo (CIET).

a. La definición conceptual: "Los **contratistas dependientes** son trabajadores que suscriben acuerdos contractuales de índole comercial para suministrar bienes o

[24] BOCCARDO B., Giorgio y otros. Caracterización del Trabajo Independiente en Chile. Elementos para la prevención, orientados a quienes trabajan emitiendo boleta de honorarios, marzo de 2021, pp. 23-24.
[25] Ibid., p. 50.

servicios a otra unidad económica o en nombre de ésta, que no son empleados de dicha unidad económica, pero dependen de ella para la organización y ejecución del trabajo o para tener acceso al mercado" (párrafo 66)

b. La definición operativa y sus requisitos (párrafo 67):

> A los fines de la medición estadística, los contratistas dependientes se definen como trabajadores ocupados por beneficios, que dependen de otra entidad que ejerce un control explícito o implícito sobre sus actividades productivas y se beneficia directamente del trabajo que realizan.
>
> a) Su dependencia puede ser de carácter operativo, por ejemplo mediante la organización del trabajo, y/o de carácter económico, por ejemplo mediante el control del acceso al mercado, del precio de los bienes producidos o los servicios prestados, o del acceso a las materias primas o los medios de producción.
> b) Las unidades económicas de las cuales dependen pueden ser unidades de mercado y no de mercado e incluir corporaciones, instituciones gubernamentales e instituciones sin fines de lucro que se benefician de una participación en el producto de la venta de los bienes producidos o los servicios prestados por los contratistas dependientes, y/o del trabajo ejecutado por éstos en lugar de por sus propios empleados.

Finalmente, el mismo informe establece una serie de criterios que permitirían al intérprete estar en condición de establecer la condición de ***contratista dependiente***. Estos corresponderían a los siguientes (párrafo 68):

> a) su trabajo es organizado o supervisado por otra unidad económica en calidad de cliente o de entidad intermediaria para el acceso a clientes;
> b) el pago adopta la forma de una transacción comercial;
> c) el precio pagado por los bienes producidos o los servicios prestados es determinado por el cliente o un intermediario;
> d) el acceso a materias primas, equipos o medios de producción está controlado por el cliente o un intermediario;
> e) sus modalidades o condiciones de trabajo concretas pueden ser muy similares a las de los empleados;
> f) la entidad de la que depende el trabajador no retiene en origen el impuesto sobre la renta, y

g) el propio trabajador se encarga de tomar las medidas oportunas en relación con el seguro social y otras cotizaciones sociales.

En esos términos, los criterios establecidos por la OIT para esta clase especial de trabajadores asalariados con contrato a honorarios, los lineamientos que esta misma Organización realiza respecto de la incidencia del "trabajo decente" y, en definitiva, misma evidencia de una marcada tendencia del mercado laboral hacia modelos contractuales en los que, pese a la realidad en la ejecución del servicio, se advierten notas de laboralidad en mayor o menor medida, llevan a la necesidad de dar regulación especial y específica a aquellas personas que laboran nominal o formalmente de manera independiente, pero sujetos a una dependencia operativa y, por sobre todo, económica, mas sin poder acceder a un sistema de protección laboral concordante con su realidad productiva. Estas personas, muchas de ellas incorporadas en el concepto de inserción laboral endeble, debiere ser objeto de protección a lo menos parcial. Esta línea se emparenta decididamente con lo establecido en la Recomendación N° 198 de 2005, de la misma entidad.

4. La desprotección en materia de empleo y la lucha contra la precarización. Las fórmulas de reconocimiento de relación de trabajo bajo la idea de subordinación económica, funcional y/u operativa en derecho comparado

Los/as asalariados/as que conforman el grupo de personas que, manteniendo fuentes de ingresos permanentes y normalmente únicas, no cuentan con protección y/o cobertura propia del trabajo dependiente comprende un porcentaje que supera los dos tercios del mercado laboral. Como se expuso en términos generales, si atendiésemos a las condiciones de quienes laboran en condiciones endebles y quienes lo hacen de manera informal superan el 72% de la población total ocupada en este país, dejando solo un 27,4% a quienes laboran de forma *protegida*.

Los datos expuestos nos muestran una tendencia consolidada a la desprotección, esto es, a la precarización sistematizada de la fuente del empleo. Es evidente que ese 72,7% —que engloba a insertos de forma endeble y a quienes desarrollan actividades en la informalidad— incorpora a personas que

prestan servicios esporádicos, que desarrollan actividades familiares o cuyo sistema de trabajo no permite considerarlas como dependientes —laboral,

funcional, o incluso, económicamente— siendo impracticable pretender un régimen de protección global o hacerlos formar parte, de momento, de un sistema de reconocimiento de *trabajadores sin adjetivos*.

Lo anterior lleva a la necesidad de reconducir el espectro de aplicación de este proyecto a aquellas personas que, como parte de ese grupo, cumplen con labores que cumplen con la idea de dependencia funcional y, por cierto, también económica: se insertan dentro de organizaciones empresariales cumpliendo funciones que, normalmente, quedarían comprendidos dentro de la regulación laboral por tratarse de actividades propias del giro o de las actividades principales de las empresas que los emplean; aquellos que cumplen funciones bajo los lineamientos de esas entidades; que reciben ingresos preferentemente —o exclusivamente— de un cliente; y aquellos que, en definitiva, reconocen un régimen de dependencia operacional, funcional y económica respecto de una empresa. Las personas que, según los datos, pueden ser considerados como *independientes subordinados*, falsos autónomos o personal a honorarios en modalidad dependiente.

En derecho comparado existen una serie de criterios para encausar la determinación de coberturas de protección laboral totales o parciales.

Para el caso de la calificación de protección laboral total (trabajadores/as dependientes) la calificación de laboralidad adopta criterios más amplios que el caso chileno (y admite, por tanto, un mayor número de personas asalariadas dentro de los grupos de protección dentro del derecho del trabajo). Resulta ilustrativo, por ejemplo, los casos alemán y sudafricano[26] respecto a esta *omnicomprensión* laboral:

a. **Alemania**: una persona es considerada empleado (trabajador dependiente) cuando cumple al menos dos de los siguientes criterios:
    - la persona no tiene empleados sujetos a obligaciones de seguridad social;
    - suele trabajar para un contratista;
    - desempeña la misma tarea que empleados regulares;
    - ha desempeñado la misma tarea que un empleado anterior;
    - no muestra signos de participar en actividades empresariales.

[26] Organización Internacional del Trabajo. Del trabajo precario al trabajo decente. Documento final del simposio de los trabajadores sobre políticas y reglamentación para luchar contra el empleo precario. Ginebra, 2012, p. 59

b. **Sudáfrica**: un trabajador es considerado empleado (o trabajador dependiente) si cumple con al menos uno de los siguientes criterios:
    - La manera en la cual la persona trabaja está sujeta al control o dirección de otra persona;
    - las horas de trabajo de la persona están sujetas al control o dirección de otra persona;
    - en el caso de una persona que trabaja para una organización, la persona es parte de esa organización;
    - La persona presta servicios para otra persona un promedio de, al menos, 40 horas por mes dentro de un trimestre;
    - La persona depende económicamente de otra persona para quien trabaja o a quien presta servicios;
    - la persona es provista de las herramientas de trabajo o equipo de trabajo por otra persona; o
    - la persona trabaja o presta sus servicios únicamente a una persona.

Otras respuestas normativas y, en su caso, jurisprudenciales, también marcan la definición de trabajo *subordinado* en otros sistemas jurídicos. Es el caso, por ejemplo, de la labor judicial a la hora de definir la calidad de *employee* (sujeto a la regulación laboral) en el caso de Reino Unido, en la que se utilizan como indicios para la calificación la realidad de la ejecución del servicio en la que se requeriría verificar —por la entidad judicial— el cumplimiento del test de control, integración, realidad económica y reciprocidad de obligaciones entre las partes. Algo similar ocurriría en el derecho italiano, en el cual se ha entendido como contrato de trabajo y la existencia de subordinación en la medida que se verifique "la especificidad de la actividad del trabajador en relación con el objeto de actividad del empleador y el grado de concordancia entre el desempeño del trabajador y las necesidades de la empresa. Como elemento común, por el trabajo realizado, con carácter sucesivo, el empleado tiene derecho al pago (periódicamente) de un salario".[27] Otros sistemas normativos también buscan la ampliación en esa calificación considerando, en particular, criterios tales como la prestación

[27] TOP, Dan y Nicoletta Enache. *Límites de subordinación del empleado al empleador y autocracia laboral*.
En: Revista de Estudios Jurídico-Laborales y de Seguridad Social, abril 2021, N° 2, p. 167.

de un trabajo constante y permanente para un tercero; quien ordena u organiza el trabajo; y mediante el pago de una retribución o salario (por ejemplo: el artículo 1.1 del Estatuto de Los Trabajadores español o la Ley N° 20.744 /1976) de la República Federal Argentina. Esta última, particularmente interesante a nivel de presunciones de contrato de trabajo y/o relación laboral.[28]

Fuera de esas consideraciones, que permiten reducir por cierto la incidencia del trabajo precarizado (endeble o informal), se han regulado estatutos intermedios que pretenden incorporar a la protección normativa a otros *asalariados* que no cumplen con la condición de empleados (o dependientes regidos por las legislaciones laborales). Este espacio, asociado con la idea de relación semilaboral (el denominado espacio intermedio, *tertium genus* o fórmulas de tercera vía que la propia legislación o la jurisprudencia de cada país han construido como manera de reconocer a quienes prestan servicios de forma ajena y con algún grado de subordinación a empresas o clientes pese a que la forma jurídica de contratación utilizada no corresponda a una propiamente laboral), pero que escapa a nuestro estudio y proyecto.

Dicho lo anterior, resulta necesario detenernos en la Recomendación N° 198 de la OIT a la que tantas veces hemos aludido. En esta se propone a los Estados miembro a mejorar los estándares de calificación para alcanzar mayores niveles de protección. En este sentido, respecto de la determinación de una relación de trabajo, el texto señala:

---

[28] Dispone la legislación argentina:

> Art. 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. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres.
>
> Art. 22. — Relación de trabajo.
> Habrá relación de trabajo cuando una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen.

Art. 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.

II. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO

9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo **debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador**, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.

10. Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.

11. A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:

(a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;

(b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y

(c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

12. A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. **Entre esos indicios podrían figurar los siguientes**:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta

continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

14. La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales del trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.

15. La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales. (Todos los destacados son propios).

En esta búsqueda se enmarca el presente proyecto, dando cuenta de la multiplicidad de factores que pudieren definir la existencia de contrato de trabajo por sobre la insuficiencia interpretativa que supone entregar a los tribunales de justicia la labor, conforme lo dispuesto en el artículo 7° del Código del Trabajo, entregándoseles un insumo mejorado para, mediante el régimen de presunciones de contrato de trabajo dispuesto en el artículo 8°, ampliar el ámbito de protección laboral a quienes, sin contar con un contrato de trabajo efectivo, prestan labores personales, permanentes y retribuidas para un tercero que concentra en él los beneficios del negocio y los riesgos de la empresa.

III. Del proyecto de ley

En los términos descritos, atendidos los fundamentos y características del trabajo independiente sujeto a dependencia económica, presentamos el siguiente proyecto de ley:

Proyecto de ley

Artículo único.- Introdúcense la siguiente modificación en el Código del Trabajo, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley Nº 1, promulgado el año 2002 y publicado el año 2003, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social:

1.- Incorpórase los siguientes incisos 2° y 3° al artículo 8° del Código del Trabajo, pasando los actuales incisos 3°, 4° y 5° a ser los incisos 4°, 5° y 6°, respectivamente:

Del mismo modo, se presumirá la existencia de contrato de trabajo cuando en la prestación del servicio, cualquiera sea el tipo de contrato que se hubiere pactado entre las partes o ante ausencia de contrato específico, se verifiquen las siguientes condiciones:

a. Que los servicios prestados sean de carácter personal e indelegable por quien ejecuta el servicio u obra.
   Se entenderán también dentro de esta categoría los servicios contratados a empresas o sociedades unipersonales que no cuenten con infraestructura para prestar el mismo servicio de forma independiente ni tengan personal contratado capaz de ejecutar la actividad que fuere objeto del contrato de prestación de servicios.

b. Que esos servicios u obras se desarrollen de forma permanente para una empresa u organización. En el caso de la contratación mediante empresas, personas u organizaciones intermediarias, este requisito se verificará

respecto de la empresa destinataria de los servicios personales, entendida ésta como usuaria, destinataria o beneficiaria final.

Para calificar la permanencia en la prestación de los servicios se considerarán aquellos que cumplan con un periodo mínimo de 3 meses de forma continua.

c. Que los servicios personales contratados y ejecutados correspondan a aquellos que formen parte del giro o actividades principales de la empresa que encarga el servicio, o bien, correspondan a aquellos del giro o actividades principales de la destinataria final de los servicios personales.

d. Que los servicios se presten dentro de los recintos de la empresa contratante o aquella que obre como destinataria final de esos servicios y que esta o aquélla provea insumos y/o herramientas de trabajo necesarios para ejecutar la prestación.

e. Que los honorarios o remuneración por los servicios contratados sean definidos por la empresa contratante o por la destinataria final de los servicios.

En el caso de existencia de empresas u organizaciones intermediarias en los términos establecidos en el inciso anterior, la calificación de la relación de trabajo se hará entre la persona que presta los servicios y esas entidades, sin perjuicio de aquellas acciones que pudieren corresponder conforme lo dispuesto en el artículo 3° inciso 4° y siguientes de este Código.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Artículo primero transitorio. La presente ley entrará en vigencia a contar del primer día del mes subsiguiente al de su publicación en el Diario Oficial.