

EL AMBITO SUBJETIVO DEL TRABAJO FAMILIAR (*)

La famiglia è come una isola qu'il mare
del diritto può lambire, ma lambire sol-
tanto. La sua intima essenza rimane meta-
giuridica. (JEMOLO.)

INTRODUCCIÓN

Una de las normas fundamentales del ordenamiento laboral viene a ser la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) dictada el 26 de enero de 1944. Bajo su imperio caen las relaciones de trabajo que reúnan los requisitos recogidos en su artículo 1.º (1), pero no todas. Concretamente, en la misma norma legal se contienen una serie de excepciones que la doctrina suele clasificar en objetivas y subjetivas (2), y para las cuales, por imperio de la ley, no rigen las normas referentes al contrato de trabajo.

(*) Las ideas expuestas en este artículo forman parte de un estudio más amplio en preparación, sobre el régimen jurídico del trabajo familiar, preparado en parte en las universidades de Milán y Bolonia, gracias a la ayuda prestada por la fundación Oriol-Urquijo.

(1) Tal artículo, que define el contrato de trabajo es, como puede comprenderse, de una importancia básica. En él quedan expuestos los elementos básicos del contrato de trabajo, siendo la «dependencia» el que ha servido a la jurisprudencia de modo relevante para distinguirlo de figuras afines. Sobre el análisis de la definición pueden consultarse cualquiera de las obras generales que sobre el Derecho del Trabajo existen en España. Y respecto a la «dependencia», valga por todos, en nuestra patria, el profesor BAYÓN CHACÓN, decidido partidario de la supresión de tal nota, según lo razonado en varios estudios suyos y muy recientemente en «El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo. ¿Comienza una evolución jurisprudencial?», en *Rev. Der. Priv.*, junio 1961. Opinión de la cual participamos, según tuvimos ocasión de exponer en nuestra tesis doctoral, inédita, «El concepto de trabajador en el Derecho español», dirigida por el citado profesor.

(2) Objetivas las del art. 2.º, y subjetivas las de los arts. 7.º y 8.º Vid., por ejemplo, ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, II, pág. 213, y del mismo autor: «La carencia de efectos jurídicos en el contrato de trabajo», *RDP*, 1956, I, pág. 128.

Entre ellas se encuentran los trabajos de carácter familiar (3), pues según el artículo 2.º de la LCT: «No están comprendidos en la regulación del contrato establecido por esta ley: a) Los trabajos de carácter familiar donde solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptada, bajo la dirección de uno de sus miembros, siempre que los que trabajen no se consideren asalariados.» Es significativo que tal excepción se redacte de un modo inmediato a la definición del objeto del contrato de trabajo que se hace en el mismo artículo. Por tal se entiende «todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones». De este modo, y aun prescindiendo de momento de la naturaleza jurídica del trabajo familiar, éste queda configurado como una excepción *objetiva* de la Ley de Contrato de Trabajo. Es decir, de un modo indiciario ya nos señala la ley que si no rige para tal tipo de trabajos es por considerar que su objeto no es el de un contrato de trabajo, según la definición transcrita.

Si bien tal excepción es la primaria y básica, existen preceptos análogos, como consecuencia de ello, en otras normas laborales (4) que en realidad contribuyen a delimitar el régimen jurídico aplicable a los trabajos de carácter familiar. Baste por ahora con anotarlo dejando para más adelante el examen detallado de tales normas, no siempre concordantes con la fundamental del artículo 2.º, apartado a) de la LCT, y al cual se limita nuestro estudio.

Antes de sancionar el negocio —se ha dicho (5)— el orden jurídico valora la función práctica que caracteriza un tipo, y lo trata en consecuencia. De ahí se derivan las tres hipótesis posibles con que el ordenamiento jurídico se enfrenta: a), que no juzgue la función del negocio digna o necesitada de tutela, en cuyo caso *ignora* el negocio y lo abandona a sí mismo como indiferente, dejándolo desprovisto de sanción jurídica; b), que considere, en cambio, su función como socialmente trascendente y digna de tutela y entonces *reconoce* el negocio y lo toma bajo su protección, y c), que, finalmente, estime la función reprobable y entonces *combate* al negocio, haciendo así jurídica-

(3) La doctrina patria ha dedicado muy escasa atención a los mismos, ya que no existe —en cuanto yo conozca— ningún estudio monográfico sobre los mismos. Solamente se trata en las obras generales y de modo esquemático. Debido a ellos hemos utilizado principalmente bibliografía extranjera, y, entre ella, de modo especial la italiana, quizá la más abundante sobre el tema.

(4) Casi todos ellos se refieren a exclusiones de la legislación laboral. Mejor que citarlas aquí será hacer una remisión al estudio que de ellas hacemos al hablar del ámbito subjetivo de los trabajos de carácter familiar.

(5) BETTI (E.): *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, s. f. (Traducción de A. MARTÍN PÉREZ), pág. 50.

mente trascendente el comportamiento del individuo, pero en el sentido de provocar efectos contrarios al fin práctico normalmente perseguido (6).

Siguiendo tal clasificación en el supuesto que nosotros analizamos el ordenamiento laboral, como parte del total ordenamiento jurídico (7) califica los trabajos de carácter familiar —las relaciones a que da lugar— como intrascendentes a su normativa, perteneciendo, por tanto, al vasto campo de la autonomía privada que el Derecho no protege ni combate (8). Pero es interesante observar que tal adscripción del trabajo de carácter familiar a los negocios jurídicos intrascendentes —en cuanto que el trabajo prestado con tal carácter no se configura como contrato de trabajo ni sancionado, por tanto, por la ley del mismo nombre— no es unívoca, ya que entra en el apartado b) —reconocimiento y protección— cuando los que trabajen «se consideren asalariados» (art. 2.º, apart. a) *in fine*), punto de gran interés que examinaremos en el momento oportuno.

Por tanto, bueno será dejar constancia clara de la sistemática a seguir en nuestro estudio. En primer lugar —como previo estadio— localizar la relación social que el Derecho —concretamente la LCT— deja fuera de su alcance, delimitando su figura por medio de los elementos que la integran. Es decir, delimitar lo que Castro llama *el efectus* o realidad social que alcanza la norma. Logrado esto será el momento de investigar sobre la *ratio legis*, el por qué de la norma; problema enlazado con el objeto y causa del contrato de trabajo. Y, finalmente, una vez delimitado el alcance de la exclusión de los trabajos de carácter familiar y el por qué de la misma, ver el régimen jurídico de tal actividad de trabajo desglosando, principalmente en cuanto a los sujetos, las distintas relaciones que en la empresa (9) familiar pueden darse.

(6) BETTI (E.): Op. cit., pág. 51. Sobre la universalidad del Ordenamiento jurídico, puede verse la original exposición de CARNELUTTI (F.): *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1955. (Traducción de OSSET), págs. 106 y sigs.

(7) Vid. el interesante prólogo de GUASP (J.) al *Derecho procesal administrativo* de GONZÁLEZ PÉREZ, en el que aporta ideas originales sobre las distintas ramas del Derecho y su integración en el total Ordenamiento jurídico.

(8) Vid. THON: *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pág. 222; IHERING (R.): *Zweck im Recht*, 1923, II, págs. 300 y sigs. (Citados por BETTI: Op. cit., pág. 95.)

(9) Empleamos el término en un sentido amplio sin entrar en más disquisiciones que no se precisan ahora para nuestro estudio. Por otra parte, en la Reglamentación Nacional de Trabajo en Vaquerías de 23-XII-1959, se excluyen precisamente de su ámbito «las empresas de carácter familiar...»

Sobre el concepto de empresa en el campo laboral puede consultarse: BAYÓN (G.): «El concepto jurídico-laboral de empresa», *Rev. Fac. Der.*, Madrid, 1959, VI, y la escogida bibliografía allí citada.

En una palabra, examinar el mandato idóneo que en el ordenamiento jurídico pueda existir para la composición o solución del conflicto de intereses (10) que en el seno de la familia —y con respecto al trabajo de sus miembros— pueda plantearse.

En este artículo nuestro intento es parcial, ya que se limita al primer apartado, es decir, a la separación del trabajo de carácter familiar —contemplado en el artículo 2.º, apartado a) de la LCT— de otras figuras que con rasgos y elementos semejantes son de diversa naturaleza, y sometidos a un régimen jurídico distinto (11). Nuestro intento se derige en definitiva a «individuar» la norma en sus propios elementos constitutivos, a «confrontarla» con otras normas, a «distinguirla» de aquellas que tienen diverso contenido, a «coordinarla» con las afines, a «contraponerla» con las que con ella contrastan (12). Y de modo concreto, el análisis del ámbito subjetivo del artículo 2.º, apartado a) de la LCT, a nuestro juicio bastante necesario por los términos tan generales que la ley emplea. Para un futuro próximo dejamos la naturaleza jurídica, o lo que es lo mismo, el examen del «carácter familiar» de los trabajos, así como las otras cuestiones anunciadas, que ahora nos alargaría demasiado. Sin embargo, nos ha parecido interesante hacer una referencia a las clases de trabajo que pueden realizarse —o se realizan con más frecuencia— por familiares o «aceptados».

Para ello nada mejor que movernos en el campo del Derecho constituido, analizando sucesivamente los elementos que según el artículo 2.º de la LCT configuran el trabajo familiar excluido de la misma. Nuestro análisis pretende ser lo más jurídico posible y, dentro del mismo, laboral, en concreto, dejando fuera el examen de la familia y del trabajo de los miembros que la componen,

(10) La exigencia de que existan tales mandatos para la solución de cualquier conflicto de intereses que se plantee, en la sociedad jurídicamente ordenada, es la que determina para CARNELUTTI la plenitud del Ordenamiento jurídico; plenitud que se logra mediante la *depuración e integración* del mismo Ordenamiento. Vid. *Teoría...*, cit., págs. 106 y siguientes.

(11) Tal criterio es usado por RODRÍGUEZ PIÑERO en su monografía *El auxiliar asociado*, Sevilla, 1960, pág. 19 y sigs., y nosotros lo seguimos, de algún modo, en lo que tiene de sistema para el análisis de la figura.

(12) Vid. SCUCCES MUCIO (B.): «Il principio de correlazione nel campo della logica giuridica», *Riv. Inter. Filos. Dir.*, nov.-dic., 1961, pág. 721. Ello es necesario por la variedad de matices que adopta en la realidad la institución que examinamos, pues sería un error, como nota agudamente BETTI, ver en la dogmática jurídica «un cuerpo de doctrina cerrado, inmóvil, cristalizado, basado sobre el presupuesto de que el mundo del Derecho termine en la Ley y requiera una definición inmutable de los conceptos sacados de la naturaleza y de la vida». *Teoría generale dell'interpretazione*, Milano, 1955, I, pág. 578.

desde puntos de vista sociológicos, económicos y políticos no exentos de interés como lo demuestran los numerosos estudios que sobre tal institución existen (13), pero que excede de nuestro propósito.

I. AMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LOS TRABAJOS DE CARÁCTER FAMILIAR

Generalidades

«Cuando la ley dice que quedan excluidos «los trabajos de carácter familiar...» nos está describiendo el ámbito *objetivo* o *genérico* de la realidad social excluida. Las siguientes especificaciones al género nos servirán para delimitar de modo *subjetivo* los trabajos que constituyen el objeto de nuestro estudio.

Ahora bien, el *carácter familiar* de los trabajos no tiene tan sólo un valor enunciativo —carente de sentido sin las notas posteriores que lo delimitan— sino también y fundamentalmente un valor sustantivo, ya que tal *carácter* es el que marca de modo preciso la exclusión. Ello significa que no basta que el trabajo se preste por familiares o aceptados, bajo la dirección de uno de ellos para excluirlo de la ley, sino que se precisa como *conditio sine qua non* que tal trabajo tenga un carácter familiar, ya que de lo contrario, o bien será un contrato de trabajo (común o a domicilio), o bien un servicio amistoso, benévolo o de buena vecindad fuera también del ordenamiento laboral (artículo 2.º apartado b). Tal opinión se avala con la similar de otros autores,

(13) Las hondas repercusiones que la concepción y desarrollo de la familia —*corpus universum*, en la terminología romana— tienen en la sociedad, ha hecho de ella objeto primordial de preocupación por parte de sociólogos, moralistas, políticos y juristas. Sería interminable citar aquí la bibliografía existente, que, por otra parte, es de fácil encuentro. Baste señalar a título de ejemplo algo de lo publicado recientemente en nuestra patria: FRAGA IRIBARNE (M.): *La familia española ante la segunda mitad del siglo XX*, Madrid, 1959. Del mismo autor: *La familia y la educación en una sociedad de masas y máquinas*, Madrid, 1960. ROS JIMENO (J.): *La familia en el panorama demográfico español*, Madrid, 1959. LÓPEZ MEDEL (J.): *La familia rural, la urbana y la industrial en España*, Madrid, 1961. GÓMEZ ARBOLEYA-DEL CAMPO URBANO: *Para una sociología de la familia*, Madrid, 1959. LÓPEZ JACOISTE: *El patrimonio familiar rústico*, Col. «O crece o muere», Madrid, número 121. D'ORS, (A.): *Forma de gobierno y legitimidad familiar*, Col. ídem, número 153. ATARD: «La familia ante el Derecho», *Rev. Gral. de Leg. y Jurisp. (RGLJ)*, t. 43, páginas 215 y sigs. CASTÁN TOBEÑAS: *Instituciones protectoras de la familia* (Discurso de apertura de los Tribunales, 1955). COLEGIO NOTARIAL DE BARCELONA: *Propiedad y matrimonio* (varias conferencias reunidas en este volumen, que edita la citada entidad), Barcelona, 1956. MARÍN PÉREZ (P.): «La familia y el Derecho de familia», *Anales de Ac. Matr. Not.*, t. XIII, 1962, págs. 267 y sigs.

como Pérez Botija, según el cual «la exclusión... se refiere a la índole de las actividades o servicios prestados, y no a la relación familiar que pueda existir entre los sujetos del contrato de trabajo» (14), y de modo análogo Alonso García, cuando afirma que el «vínculo familiar no es, sin más, signo inequívoco de la inexistencia (15) de contrato de trabajo» (16).

Pero es preciso resaltar de modo inmediato, que a nuestro juicio el aspecto objetivo y subjetivo de la norma carácter familiar y familiares o aceptados (17)— tienen un vínculo complementario. Es decir, no tendremos delimitado el trabajo de carácter familiar si prescindimos de los familiares, o en otras palabras, si bien es verdad que el vínculo familiar no basta para que el trabajo prestado por los que lo tienen se incluya en el artículo 2.º, para hacerlo se necesita que las personas que trabajen sean de la familia. Con ello estamos diciendo que la exclusión es objetiva (18) o, con más exactitud, *fundamentalmente* objetiva, ya que si bien el vínculo familiar existente entre los que trabajan tiene un valor subsidiario, no por ello deja de tener importancia y clave, además, pues mal podría hablarse de trabajos de carácter familiar si los que lo prestan no son familiares en un amplio o estricto sentido.

Con tales precisiones podemos entrar ya en el examen de este primer apartado.

1. *Actividades laborales que comprende*

Ha merecido especialísima atención entre los laboristas la tarea de delimitar de modo claro y preciso el trabajo sometido al ordenamiento jurídico laboral (19).

(14) PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, pág. 48.

(15) Aunque en el texto dice «existencia», creemos se trata de una errata de imprenta, pues de lo contrario carecería de sentido, visto el contexto donde se halla la frase.

(16) ALONSO GARCÍA: *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, II, pág. 214.

(17) De ahora en adelante, salvo que se especifique, al escribir familiares incluimos dentro de ellos también a los aceptados, a efectos del art. 2.º

(18) Vid. ALONSO GARCÍA: *Op. cit.*, loc. cit.

(19) La aparición del maquinismo origina una serie de problemas de hondo contenido moral, político, social, económico y jurídico; la necesidad de protección de aquellas personas que están ligadas por un contrato de trabajo, determina el origen del moderno Derecho del Trabajo. (Cfr. KASKEL-DERSCH: *Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1961, página 1). O, con palabras de SANTORO-PASARELLI, es el trabajo del hombre libre para otro hombre en el momento histórico de la aparición de la gran industria manufacturera, el «atto di nascita del Diritto del lavoro». En «Spirito del Diritto del lavoro», *Annali Università di Catania*, 1948, II, pág. 3.

Ha sido en nuestra patria el profesor BAYÓN quien ha resaltado con más vigor, de

De un modo general, pues el detalle nos alargaría demasiado, puede decirse que hay consenso unánime respecto a que el trabajo objeto del Derecho del mismo nombre es el que se presta a otra persona, es decir, el trabajo por cuenta ajena, o tomando palabras de Bayón y Pérez Botija (20), es la existencia de un vínculo obligacional el primer elemento constitutivo de la relación jurídica de trabajo. Sin embargo, no hay acuerdo doctrinal en cuanto a la admisión del trabajo autónomo por cuenta ajena, pero sin depender, como posible objeto del contrato de trabajo (21), existiendo argumentos de peso a favor de la solución afirmativa, sobre todo si el ordenamiento jurídico quiere estar acorde con la actual realidad social.

Ahora bien, fué preciso delimitar como un estadio previo a las cuestiones vistas el concepto de trabajo, puro, sin ningún aditamento, para poder hablar de trabajo por cuenta propia o ajena y, dentro de éste, dependiente o independientemente. En una acepción muy amplia puede entenderse por trabajo «toda ocupación que se considera trabajo conforme a la opinión común» (22), o de modo más concreto puede decirse que el trabajo asume relieve jurídico sólo en cuanto sea productivo o sea susceptible de satisfacer una necesidad de otro (23), o con palabras de Barassi (24), «el despliegue de energías que hace el hombre para la utilidad de otra persona. Moviéndonos ya en nuestro ordenamiento positivo, es trabajo la «participación en la producción» de un modo intelectual o manual y a través de la prestación de un servicio o la

un modo científico jurídico, la riqueza de legislación laboral ya antes del maquinismo. Vid. su monografía: *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo*, Madrid, 1955.

(20) *Manual de Derecho del Trabajo*, 3.^a ed., Madrid, 1961-62, I, pág. 14.

(21) Se trata en definitiva de la valoración de la dependencia como nota esencial del contrato de trabajo. Para un conocimiento de la cuestión puede consultarse el citado trabajo del profesor BAYÓN: *El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo*, en el cual, siguiendo su línea de pensamiento, ya manifestada con anterioridad, se pronuncia por la necesidad de que el Derecho del Trabajo se configure —so pena de anquilosamiento— como un Derecho de la prestación de servicios profesionales con o sin dependencia (págs. 465 y sigs.).

(22) KASKEL-DERSCH: Op. cit., pág. 36, que llega a considerar trabajo «el estar dispuesto a trabajar» (por ejemplo, los bomberos). Lo mismo HUECK-NIPPERDEY: *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, 6.^a ed., I, pág. 35.

(23) ARDAU (G.): *Corso di Diritto del Lavoro*, Milano, 1960, pág. 4.

(24) BARASSI (L.): *Elementi di Diritto del Lavoro*, Milano, 1957, pág. 2. Puede verse también el completo examen que ALONSO GARCÍA hace sobre el «trabajo» desde distintos puntos de vista, en especial desde el jurídico, en su *Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1960, I, págs. 11-60.

Asimismo PÉREZ-BOTIJA: *Curso de Derecho del Trabajo*, Madrid, 1960, 6.^a ed., páginas 20-30.

ejecución de una obra (art. 1.º, LCT) (25). Si esto puede predicarse del trabajo como objeto del contrato del mismo nombre, cabe preguntarse si el legislador al usar el término trabajos (de carácter familiar) ha querido dar al mismo idéntica o distinta acepción. Nos pronunciamos por lo primero. Es decir, dentro de la exclusión tienen entrada cualesquiera clase de trabajos que si no fueran de carácter familiar podrían ser objeto de un contrato de trabajo. Por tanto, pueden caer dentro de los trabajos excluidos en el apartado a) del artículo 2.º

a) *El trabajo agrícola* (26).—Este trabajo —incluyendo el pecuario y forestal— ha sido y sigue siendo el campo tradicional donde se desenvuelve el trabajo familiar (27).

Es frecuente en la agricultura que en el cultivo y explotación de los fundos se utilicen solamente personas de la familia, que de ese modo trabajan para la misma evitándose costes de mano de obra. García de Valdeavellano ha puesto de relieve cómo la comunidad patrimonial de la familia en el Derecho español altomedieval parece haber adoptado el carácter de una participación de todos los hijos y herederos en el patrimonio familiar, particularidad que se manifiesta en el derecho de expectativa hereditaria de los hijos sobre los bienes domésticos, transformado más tarde en la *laudatio parentum*, y cuyo último vestigio sería el retracto gentilicio.

A la familia correspondía —en esa concepción— una función activa en el ejercicio del condominio familiar. Hoy día también —dice López Jacoiste— le incumbe una función activa, pero en lugar de encontrarse conectada con la titularidad de los derechos, la actividad familiar se aplica a la *explotación* (28). Por otra parte, es interesante resaltar el importante valor que la costumbre adquiere —como norma de conducta y de solución de los conflictos de intereses—, en el campo de las relaciones agrarias. El respeto a la tradición por parte de los agricultores y la variedad de condiciones locales, cambiantes de provincia en provincia y de municipio en municipio, hacen que las relaciones

(25) Vid. SUÁREZ GONZÁLEZ (F.): «Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo», *Rev. de Trab.*, Madrid, nov.-dic., 1961, pág. 1890.

(26) Lógicamente no pretendemos hacer una enumeración exhaustiva de los trabajos que pueden realizar los familiares con un carácter familiar, sino resaltar los más frecuentes y de un mayor interés para nuestro estudio, sin olvidar que nuestro intento se reduce por ahora a delimitar el alcance del art. 2.º, ap. a), de la LCT, dejando aparte su régimen jurídico.

(27) Vid. LÓPEZ JACOISTE (J.): «La idea de explotación en el Derecho civil actual», *Rev. Der. Priv.*, mayo 1960, pág. 368.

(28) Op. cit., pág. 368. De él hemos tomado la cita de GARCÍA DE VALDEAVELLANO.

agrícolas puedan ser disciplinadas más oportunamente por la costumbre que por la ley (29).

Respecto a la valoración del trabajo de la familia agrícola puede señalarse la Ley de Patrimonios Familiares de 15-VII-52, que exige como uno de los requisitos que ha de reunir el patrimonio familiar, el que tenga la «abstracción de la capacidad de trabajo de una familia campesina» (art. 3.º, apart. c), y ya con más detalle la Orden de 27-V-53 (complementaria de la ley) dispone en su artículo 2.º que «el patrimonio familiar debe ser como mínimo suficiente para satisfacer dentro de un decoroso nivel de vida las necesidades de una familia campesina compuesta del matrimonio y dos hijos menores de catorce años, y para absorber su capacidad una unidad de trabajo durante todo el año» (30). La idea que se repite en el artículo 1.º de la Ley de 14-IV-62 sobre explotaciones familiares, al definir la superficie mínima como la que «teniendo en cuenta los diversos cultivos y rendimientos permita un nivel de vida decoroso y digno a una familia laboral tipo, que cuente con dos unidades permanentes de trabajo y que cultive directa y personalmente».

En la citada ley de 1952, que desarrolla el principio constitucional del patrimonio familiar inembargable (31), queda resaltado de un modo claro el trabajo de los familiares en pro del patrimonio, dotándole de un régimen jurídico que no nos interesa ahora examinar. Baste con anotar lo (32). Y, desde luego, podrán incluirse entre los trabajos de carácter familiar no sólo los manuales, sino también los intelectuales o técnico-administrativos (33), que si bien no son frecuentes se dan en la realidad (34), especialmente en las empresas agrícolas de cierto volumen o que exijan procesos técnicos complicados.

b) *El trabajo industrial.*—Sin duda que también el trabajo industrial puede ser realizado con carácter familiar y quedar por tanto fuera de la Ley del contrato de trabajo. Es el caso del artesanado (35) en el que sólo colaboran fa-

(29) ARCHANGELI: «Le consuetudine nel diritto agrario», *Riv. de Dir. Priv.*, 1935, página 3.

(30) Un estudio amplio puede verse en LUNA SERRANO (A.): *El patrimonio familiar (La ley española de 1952)*, Madrid, 1962.

(31) *Fuero del Trabajo*, decl. XII-3.

(32) En una encuesta de la OIT, referida al período de entreguerra, se fijó el coste del trabajo agrícola como término medio, en un 40 por 100 del coste total de la producción.

Sobre los complejos y peculiares problemas que el trabajo agrícola plantea puede consultarse FROMONT (P.): *Economía agrícola*, Madrid, 1961.

(33) Admitiendo, con la común doctrina, que la distinción entre trabajadores intelectuales y manuales no es radical o cualitativa, sino más bien cuantitativa. Cfr. ALONSO GARCÍA: *Op. cit.*, II, pág. 97.

(34) De ellos hace mención los Estatutos de la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria. Orden ministerial de 21-VI-61, art. 6.º-6.

(35) Artesanado industrial de un glorioso pasado, pero que acusa actualmente, en

miliares (36) y que de modo normal venden el producto directamente al público o bien lo hacen a empresas mayores de la misma rama profesional. En el primer caso sólo nos interesará el problema interno, es decir, las relaciones existentes entre los familiares que trabajan no las que puedan existir entre el artesano y sus clientes, que bien podrían catalogarse como un contrato de obra —si el artesano no suministra la materia prima— o una venta de cosa futura si lo hace (37). Que no es un contrato de trabajo a domicilio lo dice claramente el artículo 115, apartado b) de la LCT.

En el segundo no hay duda que puede encajarse en el artículo 116, 1.º, siempre que se den los requisitos generales del trabajo a domicilio. Los problemas que plantea este artículo son de interés para nuestro estudio, y sobre él volveremos con detenimiento al hablar del «carácter familiar».

El artesanado —herencia viva de un glorioso pasado gremial—, como dice el Fuero del Trabajo, se encuentra a la verdad bastante ayuno de regulación (38). Como dijera Mossa, hace ya tiempo, el legislador preocupado por la empresa industrial había olvidado la empresa artesana y sus no pocos ni pequeños problemas (39). De ellos sólo nos interesará a nosotros lo estrictamente jurídico y, concretamente, el delimitar dentro del trabajo artesano la parcela que cae en el apartado a) del artículo 2.º Es decir, no tanto las relaciones *ad extra* como las que existen *ad intra* de la familia.

c) *El trabajo comercial*.—Es otro de los frecuentes trabajos realizados en familia o por familiares. De modo especial los pequeños comerciantes que, poseyendo un establecimiento mercantil, ejercen su actividad profesional con

algunos sectores, una vigorosa personalidad, a veces desconocida o descuidada por el Ordenamiento jurídico.

(36) Es el denominado en Italia «*piccolo imprenditore*», definido en el art. 2.083 del Código civil italiano como «los cultivadores directos de los fundos, los *artesanos*, los pequeños comerciantes y todos los que ejercitan una actividad profesional organizada preferentemente con el trabajo propio y el de los componentes de la familia».

(37) Vid. *Repertoire de Droit social et de Travail*, París, 1960, I, pág. 334, en el cual se expone muy detalladamente el régimen jurídico francés del artesano.

(38) En el régimen sindical español queda encuadrada la familia artesana como célula sindical. Ello ha llevado a DE CASTRO (F.) a decir que «sólo de un modo indirecto se facilita la constitución de una persona jurídica de carácter familiar, al admitirse especialmente la formación de un grupo sindical por miembros de una sola familia, el cual podrá obtener personalidad jurídica (arts. 91, 94 y 95 de la Orden de 20-III-43)», en «El Derecho agrario en España», *Anuario de Der. Civ.*, 1954, núm. 2, pág. 394.

Respecto a la Seguridad Social se ha dado un importante paso en nuestra patria en virtud del Decreto de 23-V-60, que dispone la aplicación de los beneficios del Mutualismo Laboral a los trabajadores «independientes, autónomos y *artesanos*, cualquiera que sea su actividad profesional» (art. 1.º), siempre que posean los requisitos fijados en el citado Decreto.

(39) «*Artigianato e nuovo diritto commerciale*», en *Foro Italiano*, 1942, I, pág. 1132.

la ayuda de miembros de su familia. La diferencia de los mismos con el artesano es clara: mientras el comerciante es un intermediario entre el productor y el consumidor, el artesano produce y vende sus propios productos. A estos pequeños comerciantes puede alcanzarles en potencia —siempre que se apruebe la correspondiente mutualidad— los beneficios del Mutualismo Laboral, según el importante Decreto de 23-VI-60, aunque utilicen el trabajo de otras personas que pueden ser *familiares*, como señala el artículo 1.º del Decreto (40).

En este terreno comercial peculiar es asimismo la posibilidad, hoy existente en nuestra Patria, de constituir sociedades anónimas familiares de escaso capital (41), dándose la paradoja, como anota agudamente Puig Brutau (42), de que «la S. A. familiar funciona en realidad *intuitu personae* bajo la forma jurídica de sociedad anónima, o sea de una sociedad cuya regulación responde a estar formada *intuitu pecuniae*» (43). Tales sociedades anónimas, aparte de los problemas mercantiles que pueda plantear, no nos interesan en nuestro estudio, ya que su constitución como sociedad excluiría a los socios familiares de la misma del Derecho del trabajo precisamente por su condición de socios, incompatible, según reiterada jurisprudencia, con la de trabajador por cuenta ajena, ya que «si la actividad se presta para que sumada a otras de igual tipo se logren por el conjunto y por cuenta de quienes concurren, ganancias o lucro indeterminado, la materia de Derecho social desaparece para dar nacimiento a la sociedad civil (o mercantil) a la que los concurrentes aportan industria, cuyos rendimientos serán debidos a quienes prestan el trabajo a título de socios —lucro común— y no de trabajadores —lucro individual—» (44).

d) *Trabajo marítimo*.—Suele darse especialmente en familias de pesca-

(40) En la primera Mutualidad aprobada de trabajadores independientes, la de Trabajadores Autónomos de la Alimentación (Orden de 13-XII-61) se encuadran obligatoriamente «los hijos y hermanos de dichos trabajadores autónomos siempre que presten servicios a éstos y sean mayores de dieciocho años». Art. 4.º-1.

(41) Concretamente, hasta cinco millones de pesetas puede constituirse como sociedad anónima (potestativamente) o como sociedad de responsabilidad limitada. Si pasa de tal cantidad, *necesariamente* como sociedad anónima. Art. 4.º de la Ley de S. A. de 17-VII-1951 y art. 3.º de la Ley de Soc. de Responsabilidad Limitada de 17-VII-1953.

(42) «Sociedad Anónima familiar», en *Rev. Jurídica de Cataluña*, 1958, núm. 5, página 572.

(43) Vid. asimismo: «A plea for separate statutory treatment of the close separation», en *New York University Law Review*, 1958, vol. 33, núm. 5, págs. 700-745, en que se pide una ley especial para las pequeñas empresas tras estudiar los específicos problemas que éstas plantean.

(44) S. 18-XI-1941; vid. además 19-II-1946, 27-XI-47, 17-I-1957, etc., en RODRÍGUEZ NAVARRO: *Doctrina laboral del Tribunal Supremo*, Madrid, 1955, II, págs. 228 y sigs.

Puede señalarse aquí la proyección del trabajo de la familia en un negocio propio, dentro de la legislación de Arrendamientos urbanos (D. 13-IV-1956), en los arts. 5.º-1 y 3.º-1.

dores en las cuales todos colaboran en el trabajo de pesca del cabeza de familia. Son las llamadas familias pescadoras y que se catalogan dentro del Sindicato como célula sindical. Lo mismo puede decirse del trabajo de los familiares del armador expresamente excluido de la Reglamentación Nacional de Pesca de Arrastre, de 16-I-61, que en su artículo 2.º exceptúa de la Reglamentación en lo que respecta a los regímenes de retribución a «los parientes del armador o de su cónyuge hasta el tercer grado de consanguinidad, siempre que vivan en el hogar de aquél y bajo su dependencia».

e) *Profesiones liberales*.—Y como último apartado de esta breve enumeración de las actividades que pueden caer en la órbita del artículo 2.º (45) de la LCT, cabe reseñar aquí el trabajo de familiares —normalmente mujer o hijos— en los casos de las profesiones liberales.

En el caso de la mujer —y dejando aparte la posibilidad, tan discutida, de un contrato de trabajo entre esposos— (46), su actividad colaboradora en la profesión del marido podría encajarse de acuerdo con el artículo 56 del Código civil como una manifestación del socorro mutuo que se deben los cónyuges, siempre que su ayuda sea accesoria, sin llegar a constituirse como profesional, ya que, como dice Freyria (47), «ella se integra simplemente en el cuadro de obligaciones resultantes del matrimonio, siendo considerada como una de las formas de asistencia entre esposos». Tal ayuda de la mujer a los negocios del marido tiene una clara confirmación jurídica en el B. G. B. alemán, párrafo 1.356, que considera como obligación nacida del matrimonio no sólo el trabajo puramente doméstico de la mujer sino también su participación en los negocios de su marido (*Hauswesen und Geschalt des Mannes*) en la medida en que se determine por los usos. Hoy tal disposición está atemperada por la Ley de equiparación jurídica de hombre y mujer 18-VI-57, según la cual, lo mismo el marido que la mujer están obligados a colaborar en los trabajos del otro cónyuge, siempre que esto sea usual, según las circunstancias en que los cónyuges vivan. Es decir, se impone un deber de co-trabajo (*Mitarbeitspflicht*) (48).

También en Francia se encuentra regulado con precisión tal trabajo de la mujer en favor del marido, especialmente desde un punto de vista fiscal y de

(45) Salvo indicación expresa, al decir art. 2.º nos estamos refiriendo al ap. a) del mismo.

(46) Será examinada en su día al hacer el estudio amplio sobre el régimen jurídico del trabajo familiar que anunciamos al principio.

(47) FREYRIA (Ch.): «La notion de relation de travail entre époux», *Droit Social*, junio 1952, pág. 378.

(48) Un estudio amplio de la cuestión en MELON INFANTE: «El Derecho de familia en Alemania», *ADC*, XII-I, págs. 76 y sigs.

seguridad social (49) con el intento de evitar salarios ficticios y fraudes fiscales.

En nuestra Patria sólo cabe, según vimos, considerarlo incluido —en principio— en el amplio artículo 56 del Código civil, y por lo que a lo laboral se refiere, en el artículo 2.º de la LCT, siempre que se den los demás requisitos en él exigidos, y siempre restringiéndonos al caso de la mujer cabría considerar los frutos obtenidos por un trabajo como un bien ganancial —si es la sociedad de gananciales la que siga el matrimonio—, ya que el artículo 1.401 claramente distingue en su apartado 2.º, entre ellos los obtenidos «por la industria, sueldo o trabajo de los cónyuges o de cualquiera de ellos» (50).

f) *Trabajos de hogar o domésticos*.—Queda por fin ver el trabajo desarrollado en la casa, con un carácter puramente doméstico, es decir, las tareas propias de un hogar que aunque fundamentalmente cargan sobre la mujer, nada impide y es frecuente que se realicen o al menos colaboren en ellas otros familiares. Desde luego, excluimos de nuestro examen el trabajo de las personas *servidores domésticos*, definidos en el artículo 2.º, apartado c) (51) de la LCT, aunque en algunos casos límites, pudiera encuadrarse su trabajo entre los de carácter familiar por tratarse de personas *aceptadas* por la familia y trabajar «no por sueldo o asignación mensual sino por la expectativa de una herencia que, en efecto, le deja en testamento la persona que utiliza sus servicios» (52).

Dejando aparte tal cuestión vamos a centrarnos en el trabajo doméstico de la mujer. Entre las funciones normales que a la misma competen en el seno

(49) En un importante *arrêt* de 28-VI-41, el *Conseil d'Etat* fijó las condiciones para que pudiera ser afiliada la mujer al sistema de seguros sociales.

- 1) Actividad profesional y constante en la empresa.
- 2) Exclusión de asociada. Subordinación.
- 3) Salario normal de los trabajadores de su categoría.
- 4) Contabilización del salario.

La ley de 14-IV-52 sólo atiende a la 1.ª y 3.ª; vid. con detalle FREYRIA: *Op. cit.* en *Droit Social*, julio-agosto 1952, págs. 465 y sigs.

(50) En lo que respecta a los arrendatarios urbanos, cabe señalar cómo no pierde su carácter el contrato de inquilinato por el hecho de ejercer en la vivienda o en sus dependencias una *profesión*... el inquilino, su cónyuge o pariente de uno y otro hasta el tercer grado si con ellos convive. Art. 4.º-1, D. 13-IV-56.

(51) Sobre el servicio doméstico puede verse, en nuestra patria, PALANCAR (M.): «El concepto de servicio doméstico en la jurisprudencia», *RDT*, núm. 5, 1954, y «Consideración de dos notas determinantes de su naturaleza jurídica», *RDT*, núm. 29, 1958

BORRAJO (E.): *El régimen jurídico del servicio doméstico*, Madrid, 1959. HERNAINZ: «Aportación a una teoría jurídica del servicio doméstico», *RDP*, julio-agosto 1959, páginas 621 y sigs.

(52) Citado por PÉREZ BOTIJA: *El contrato...*, cit., pág. 49.

Estas cuestiones se examinarán más adelante al hablar de los componentes de la familia.

de la familia están las que el Derecho germánico englobaba bajo la sugestiva denominación de «potestad de las llaves» y que ahora se denomina comúnmente «potestad doméstica». Tal potestad, nada incompatible con la de «dirección» (53) del cabeza de familia, se ha pretendido configurar como un mandato tácito otorgado por el marido, tesis no mantenible en nuestro Ordenamiento, ya que se está más bien en presencia de un derecho otorgado *ex lege* (art. 62 del C. c.). En virtud del mismo, la mujer puede realizar, con plena validez, actos que se refieran a cosas destinadas al consumo ordinario de la familia, pero también tiene, a nuestro juicio, la obligación de atender a las obligaciones inherentes a su condición de esposa y madre dentro del hogar (54). Tal obligación es más moral que jurídica, pero aun en este último campo podría tener acogida (55). Tales tareas domésticas son difíciles de delimitar en algunos sectores, especialmente en las familias agrícolas, pescadoras o que posean un establecimiento mercantil (56), ya que no sólo se extienden a las estrictas de cuidado de la casa, preparación de comida, etc., sino a labores adyacentes como puede ser el cuidado de una pequeña granja, remiendo de redes, limpieza del local de negocio, etc., etc.

No cabe duda que tales trabajos son materia propia de la exclusión del artículo 2.º de la LCT, pero con una importante salvedad. Esta consiste en que a diferencia de los otros trabajos que hemos examinado, en estos domésticos no cabe admitir la excepción contenida en el artículo 2.º *in fine*, es decir, que «se consideren asalariados». Y no cabe, decimos, porque en el caso de la mujer es una obligación que le impone su condición de esposa y en el de los hijos (más propiamente hijas), cabría considerar su ayuda, en las tareas del hogar, como un ejercicio práctico de esa instrucción y educación que deben darles los padres (art. 155, 1.º del C. c.) (57). Como afirma con acierto

(53) Así la llama la exposición de motivos de la Ley de 24-IV-58, que reforma varios artículos del Código civil.

(54) Vid. arts. 155 y 156 del C. c.; en este último es interesante señalar el inciso «... ya en el interior del hogar doméstico...», lo que implica, *a sensu contrario*, que dentro del mismo tiene unas funciones, para cuyo perfecto ejercicio puede impetrarse el auxilio de la autoridad gubernativa.

(55) Por ejemplo, cabría incluirla en el art. 56 del C. c.: «... vivir juntos... y socorrerse mutuamente». Y como un efecto anormal, dando una interpretación amplia a la norma podría acogerse como causa de separación, si el abandono de sus tareas domésticas causara un claro y grave perjuicio a la buena marcha de la familia. Vid. art. 105, 2.º del Código civil (especialmente si no existe en ella personal de servicio).

(56) Especialmente cuando en él se tenga la vivienda. Vid. art. 5.º 1 Ley Arrendamientos urbanos.

(57) Además, en el campo laboral no puede considerarse a los familiares servidores domésticos en virtud de lo dispuesto en el D. 15-III-1959, art. 2.º, que crea el Montepío

Schiralli (58), las *operae obsequiales* que presta la mujer para el gobierno de la casa y los cuidados domésticos, no hacen nacer una relación de trabajo porque es un poder doméstico de la mujer —personal y patrimonial— consagrado por la ley y que deriva de la obligación de asistencia recíproca. Podrá ser —dice— solamente «colaboración en el interés de la común convivencia que siga a todos en uno, sacrificándose cada uno por todos» (59).

Sólo podría plantear algún problema el caso de trabajos domésticos realizados por parientes lejanos o por personas aceptadas por la familia. Sin embargo, en nuestro Derecho positivo, y por lo que respecta al servicio doméstico, tales personas (60) quedan excluidas del concepto de servidores de tal clase, además de quedar excluidas en cuanto realicen tales tareas de la LCT, en virtud del artículo 2.º, apartado c) de la misma (61).

Y respecto a si las tareas domésticas *en sí* constituyen un *trabajo* (62) como para poder constituir materia de un contrato laboral, nos parece que está fuera de duda, ya que el mismo trabajo doméstico, las mismas tareas, pueden ser objeto del contrato de servicio doméstico; por tanto, en última instancia depende de los sujetos y no del objeto el que se pueda configurar como un contrato de trabajo (doctrinalmente, ya que positivamente hemos visto su exclusión).

Por tanto, y como conclusión, bien podemos afirmar que cualquier actividad profesional puede entrar en el concepto de trabajos de carácter fami-

Nacional de Servicio Doméstico, con excepción de los familiares del clero secular que reúnan una serie de requisitos, según D. 10-VIII-1960.

(58) SCHIRALLI: «Il rapporto di lavoro familiare», en *Foro de la Lombardia*, 1937, I, pág. 24.

(59) Sobre este trabajo doméstico y en general sobre el trabajo de la mujer casada, puede consultarse la interesante y muy documentada ponencia del profesor FRAGA IRIBARNE a la Conf. Int. de la Familia, publicada en RPS, enero-marzo 1962, bajo el título «El trabajo de la mujer casada». Sobre el trabajo de la mujer en el hogar, vid. especialmente págs. 16 y sigs.

(60) Montepío Nacional del Servicio Doméstico. Creado por D. 17-III-59, art. 2.º, a) y b), ya que la anterior disposición, Ley de 19-VII-44, fué, como dice gráficamente PÉREZ BOTIJA, una «Ley muerta» (*Curso... cit.*, pág. 574).

(61) No hay razones *doctrinales* para ello y sí sólo de carácter moral o sociológico. Vid. BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual*, cit., I, pág. 30, nota 9, y ALONSO GARCÍA: *Derecho...*, cit., II, págs. 216-218.

(62) Respondiendo a una encuesta, el *Department of Health, Education and Welfare*, de EE. UU., indica que en la sociedad norteamericana el trabajo doméstico se considera «*real work*», pero no «*un job for wages*». Vid. FRAGA (H.): *El trabajo...*, cit., página 17.

liar (63). No existe restricción en cuanto a su ámbito objetivo, al menos cualitativamente, ya que en lo cuantitativo no es muy pensable en la práctica empresas familiares de un gran volumen.

2. Localización de los trabajos. Remisión a otro lugar

Cuando el artículo 2.º habla de los «trabajos de carácter familiar, nada nos dice respecto al sitio concreto donde deben realizarse. Ante tal silencio, y en una recta interpretación de la norma, cabe deducir que tal elemento —el lugar— no posee relevancia alguna respecto al carácter familiar o no de los trabajos. Por tanto podrán realizarse o bien en el domicilio o casa-morada del cabeza de familia o de otro de los familiares (64) o fuera de él. Las interferencias que puede producir tal elemento geográfico con otras figuras —en especial con el trabajo a domicilio—, preferimos verlas más adelante, ya que entonces podrán apreciarse con mayor claridad, tras haber individualizado todos los elementos que concurren en la delimitación de los trabajos de carácter familiar.

II. EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NORMA: LOS FAMILIARES O «ACEPTADOS»

Hemos visto ya cómo los trabajos de carácter familiar pueden ser en principio el que los dirija un familiar distinto del jefe de la familia. Veamos ahora el ámbito subjetivo de los mismos, es decir, cuáles son los sujetos que los realizan o deben realizarlos según la ley para la aplicación de su mandato. En ella se dice textualmente: «... donde solamente estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptadas...». Al análisis de tales palabras se dedica este apartado, dejando para otra ocasión el examen del «carácter familiar» y la exigencia de que no exista un régimen de salariado («siempre que los que trabajen no se consideren asalariados»). Se trata de ver ahora, por tanto, el elemento personal de la relación que ha sido llamado en alguna ocasión por el Tribunal Supremo como «la unidad familiar» (sentencia 11-II-55).

(63) PÉREZ BOTIJA: *El contrato...*, cit., pág. 48.

(64) Nada impide el que puedan llevarse a cabo trabajos de carácter familiar, siendo el que los dirija un familiar distinto del jefe de la familia.

1. *Familia y Derecho. La metajuricidad de la misma* (65)

A pesar de la variedad de concepciones que del Derecho se han dado, todas ellas concuerdan, casi sin excepción, en afirmar que el Derecho, en sentido objetivo, es un ordenamiento de la sociedad humana (66). Asimismo se mantiene comúnmente que al lado del ordenamiento jurídico y distintos del mismo existen otros ordenamientos —religiosos, morales, económicos, etc.— que se realizan en el ámbito de la sociedad misma (67) y concretamente en el sentido de contraponer el ordenamiento de los singulares grupos sociales particulares (designado como social, disciplinar o de hecho) y el ordenamiento jurídico entendido tradicionalmente como el ordenamiento de la sociedad política por excelencia, el Estado (68).

La singularidad de la familia —«el primer agregado natural»— hace que el Derecho de la misma, como parte del total ordenamiento jurídico, posea también unos rasgos y caracteres verdaderamente peculiares. Tal Derecho —de naturaleza tan debatida— (69) adopta ante las relaciones que regula una posición que calificaríamos de «respeto», en cuanto que su regulación no resulta total. Tal ausencia de totalidad no puede traducirse en deficiencia, pues como bien enseña Carnelutti (70) «la deficiencia del ordenamiento supone no tanto que falte una disposición legislativa cuanto que falte una disposición de otra fuente para la composición de un conflicto de intereses». Y esto es cabalmente lo que no ocurre en la familia. Esta no puede reducirse a una

(65) No pretendemos, en absoluto, examinar los problemas que plantean las relaciones de la familia con otras instituciones, principalmente con el Estado, ya que tal propósito queda fuera de nuestro estudio. Sólo nos referimos, y de modo general, al ordenamiento jurídico y su proyección sobre la familia en campo laboral.

(66) Vid. SUPPIEJ (G.): «Preliminari a una dottrina del diritto», *Riv. it. per le scienze giur.*, Milano, 1955-56, vol. VIII (único), págs. 474-556; con pensamientos originales y valiosos, además de la abundante bibliografía allí citada.

(67) CHIARELLI: «Il problema dei caratteri differenziali dell'ordinamento giuridico», en *Scritti giuridici in onore de A. Scialoja*, Bologna, 1953, IV, pág. 175.

(68) SUPPIEJ: *Op. cit.*, pág. 478.

De modo general, vid. CASTRO Y BRAVO: *Derecho civil de España*, Madrid, 1949, páginas 40 y sigs.

(69) Especialmente a partir de la original concepción del profesor CICU, que propone frente a la tradicional bipartición del Derecho en público y privado, una tripartición «che risponderebbe alle caratteristiche particolari che socialmente assume l'aggregato familiare di fronte all'aggregato politico», *Della filiazione*, Bologna, 1926, pág. 11.

Puede verse también *Il diritto de famiglia*, 1915, y un artículo «Cómo llegué a la sistematización del Derecho de familia», *RDP*, 1925, pág. 185.

(70) *Teoria general...*, pág. 115.

construcción jurídica, ni a una célula política, ni a una estructura política. En ella predominan —especialmente en las relaciones personales— los mandatos de la moral; razón por la cual el ordenamiento no despliega toda su eficacia, dejando sin sanción, o al menos con sanción imperfecta, muchas de sus normas; de donde deriva el carácter inderogable —normas de orden público— de la generalidad de las mismas (71). Pero no significa eso que el Derecho considere como *no dignos* de tutela los intereses que se dan en el seno de la familia, sino que más bien los considera *suficientemente* tutelados por mandatos y normas de un carácter moral, ético, sin otorgarles, por tanto, una eficacia jurídica (72).

Sus normas —las del Derecho— tienen de modo primordial una finalidad protectora (73) y conservadora del núcleo familiar, cuya *íntima* esencia en frase de Jemolo «permanece metajurídica» (74).

Por ello, la LCT, con su artículo 2.º, al no tutelar los intereses que se desenvuelven en los trabajos de contrato familiar con el medio técnico de la atribución de la eficacia jurídica, no lo hace por considerarlos suficientemente protegidos por los vínculos éticos —familiares— con que están unidos los que trabajan de tal manera (75).

2. El ámbito de la familia en nuestro ordenamiento jurídico

a) *Progresiva reducción del ámbito subjetivo de la familia.*—La historia de la familia —se ha dicho— es la historia de su descomposición (76). En la concepción romanista la familia incluía, según la célebre fórmula de Ulpiano, todas aquellas personas *quae sunt sub unius potestate, aut natura aut iure*

(71) PUIG PEÑA (F.): *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, vol. I, Madrid, páginas 18 y sigs.

(72) Así JEMOLO llega a decir que «el legislador no se siente obligado a definir un instituto que es prejurídico, que ha surgido antes que el concepto del Derecho le aislase de otros conceptos afines, un instituto que no es suyo, que no puede dominar y del cual sólo puede regular ciertos aspectos». «La famiglia e il diritto», en *Annali della Università di Catania*, 1948-49, III, Napoli, 1949, pág. 40.

(73) Un meticuloso examen respecto a la protección de la familia por nuestro Derecho positivo puede verse en EYRE VARELA (F.): *La protección del núcleo familiar en nuestra legislación (Propiedad y Matrimonio)*, Barcelona, 1956, pág. 313, en especial páginas 324 y sigs.

(74) JEMOLO: Op. cit., pág. 57.

(75) Para un examen de los problemas jurídicos actuales de la familia vid. GIORGIANNI (M.): «Problemi attuali di diritto familiare», en *Riv. Trim. de Dir. e Proc. Civ.*, septiembre 1956, págs. 749 y sigs., en especial 762 y sigs.

(76) PUIG PEÑA: «La relación familiar en sentido amplio», *RDP Ab.*, 1948, pág. 298.

subiectae (77). De modo semejante ya nuestras Partidas la definía —en cuanto a su extensión subjetiva— como «el señor della, a su muger, en todos los que viven do él, sobre quien ha mandamento, así como los hijos e los sirvientes e los otros criados» (78). Bien puede afirmarse que en un primer momento la familia occidental «estaba concebida como una organización amplia, omnicomprendensiva, aglutinada primero sobre el lazo civil de la agnación y más tarde sobre el lazo natural de la cognación. Representaba un verdadero núcleo político dentro del Estado y un organismo autárquico dentro de la economía» (79).

Con el transcurso del tiempo y debido a las múltiples causas (80), la familia se reduce; la *gens* romana y la *sippe* germánica, o el *linaje* del Derecho consuetudinario se «concentran» notablemente. A pesar de ello, la «gran familia» sigue teniendo en los actuales ordenamientos jurídicos una clara relevancia como ocurre, por ejemplo, en la sucesión *ab intestato* (arts. 912 y sigs. del C. c.) (81). De un modo distinto —en cuanto que no valora únicamente el parentesco— ha sido la legislación de Seguridad Social la que ha revolucionado todas las reglas del Código civil respecto a la familia, conceptuando a ésta bajo el punto de vista alimenticio, con la consiguiente amplitud en cuanto a su ámbito, amén de otras consecuencias que no son del caso examinar (82). En realidad resulta difícil, si no imposible, dar una definición única de la familia, que aparece ante el Derecho como algo proteiforme, comprendiendo

(77) *Digesto*, 50, 16, 15, 2.

(78) *Partidas*, VII, t. XXXIII, Ley 6.^a

(79) PUIG PEÑA: *La relación familiar...*, cit., pág. 298.

(80) Un análisis de las mismas puede verse en FRAGA: *La familia en la segunda mitad del siglo XX*, Madrid, 1959, especialmente págs. 16 y sigs.

(81) Asimismo es expresiva la locución «familia por naturaleza» empleada en el artículo 174 del C. c. Así lo resalta ZORRILLA, en sus anotaciones a CARBONNIER: *Derecho civil*, tomo I, vol. II, Barcelona, 1961, pág. 8.

(82) Puede verse el análisis concreto que hace DUCHATELET: «La famiglia nel diritto sociale», *Riv. Giur. Lav.*, 1955, VI, págs. 231 y sigs.: «Lo esencial —dice— para que una persona forme parte de la familia del trabajador es que esté a su cargo, que dependa económicamente de su trabajo», pág. 248. Hay que advertir, sin embargo, que sus observaciones, en especial sobre la concubina, o los hijos naturales, no son sin más, aplicables a nuestra legislación.

Entre nosotros se han ocupado del tema: MARTÍN BLANCO: «Legislación de seguridad social y Derecho de familia», *RGLJ*, abril 1959 (separata). ALONSO OLEA: «Las relaciones familiares ante las normas de seguridad social», en *Estudios a García Oviedo*, Sevilla, 1954, II, págs. 143 y sigs.

COSSÍO DEL CORRAL: «La seguridad social y su influencia en el Derecho civil», en *Est. G. Oviedo*, cit., págs. 79 y sigs.

De modo general, sobre las diversas concepciones de la familia —individualista, societaria y alimenticia—, vid. THERY: *Trois conceptions de la famille dans notre Droit*, Dalloz, 1953, Chr. 47.

unas veces un ámbito estrecho y otras amplio (83); ello nos autoriza a distinguir, de un modo general: relaciones familiares *stricto sensu* (relaciones matrimoniales y paterno-filial), familiares en sentido amplio (las generales del parentesco) y cuasi-familiares (tutela y sus derivados) (84). Y en cuanto a su origen: familia legítima, natural y adoptiva.

Tales observaciones se precisan, por la genérica locución que emplea el artículo 2.º de la LCT: «Personas de la familia...» Por tanto, hora es ya de entrar en el examen interpretativo de la norma, limitándonos a esclarecer qué personas cabe considerar *como de la familia*, de modo que su actividad dentro de la misma carezca de relevancia jurídica —si se dan los demás requisitos— ante la Ley de Contrato de trabajo.

b) *Personas de la familia a las que se extiende la exclusión del artículo 2.º* Dejando para más adelante el examen de los «aceptados» y de la exigencia de la ley de que no existan extraños a la «familia» («...donde *solamente* estén...», dice el artículo), vamos a fijar nuestra atención ahora en lo que señalamos en este epígrafe.

Se trata de responder a la siguiente pregunta: Subjetivamente, ¿de qué personas puede predicarse su condición de familiar? o ¿quiénes son «personas de la familia»? De acuerdo con Ghezzi (85), creo que no debe utilizarse el camino de delimitar las personas que poseen el *status familiae*, ya que pueden darse trabajos de carácter familiar prestados por personas que no estén en posesión de tal *status* (86), como ocurre concretamente con los hijos naturales o adoptivos, entre otros.

Si lo que se pretende con el artículo 2.º de la LCT es precisamente excluir a las personas que prestan trabajo con un carácter familiar, un primer camino viable puede ser el de examinar el comportamiento de las normas laborales en lo que a la familia se refiere. No hay en ellas unanimidad de criterio, pues las nociones de familia son más o menos amplias, según sea el supuesto concreto a que la ley se aplica (87).

a') *Examen del ámbito subjetivo de la familia en diversas normas laborales.*—En primer lugar, en algunas normas nada se nos dice en concreto, pues se transcribe de modo idéntico la definición del artículo 2.º de la LCT. Así,

(83) JEMOLO: Op. cit., pág. 40.

(84) PUIG PEÑA: *La relac. familiar*, cit., pág. 297.

(85) GHEZZI: *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960, página 26.

(86) Sobre la problemática general del estado familiar, vid. la original monografía de SALVI (F.): *Il possesso di stato familiare*, Milano, 1952, y bibliografía allá citada.

(87) Sin embargo, el que así sea, no significa nada en opinión de COMBA-CORRADO, ya que «la noción excepcional prevalece sobre la noción normal», en *Il rapporto di Lavoro nel diritto privato e pubblico*, Torino, 1956, pág. 132.

por ejemplo, en el Texto Refundido de Accidentes de Trabajo, cuando excluye de su ámbito a los trabajos de carácter familiar (88). Sin embargo, en tal materia ya existe en el mismo texto una interesante limitación cuando permite el aseguramiento voluntario de los familiares que vivan *bajo el mismo techo* que el patrono, sean *mantenidos por él y trabajen personalmente*. A tales efectos se entienden por personas de la familia: «las que lo sean en línea directa sin limitación, y en la colateral hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad» (89).

De modo más escueto la legislación referente al Plus Familiar excluye de su ámbito a los «trabajos de carácter familiar» (90); por lo que bien puede entenderse que hace una referencia clara al artículo 2.º de la LCT. Ya con términos más claros, la Ley de Ayuda Familiar excluye de su ámbito —por no considerarlos trabajadores por cuenta ajena— al «cónyuge, los hijos, los padres y demás parientes del patrono o del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, que tengan ocupación en alguno de sus centros de trabajo, cuando vivan en el hogar de aquél y a su cargo, salvo que figuren en plantilla y nómina» (91). Como vemos, quedan perfectamente delimitados los familiares cuya prestación de trabajo no da lugar al nacimiento de un contrato de trabajo, con una presunción de ello *iuris tantum*, según las palabras finales que hemos subrayado y que concuerdan con las últimas del artículo 2.º de la LCT («siempre que los que trabajen no se consideren asalariados»).

Asimismo, en el sistema de los seguros sociales unificados, que comprende a los *trabajadores por cuenta ajena* —es decir a los ligados por un contrato de trabajo— excluye de su ámbito a la «mujer, los hijos, los padres y demás parientes del patrono por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado in-

(88) D. 22-VI-56, art. 8.º, ap. a).

(89) Regl. de 22-VI-56, art. 13. A efectos de salarios: art. 59 del mismo. En la póliza de tal seguro voluntario debe hacerse constar de modo expreso «el nombre y apellidos, parentesco y jornal asegurado». Res. de la D. G. de Previsión Social de 11-II-1960, instrucción undécima.

(90) O. M. 29-III-1946, art. 2.º, ap. a). En trance de desaparición, ya que el 1.º de enero de 1963 se aplicará la reciente Ley de Ayuda Familiar, unificadora del Subsídium y Plus ahora existentes.

(91) Ley de 14-IV-1962, art. 3.º, ap. a). Vid. nota anterior. En el art. 20 de esta ley se determina la posibilidad de extender los beneficios de la Ayuda Familiar a determinados artesanos y pequeños empresarios», así «como a los trabajadores de otros sectores excluidos de la presente ley». Así ha ocurrido en los trabajadores autónomos de la alimentación. O. 13-XII-61, art. 4.º-1, y de Transportes y Comunicaciones, O. 31-III-62, artículo 4.º-1.

clusive, siempre que vivan en su hogar y a su cargo y tengan ocupación en alguno de sus centros de trabajo» (92).

En el Mutualismo laboral no existe disposición parecida, sino todo lo contrario, ya que con criterio más generoso amplía su ámbito que, según el artículo 8.º (93), puede comprender a «cualesquiera otros trabajadores que, estando excluidos de la LCT, hayan sido o sean incorporados por disposición expresa» (94).

En lo que se refiere a colocación, la obligación de las empresas de solicitar su personal de las oficinas de colocación no afecta «al cónyuge del empresario y a los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado, salvo que tengan la consideración de trabajadores a efectos laborales» (95). Lo que se nos está diciendo con ello es que tales familiares —los especificados en ella— no son en principio trabajadores por cuenta ajena («... salvo...»).

Ya de modo más concreto, en algunas Reglamentaciones de Trabajo —en pocas— se hace mención a los familiares del empresario excluyéndolos de su ámbito. Así, por ejemplo, en la de pesca de arrastre «a los parientes del armador o de su cónyuge hasta el tercer grado de consanguinidad, siempre que vivan en el hogar de aquél y bajo su dependencia» (96).

Y de modo más restringido en la de vaquerías se consideran como familiares (quedando excluido su trabajo de la Reglamentación) «los ascendientes y descendientes del empresario, siempre que no perciban salario alguno» (97).

En el servicio doméstico, aunque a él tampoco se le apliquen las normas contenidas en la LCT, es interesante ver la delimitación que se hace de los familiares en las normas reguladoras de su Montepío. En ellas el ámbito subjetivo se agota al máximo, ya que quedan excluidos.

a") Los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el cuarto grado e hijos adoptivos del dueño de la casa o de su esposa (98).

b") Los prohijados o acogidos de hecho o de derecho, etc. (99), aunque

(92) D. 4-VI-1959, art. 5.º, y O. M. 30-VI-1959, art. 6.º

(93) Regl. General del Mutualismo Laboral. O. M. 10-IX-1954.

(94) Ello permite, en principio, la posibilidad de encuadrarse en el Mutualismo Laboral a los familiares del empresario que con él trabajen, siempre que lo hagan sin ser asalariados, pues si lo fueran, aun siendo parientes, se incluirían en el Mutualismo Laboral, por el silencio que respecto a ellos guarda el reglamento. Silencio que, como hemos visto, no guardan otras normas. Vid. también art. 10 del Regl. de 10-IX-1954.

(95) Regl. de Colocación obrera. D. 9-VII-1959, art. 57, 1.º Tal reglamento aplica la Ley de 12-II-1943.

(96) Regl. Nac. de Trabajo en la Industria de Pesca de Arrastre de 16-I-1961, art. 2.º

(97) Regl. Nac. de Trabajo de Vaquerías 23-XII-1959, art. 2.º

(98) Y en una interpretación lógica creemos que también los adoptados por ambos conjuntamente.

(99) D. 17-III-1959, por el que se crea el Montepío Nacional del Servicio Doméstico, artículo 2.º

con la importante excepción de los *familiares del sexo femenino, de sacerdotes*, siempre que vivan con ellos y a su costa, (100). En este caso quedan acogidos al Montepío, a pesar de su parentesco.

Asimismo se reitera la tónica general que vamos viendo del tercer grado, la convivencia y vivencia a cargo, en lo referente a la cartilla profesional agrícola y de seguridad social, que no se precisa para los parientes del patrono, que reúnan los requisitos dichos (101), siempre que no tengan la consideración de *trabajadores autónomos* (102).

Podríamos citar otras normas en las que poder ver la delimitación de los familiares hecha por el legislador, pero no afectan o sirven de modo directo a nuestro propósito (103).

Un breve resumen de todo lo visto puede expresarse si decimos que lo normal es considerar como familiares excluidos de la legislación laboral a los *parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, siendo asimismo requisitos la convivencia, vivencia a cargo y la no consideración de asalariados*.

De tal régimen común escapa, como hemos podido apreciar, lo que se refiere al seguro voluntario de Accidentes de trabajo y el Montepío de servicio

(100) Y otros requisitos según la nueva redacción dada al art. 2.º del Decreto citado en la nota anterior, por D. 10-VIII-1960.

(101) O. M. 11-I-62, art. 9.º

(102) O. M. 11-I-62, art. 8.º Sobre el estudio de la misma no es preciso detenernos ahora, a pesar de su interés, pues tratamos de delimitar el ámbito objetivo y subjetivo del art. 2.º de la LCT, no el régimen jurídico del trabajo familiar.

(103) Nos referimos, por ejemplo, a la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria cuando se define a los familiares trabajadores autónomos. O. 21-VI-61, artículo 8.º, 1, c), y la referencia que hace a los «hijos o parientes varones que convivan con la familia», art. 8.º, 1-d).

Asimismo el D. de 23-VI-1960, que extiende los beneficios del mutualismo a los trabajadores independientes. Vid. art. 1.º, b), y desde luego no examinamos el sistema de beneficiarios de la Seguridad Social, que no entra en nuestro estudio. Para ello vid. los trabajos de ALONSO OLEA y MARTÍN BLANCO ya citados.

En la O. 27-V-53, referente a los patrimonios familiares se entiende que el cultivo es personal y directo «cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente por el titular o por sus familiares, en su más amplio sentido, que con él convivan y bajo su dependencia económica», art. 2.º

En lo que se refiere al trabajo de los familiares con efectos en los arrendamientos rústicos, vid. Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos. D. 29-IV-1959, arts. 11-1 (cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos) y 83-3 (familiares en su más amplio sentido, con convivencia y dependencia económica).

En materia de arrendamientos urbanos el contrato de inquilinato no perderá su carácter si se ejerce en la vivienda una profesión, función pública o pequeña industria por el inquilino, «su cónyuge o pariente de uno u otro hasta el tercer grado que con cualquiera de ellos conviva» (Ley de Arrendamientos urbanos de 13-IV-1956, art. 4.º-1 resumido). En el 5.º-1 es menos explícito, pues habla simplemente de «familia».

doméstico que representan los dos extremos en cuanto al grado de parentesco: segundo en el 1.º y cuarto cuando se trata del 2.º caso.

b') *Aplicación al supuesto del artículo 2.º LCT.*—Tras el examen hecho ¿cómo puede interpretarse el artículo 2.º de la LCT al decir «personas de la familia»? ¿Comprende sólo a los parientes hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad, y que además convivan y vivan a cargo del que dirige los trabajos? Para ser más claros responderemos por separado a los dos elementos: grado y convivencia con dependencia económica.

En cuanto a lo primero no es posible pronunciarse de modo tajante. A nuestro juicio, el artículo 2.º, al no especificar, comprende a la familia en toda su amplitud, pero no con tanta que se desnaturalice el precepto. Así podrán tener la condición de familiares:

a") Los ascendientes y descendientes sin limitación de grado. Respecto a ellos ya tengan la condición de legítimos o no (104), aunque en lo que se refiere a los descendientes no legítimos habría que distinguir las distintas relaciones de parentesco que surgen según sean reconocidos, no reconocidos o legitimados (por subsiguiente matrimonio o por concesión soberana) (105).

b") Respecto a los afines, dada la tónica general de nuestra legislación laboral, creemos que no puede irse más allá del tercer grado, inclusive, pues si así fuera su condición de familiares quedaría desnaturalizada.

c") Quedan incluidos como familiares, desde luego, los hijos adoptivos, de uno u otro cónyuge o de ambos, ya que la adopción «es la única institución jurídica que crea propiamente parentesco sin mediar un lazo natural de filiación» (106). Algunas instituciones afines, como el acogimiento o prohijamiento, no determinan ninguna clase de parentesco en este sentido, aunque están incluidos como en seguida veremos entre los «aceptados» (107).

d") Por último, respecto a los colaterales, ante el silencio de la ley, creemos que debe acudirse a la legislación común, y entender que pueden incluirse

(104) Así, por ejemplo, se ha considerado como miembro de la familia —creo que erróneamente— a una señora que hacía vida marital con el cuñado del demandante, viviendo en la misma casa. S. 3-IV-36. Sería más lógico considerarla aceptada.

(105) Sería largo exponer aquí dichas relaciones, teniendo en cuenta, además, que sería preciso antes fijar quién era el titular de la empresa familiar para estudiar el parentesco que puede surgir entre los descendientes no legítimos y los consanguíneos del titular. Puede consultarse el completo estudio de PUIG PEÑA: *La relación familiar...*, cit., página 297 y sigs., que examina por separado los distintos supuestos. Para los reconocidos vid. arts. 143 y 943 del C. c., y para los legitimados, 122 del C. c. La posición de los no reconocidos representa, según tal autor, un «vacío del Derecho».

(106) PUIG PEÑA: *La relación...*, cit., pág. 304, n. 17.

(107) Así la S. 4-XII-1956 afirma que «los trabajos de carácter familiar exigen, como su nombre indica, la existencia de un vínculo de esa naturaleza, ya derivado de consanguinidad, afinidad o del legal de adopción».

dentro de los mismos como familiares los muy cualificados (como hermanos) los meramente cualificados (tíos y sobrinos) (108) y los simples o parientes lejanos que abarcan *hasta el cuarto grado civil*. La razón de este último límite está en que hasta tal grado pueden ser considerados parientes con derecho a la sucesión *ab intestato*. Más allá no (art. 954 Código civil). Por otra parte, hemos visto cómo tal grado es el límite en el Montepío de Servicio Doméstico. Si a pesar de ello algún pariente que supera el cuarto grado trabaja para la familia cabría considerarlo o asalariado normal, o servidor doméstico, o aceptado (si efectivamente lo está) o bien que presta un servicio amistoso, benévolo, etc., cuando su trabajo sea ocasional, y lo hace en tal concepto de amistad, benevolencia, etc.

Respecto a la convivencia y dependencia económica nada dice la ley de Contrato de Trabajo.

Por convivencia puede entenderse en un sentido estricto el hecho de compartir mesa y techo, aunque a ello no obste las ausencias esporádicas de la casa, siempre que sean cortas y no definitivas (109), y por dependencia económica o «vivir a cargo» deberá entenderse, siguiendo a Ghezzi (110), el concurso eficiente al mantenimiento del que depende, aunque sea parcial, pues sólo en ciertos casos (hijos menores, etc.) se verifica una dependencia económica integral.

Normalmente, la convivencia ha sido estimada por la doctrina como un elemento distintivo, importante, del trabajo familiar (111) y para algunos autores un presupuesto necesario para que pueda presumirse la gratuidad (112), siendo a veces tal elemento una causa de confusión con el servicio doméstico (113). En nuestra legislación hemos visto cómo de un modo casi unánime se exigen la convivencia y la dependencia económica para excluir a los fami-

(108) Vid., por ejemplo, entre otras, S. 21-XII-1933, 6-IX-1939, 29-XI-1954.

(109) Vid. GHEZZI: *La prestazione...*, cit., pág. 33.

(110) Op. cit., pág. 33.

(111) Vid. ANDREOLI: «Lavoro familiare e donazione remuneratoria», *Mass. Giur. del Lavoro*, 1947, págs. 207 y sigs., que la ve como un índice de presunción de la falta del «animus contrahendi». DINI: «Gratuità del rapporto di lavoro in caso di convivenza more uxorio», *Arch. Ric. Giurid.*, 1952, pág. 622.

GHEZZI: «Comunione tacita familiare e in genere prestazione di lavoro nella comunità familiare», *Dir. Econ.*, 1958, pág. 786.

DURAND; JAUSSAUD: *Traité de Droit du Travail*, París, 1947, I, pág. 222, respecto al supuesto concreto de deuda alimenticia, en la jurisprudencia francesa.

GUIDINI: *Diritto del Lavoro*, Padova, 1961, pág. 111.

(112) Así, por ejemplo, CASSI: *La retribuzione nel contratto di lavoro*, Milano, 1954, página 173.

DE LITALA: *Il contratto di lavoro*, Torino, 1956, pág. 147.

BARASSI: *Il Diritto del Lavoro*, Milano, 1957, I, pág. 441.

liares que trabajan de las normas laborales. Sin embargo, en lo que al artículo 2.º se refiere creemos que no son requisitos necesarios e imprescindibles para que pueda existir el trabajo familiar. Son, desde luego, un valioso índice para la delimitación de un concepto, y de un modo especial cuando se trate de aceptados, como veremos en seguida (114).

Así creo que deben interpretarse algunas sentencias del Tribunal Supremo cuando hablan del hecho «de vivir habitualmente juntos» (115) o de «comer en la mesa familiar, recibir vestido, pequeños gastos, etc. (116).

Todas estas consideraciones que hemos ido haciendo tienen, como es lógico, un valor general, de interpretación del artículo 2.º de la LCT, ya que cuando los caracteres del trabajo familiar aparezcan especificados en alguna norma laboral (como hemos visto ocurre en Accidentes, Colocación, etc.), entonces, según los comunes cánones de la interpretación, la noción excepcional prevalece sobre la normal; y aquí sólo tratamos de delimitar la normal, es decir, la contenida en la LCT.

c') *Particularidades en cuanto al ámbito subjetivo del «taller de familia».*—

Tratamos de ver ahora un aspecto concreto del trabajo familiar: el realizado por individuos de la familia en forma de taller. Nuestra Ley de Contrato de Trabajo, según dicen Bayón y Pérez Botija, «comete el error de mezclar el trabajo familiar con el trabajo a domicilio en forma poco clara...» (117). Por ello, y aun a costa de alargarnos un poco, vamos a separar lo más claramente posible los distintos supuestos y posibilidades contenidos en la LCT (libro II, título II), haciendo hincapié en lo que afecte directamente a nuestro estudio.

a") En cuanto al destino de los frutos obtenidos con el trabajo puede distinguirse:

— para la satisfacción directa de las necesidades domésticas (art. 115, a). El producto del trabajo no va al comercio y por eso no puede calificarse de trabajo industrial propiamente dicho (118).

— para la venta directa del producto sin intermediario de patrono (artículo 115, b). No responde a demandas de intermediario. El individuo en cuestión tiene su propia clientela, convirtiéndose así en un pequeño productor independiente (119).

(113) Vid. cómo los diferencia SCHIRALLI: *Il rapporto...*, cit., pág. 22.

(114) El hecho de vivir a cargo puede tener relevancia al examinar la gratuidad de la relación. A ella nos remitimos.

(115) S. 3-IV-1936.

(116) S. 11-IX-1939, 17-XI-1953, etc.

(117) *Manual...*, cit., II, pág. 611.

(118) Vid. *Razonamiento de las bases para un proyecto de ley sobre trabajo a domicilio*, Instituto de Reformas Sociales, Madrid, 1918, págs. 609 y sigs.

(119) Así como en el art. 115 a) y 116 se hace constar de modo expreso que el lugar

— para un patrono o empresario por cuenta del cual se trabaja (artículo 116). Sólo esta modalidad se considera por la ley, *trabajo a domicilio* y sometido, por tanto, a las disposiciones que lo regulan.

b") En cuanto a las *personas* que llevan a cabo las tres formas de trabajo vistas, cabe a su vez una triple distinción, dentro de cada una de ellas, que veremos por el mismo orden:

— que realice el trabajo un individuo aislado o bien ayudado por personas de su familia, en cuyo caso tendremos constituido el taller familiar. Tales personas, sin duda alguna, caen dentro del art. 2.º LCT con la particularidad de que al tratarse de *trabajos domésticos*, el ámbito puede ser más amplio que el estricto del de taller de familia descrito en el art. 116: concretamente no tienen el carácter de *servidores domésticos* aunque trabajen: los ascendientes, descendientes, colaterales hasta el cuarto grado e hijos adoptivos del dueño de la casa o de su esposa; los prohijados o acogidos de hecho o de derecho (120). Por tanto el trabajo de tales personas siempre tendrá un carácter familiar y dentro del mismo, doméstico.

Cabe por fin, como tercera posibilidad, que se preste el trabajo por personas extrañas a la familia, con una retribución. Poco importa cuál sea la finalidad del trabajo; lo que realmente interesa es que se trata de personas que prestan su actividad en un domicilio que no es el suyo a cambio de remuneración. Por ello es claro que su trabajo no puede integrarse entre los de «carácter familiar». Dentro de tal categoría pueden incluirse no sólo el servidor doméstico «normal» sino también las denominadas «asistentas» que prestan sus servicios por régimen de horas, a un amo de casa cabeza de familia (121).

En el segundo supuesto —para la venta directa del producto—, cabe asimismo que el trabajo sea individual, unipersonal o colectivo con personas de su familia que le ayudan en el trabajo (122); en tal caso se constituye un taller de familia, y la prestación de los familiares reviste el «carácter familiar» quedando por tanto fuera de la LCT siempre que tales personas no se consideren asalariadas (art. 2.º).

de trabajo sea el domicilio, lo cual es lógico, en éste la ley calla. Por tanto, ello nos autoriza a pensar que puede realizarse tanto en el domicilio como fuera de él. Así es frecuente, en realidad, la existencia de pequeñas empresas familiares que tienen su lugar de trabajo fuera del domicilio, vendiéndose luego los productos directamente al público.

(120) D. 17-III-1959, art. 2.º, a) y b). Los siguientes apartados no interesan aquí. Hay que señalar, sin embargo, la admisión de familiares como *servidores domésticos*, en el caso de parientes de sacerdotes. Vid. D. 10-VIII-1960.

(121) Recientemente incorporadas al Montepío Nacional del Servicio Doméstico, por O. M. de 3-V-62.

(122) Decimos «ayudan» porque siempre habrá alguien que dirija los trabajos, que haga cabeza, siendo «ayudado» por los demás.

Puede ocurrir, por fin, que colaboren en el trabajo personas extrañas a la familia (123). En tal supuesto estamos en presencia de unos trabajadores que dependen de un pequeño patrono a domicilio, sometidos, por imperio del artículo 121 a la legislación general de trabajo (124).

Queda, por último, la tercera forma de trabajo que éste se preste por cuenta de un tercero —patrono o empresario— que retribuye el trabajo (125). Lo mismo que antes, caben las tres posibilidades de: trabajo aislado, taller de familia o bien colaboración de personas extrañas, no familiares.

Lo que tratamos de ver aquí es si existe la posibilidad de que haya trabajo de carácter familiar en el seno del trabajo a domicilio por cuenta de un patrono o empresario. La respuesta no es clara por no serlo la ley, y desde luego no puede ser única. Se precisa distinguir.

Si un empresario A contrata con una persona B para que le realice un trabajo a domicilio, no cabe duda que B es un trabajador sometido a la LCT. ¿*Quid* si le ayudan personas de la familia? ¿Tendremos siempre constituido, en tal caso, el taller de familia? Desde luego la ley no arroja mucha luz al respecto, pues no se puede deducir de ella a ciencia cierta si el sujeto del contrato son el *individuo aislado* o *ayudado por sus familiares*, en un supuesto, o el *individuo aislado* y el *taller de familia*, como dos posibilidades distintas, en otro. A nuestro juicio todo dependerá de los términos en que se celebre el contrato. Es una *quaestio facti*. Si A celebra un contrato con B, y con él solo establece la relación obligacional, sólo B es trabajador de A, no importando al empresario la ayuda que pueda recibir de sus familiares. Estos quedan desligados del contrato celebrado entre A y B. Son personas que ayudan al trabajo de B por un motivo fundamental: por ser un familiar y, por consiguiente, no tienen derecho a retribución alguna (salvo que se consideren asalariadas de él). Ahora bien, en el caso de que el empresario conozca y acepte el trabajo de los familiares, para llevar a cabo su encargo, entonces todos ellos dependen de A y son trabajadores a domicilio. No puede decirse, como antes, que su trabajo sea de carácter familiar y que, por tanto, quede excluido de la legislación laboral, en virtud del art. 2.º, sino que, por el contrario, estamos en presencia de «la asunción global de un grupo familiar, a través de la estipulación, no ya de tantos contratos individuales cuantos sean los componentes

(123) Dejamos para más adelante el examen de la concurrencia de familiares y extraños, en el mismo trabajo.

(124) ... Art. 121. Siempre que el trabajo se realice a domicilio (vid. nota 59). Si no se hace en él, la calificación de personas sigue siendo, con mayor razón, la misma: trabajadores, sometidos a la LCT (arts. 1.º, 3.º y 6.º LCT).

(125) Aunque también —y a la vez— se trabaje para la venta directa del producto, ya que «si el trabajo fuera mixto, para el público y patronos o empresarios, se calificará todo él de trabajo a domicilio» (art. 115 LCT).

de la familia, sino de un único contrato entre el empresario y aquel que se obliga, a través del ejercicio de la potestad familiar que le compete, a suministrar las prestaciones de trabajo de los componentes individuales» (126). Forma ésta de trabajo que guarda cierta semejanza con el contrato de grupo (127).

En el supuesto de que el familiar que ayuda sea una sola persona nada impide el que pudiera nacer la figura del «auxiliar asociado» si reúne las características de éste (art. 5.º, 2, LCT) y se considera asalariado (128). No sería, por tanto, su trabajo de carácter familiar sino un trabajo subordinado.

Vemos, pues, que para que exista taller de familia, y los componentes del mismo queden sometidos a la LCT es preciso que trabajen con el consentimiento (129) del empresario, y ello a pesar de que el contrato sea único, con algún miembro de la familia, pero estando implicados en tal contrato los componentes de ésta.

En ausencia de tal consentimiento, no hay obstáculo, a nuestro juicio, para que pueda calificarse al trabajo de ayuda de los familiares, como trabajo de carácter familiar, siempre que no se consideren asalariados, no ya del empresario, desde luego, sino del miembro de la familia que aceptó el trabajo a domicilio.

Con ello ya hemos respondido a la pregunta formulada, de si la ayuda de algún familiar al trabajador principal da nacimiento al taller de familia, sin más. Creemos que no; a nuestro juicio, parece deducirse de la ley que una cosa es que al trabajador aislado le ayude alguno o algunos familiares (en cuyo caso tal ayuda puede catalogarse como trabajo de carácter familiar) y otra distinta que se constituya un taller de familia, que trabaja para un tercero, siendo todos los componentes del mismo trabajadores de éste. Es decir, que cuando la ley habla de taller de familia se está refiriendo a este último caso: trabajo de los familiares para un empresario con consentimiento de éste.

Respecto a los acogidos y parientes que sobrepasen el tercer grado de consanguinidad o afinidad, no puede admitirse, en el supuesto que estamos examinando, esta doble posibilidad, ya que claramente quedan sometidos a las leyes laborales (art. 116, 1.º).

(126) GHEZZI: *La prestazione di lavoro...*, cit., pág. 6. Desde luego no tiene tampoco carácter familiar, ni, por tanto, cae en nuestro estudio, el trabajo prestado por personas de una misma familia en una empresa ajena. En tal caso «queda absorbida y eliminada la característica del trabajo familiar y se entra en el ámbito del trabajo subordinado». GHEZZI: *Op. cit.*, loc. cit.

(127) Art. 18 LCT, Vid. GHEZZI: *Op. cit.*, pág. 7.

(128) Para ello nos remitimos a la cuidada monografía de RODRÍGUEZ-PIÑERO (M.): *El auxiliar asociado* (Aportación al estudio del subcontrato de trabajo), Sevilla, 1960. «No es incompatible —dice— el parentesco auxiliado-auxiliar..., existiendo en buen número de casos tal vínculo familiar», pág. 37.

(129) De otro modo, ¿cómo podrían surgir relaciones del empresario con trabajadores que no conoce ni sabe que trabajan para él?

Y por último, si existiera trabajo de extraños a la familia, quedarían encuadrados como trabajadores y el que utiliza su trabajo como empresario (artículo 121, LCT).

c") Hechas tales consideraciones, queda por ver la dependencia que pueda existir, en cuanto al ámbito subjetivo, entre el taller de familia y los trabajos de carácter familiar descritos en el art. 2.º.

El taller de familia queda definido como «el formado por personas pertenecientes a la familia y parientes del jefe de la misma o de su mujer dentro del tercer grado de consanguinidad y que además, *convivan* en la casa-morada de dicho jefe» (art. 116, LCT) (130). Aunque tal definición aparezca en el capítulo II, entendemos que es aplicable asimismo a los supuestos de trabajo para la satisfacción de las necesidades domésticas (art. 115, a) (131) y para la venta directa del producto (132), por ser la única definición que aparece en todo el título II.

Admitido esto, la cuestión que se presenta es la siguiente: El trabajo familiar a que se refiere el art. 2.º, ¿se agota —en cuanto a su ámbito subjetivo— en el taller de familia o bien puede ser distinto? Si se agotara, el problema del ámbito subjetivo del trabajo familiar quedaría resuelto en virtud de tal reenvío: parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, que convivan en la casa-morada del jefe de familia.

La respuesta a la pregunta creemos debe ser la negativa. Una cosa es que se forme un taller de familia y otra muy distinta que un familiar de grado más alejado del tercero (pero no inferior al cuarto) trabaje en y para la familia, sin perder por ello tal prestación, *su carácter familiar*, siempre, claro está, que no se considere asalariado. Se podría objetar que, según lo dispuesto en el art. 116, 1.º, «los parientes del jefe de la familia o de su mujer desde el tercer grado de consanguinidad, aun viviendo habitualmente con ella, estarán protegidos por esta ley...» (133), pero a nuestro juicio tal disposición sólo se aplica *al taller de familia que trabaja para un patrono* y no a las otras formas del

(130) No se precisa, según vemos, la dependencia económica de los familiares respecto del jefe de familia, aunque parece lo más lógico y normal que sea así, en un grado más o menos amplio. Es difícil pensar que viviendo y trabajando en la misma casa no exista tal dependencia. Respecto a los niños, pueden ocuparse los menores de catorce años, según el art. 171, LCT.

(131) Vid. las precisiones hechas antes sobre el concepto de servidor doméstico, en cuanto a las personas que no pueden serlo.

(132) Así opinan BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual...*, cit., II, pág. 611.

(133) Hubiera sido más oportuno, gramaticalmente, utilizar la expresión «a partir del tercer grado...», en lugar de «desde...», ya que tal palabra parece dar a entender en su puro sentido que incluye al tercer grado, aunque quede destruída tal interpretación por el párrafo anterior del mismo art. 116.

mismo. Si no fuera así quedaría inane la inclusión de los «aceptados» en el artículo 2.º, pues el mismo art. 116 además de incluir en la LCT a tales parientes, incluye asimismo a las «mujeres y los niños acogidos por la familia» (134).

Por tanto y como resumen, el trabajo en taller de familia para satisfacer las necesidades domésticas o para la venta directa del producto, por lo que respecta al trabajo de los familiares, cae de lleno en la exclusión del art. 2.º de la LCT, pero sólo parcialmente, o dicho de otra manera, es solamente una parte de los trabajos de carácter familiar, ya que también tendrá esta condición el que preste un pariente lejano (del tercero al cuarto grado), un hijo adoptivo o un aceptado por la familia, aunque no formen parte del taller de familia, según la definición que del mismo nos da la LCT.

Así podría distinguirse entre un trabajo *familiar estricto* (el realizado en taller de familia) y un *trabajo familiar amplio* (cuando se incluyan personas que sobrepasen el ámbito del taller, con los límites vistos), ambos incluidos de modo general en el art. 2.º de la LCT.

3. La equiparación a los familiares: los aceptados por la familia

Nuestra LCT, cuando trata de fijar el ámbito subjetivo del trabajo familiar, tras señalar a «las personas de la familia» añade: «... o por ella aceptada» con lo cual produce una ampliación personal cuya interpretación —por la vaguedad del término empleado— no deja de tener dificultades.

Con ello, sin embargo, la ley no hace sino recoger en su mandato una realidad social, actual o palpable, cual es la existencia de personas que sin un vínculo de consanguinidad o afinidad entra a formar parte de una familia (135), considerándose —tanto por la sociedad, como por los familiares— como forman-

(134) Sólo habla de «mujeres y niños»; ¿y los varones que no sean niños? Aunque en tal artículo se omitan, creemos que deberán incluirse, con mayor razón, siempre que estén acogidos y trabajen para un tercero; si lo están las personas de parentesco lejano «aun viviendo habitualmente con la familia», es lógico que también lo estén los aceptados por ella.

La *ratio legis* es clara. Se pretende evitar fraudes y abusos en trabajos que ya no tienen por causa la *affectio familiaris*, sino más bien la obtención de un salario que proviene de un tercero por cuenta del cual se trabaja.

(135) Ello es frecuente sobre todo en las familias campesinas, que por distintos motivos, altruistas casi siempre, acogen bajo el mismo techo a personas desamparadas, generalmente niños. Así, llega a decir GHEZZI, que «la posibilidad de acoger miembros extraños está ínsita, por cuanto mira a la agregación de huérfanos o expósitos, en la misma peculiar estructura político-económica del consorcio familiar entre rústicos», en «*Commune tacita familiare in agricoltura e cooptazione di membri estranei*», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1958, XII, pág. 1267.

do parte de la misma; pero más correcto hubiera sido —y más tradicional— usar el término de *acogido* en lugar del de *aceptado*, por explicar más cumplidamente el hecho que encierra; siendo también más aceptable el de persona *equiparada* a los familiares, que a veces ha usado nuestro Tribunal Supremo (136). Sin embargo... «*hoc iure utemur*».

a) *El concepto de persona aceptada*.—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 (137). Ello es posible que se dé en el campo del trabajo familiar, y concretamente en lo referente a las personas aceptadas, que puede significar en ocasiones —por una falsa interpretación del art. 2.º— «un medio capcioso de utilización de obreros, con incumplimiento de todas las obligaciones sociales», según frase del Tribunal Supremo (138).

De ahí deriva el interés de precisar claramente el alcance del término «persona aceptada» para que su trabajo pueda considerarse excluido de la LCT, sin obligaciones laborales por parte de quien lo recibe (139).

Hemos de aclarar, de modo inmediato, que no entra en este apartado la figura de la adopción, que como vimos es la única institución que sin mediar un vínculo de sangre crea propiamente parentesco. Se tratará, por tanto, y en tal caso, de *familiares* y no de *aceptados* (140). En el caso de estos últimos, lo vital supera a lo legal. Hay más de hecho que de derecho. Se trata, en frase de Cicu-Basanelli, de que «el hecho psíquico que proviene de ordinario de la sangre, y en el cual se inserta el verdadero fundamento del vínculo personal, que es característico de la familia, surge también como fuerza cohesiva respecto al extraño que desde la infancia ha entrado en el ámbito familiar» (141).

Asimismo creemos que debe distinguirse —al menos para lo que nos pro-

(136) Vid., por ejemplo, S. 21-I-1946, aunque en la de 4-XII-1956 se agoten los vínculos en los derivados de «consanguinidad, afinidad o del legal de adopción».

(137) En nuestro ordenamiento laboral existe una figura de singular relieve para evitarlo: se trata de la presunción contractual consagrada en el art. 3.º de la LCT.

(138) S. 4-XII-1956.

(139) Vista la jurisprudencia, puede decirse que tales obligaciones —o la reclamación de su cumplimiento— vienen a concretarse en una fundamental: el pago de salarios. SS. 21-XII-1933; 11-IX-1939; 27-II-1951; 17-XI-1953; 18-VI-1954; 4-XII-1956; 17-I-1961.

(140) Fueron precisamente el número excesivo de formalidades exigidas para la adopción, el rigorismo con que estaba regulada su constitución y los requisitos minuciosos que se exigían lo que facilitó el *simple acogimiento*, que se constituía fácilmente, sobre todo a partir de la guerra de 1914, que dejó un gran número de huérfanos. En nuestra patria se da tal paso por la O. M. de 1-IV-1937, que desarrolla la Ley de 1936. (Sobre ello volveremos en el texto.) Vid. PINTO RUIZ: «Acogimiento familiar», en *Nueva Enc. Jur.*, Seix, Barcelona, 1950, II, págs. 267 y sigs.

(141) CICU-BASANELLI: *Corso de Diritto agrario*, Milano, 1940, pág. 80.

ponemos— las «personas aceptadas» de las «personas a cargo», nuevo concepto en el Derecho de familia, de una especial relevancia en lo que se refiere a los beneficiarios de las prestaciones de la seguridad social, ya que tal concepto desempeña un cometido «depurativo» (en cuanto que muchas veces excluye los efectos normales del parentesco consanguíneo y afin) y un designio «extensivo» (cuando amplía la eficacia de la afinidad y consanguinidad a personas no ligadas por dichos nexos) (142). Aunque lo normal sea que la persona aceptada esté a «cargo» de la familia que la aceptó, no significa que los conceptos sean sinónimos, pues el hecho de «estar a cargo» no agota *sin más* la figura de la «aceptación».

Algo parecido ocurre con el *acogimiento* a que se refiere la Orden ministerial de 1 de abril de 1937. Esta norma surge por un doble motivo, histórico y jurídico; el primero se refiere a la existencia de numerosos niños, huérfanos o abandonados, con motivo de la guerra (143); el segundo a la supresión de las excesivas y complicadas formalidades de la adopción que retraía, a veces, a que fuera constituida (144).

Tal acogimiento familiar presenta —siguiendo a Pintó Ruiz— los siguientes caracteres:

1. Está concebido para realizar una función pública, en cuanto se satisface un interés público interviniendo el Estado (145).
2. Se orienta en el sentido de no gravar al acogedor, que puede romper el vínculo a su voluntad.
3. Carente de formalidades.
4. No modifica el estado familiar del acogido que rompe el vínculo si aparecen los padres o el tutor legítimo (146).

(142) Lo normal, sin embargo, es que la situación «a cargo» coincida con el parentesco. Vid. CARBONNIER: *Derecho...*, cit., pág. 441.

Asimismo puede consultarse: THERY: «Les personnes a charge et le droit de la famille», *JCP*, 1948, I, pág. 739; y DURAND: «Le droit de la famille devant le droit social», *RIDC*, 1954, pág. 533. (Ambos cit. por CARBONNIER.)

(143) Así, en cuanto a los sujetos que pueden ser acogidos, los limita al art. 2.º de la citada Orden a: «los huérfanos de padre y madre, abandonados, o abandonados de los que no se conozca la existencia de familiares», o bien a «los que no reúnan estas condiciones, previo consentimiento de los llamados a ejercer la tutela y con arreglo a las disposiciones vigentes».

(144) Los requisitos para acoger son, según la Orden ministerial del 37, muy sencillos: basta solicitarlo a la Junta Local de Beneficencia, que lo concederá sin más, siempre que se den los elementales presupuestos subjetivos y objetivos que en la misma Orden se señalan.

(145) «Siendo la colocación familiar una forma de ejercer el Estado la tutela de los niños abandonados», art. 9.º, O. M. 1-IV-37.

(146) PINTO RUIZ: *Acogimiento...*, cit., págs. 269 y sigs.

Dejando aparte el estudio de todo el mecanismo de la institución, basta resaltar, para nuestro propósito, algunos rasgos de la misma. Así, por ejemplo que el acogimiento puede ser temporal o indefinido, que se prohíbe la explotación de los acogidos (147) y en cuanto a la extinción, que puede terminar, entre otras causas, por llegar el acogido a la mayoría de edad (148).

Como una variedad de tal acogimiento, y que la citada Orden no recoge, se encuentra el acogimiento de una familia entera, de honda raigambre foral (149).

Pues bien, tal institución tiene a nuestro juicio perfecta cabida en el supuesto de las «personas aceptadas» de que habla el art. 2.º de la LCT, y por tanto el trabajo que puedan prestar o presten los acogidos permanece, en principio, fuera del ámbito de la legislación laboral. Pero hemos de decir inmediatamente que ello es una *especie* del género: «personas aceptadas por la familia». Entre éstas caben, sin duda, los niños acogidos, según lo prescrito por la Orden de 1937, pero no sólo ellos, sino también otras personas que aún no siendo menores (huérfanos o abandonados) estén en tal situación que pueda predicarse de ellas que han sido aceptadas por la familia. Antes de ver los requisitos de la «aceptación», y después de las precisiones hechas en torno a la adopción, personas a cargo y acogidos, podemos decir que aquélla es ante

(147) Sin embargo no creemos sea *explotación* el hecho de cooperar el acogido, en la medida de sus fuerzas y como lo haría otro miembro de la familia de su edad, en algún trabajo familiar.

(148) Así se desprende, *a sensu contrario*, del art. 1.º de la Orden del 37, que regirá precisamente para los «menores».

(149) Así, por ejemplo, el *acogimiento foral aragonés* que COSTA define como: «Acto o contrato por virtud del cual una familia heredada con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otra u otras familias de parientes o extraños, en el acto de constituirse o constituida ya, y con hijos o sin ellos, formando entre todos una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de gananciales, y, en ciertos límites, de sucesión mancomunada», en *Derecho consuetudinario del alto Aragón*, Madrid, 1880, pág. 142.

De tal institución —también llamada «casamiento sobre bienes» o «casamiento a *patull*»— nacen una serie de derechos y deberes. Entre los primeros, el de convivir con los acogentes y ser alimentados con lo preciso para la subsistencia; y entre los segundos, el de trabajar, en cuanto pueda, en beneficio de la sociedad, sin retribución pecuniaria. Vid. OLIVA CASTRO (A.): «Acogimiento foral aragonés», en *Dicc. Der. Priv.*, 1950, A-F, página 144. Y de un modo general para el acogimiento de una familia por otra, vid. RÍOS SARMIENTO (J.): «Acogimiento familiar», *Dicc. Der. Priv.*, cit., pág. 143.

Como puede apreciarse, tal acogimiento difiere del que estamos viendo en el texto, no sólo en cuanto al número de personas —singular en un caso, familia en otro—, sino especialmente en cuanto a su fin: tutela de la infancia en el primero, motivos económicos o morales en el segundo; y en cuanto al acto de constitución: unilateral o contractual. Pero, sin embargo, en ambos adquiere relevancia, pudiendo entrar en el art. 2.º de la LCT el trabajo que en el seno de la familia se presta por los acogidos.

todo una situación de hecho, carente de requisitos formales, que es con respecto a la relación jurídico-familiar, lo que es el hecho respecto del derecho. O como dice Ghezzi, «consiste sustancialmente en una condición de hecho, o mejor en una serie de hechos ignorados por el Derecho escrito, pero jurídicamente calificados por obra de la costumbre» (150).

Precisamente por ello, y trayendo a colación un principio clave del ordenamiento laboral cual es el «prooperario», será preciso, para evitar fraudes, el delimitar o enunciar aquellos requisitos que debe reunir una persona que sin vínculo de parentesco presta trabajo en el seno familiar, sin que tal prestación origine un vínculo contractual. Se trata de una interpretación un tanto difícil y que radicará más en la *ratio legis* del precepto que en su sentido literal, de tan gran imprecisión, según hemos visto.

b) *Requisitos de la persona aceptada por la familia.*—Sin duda alguna el artículo 2.º está refiriéndose a personas que son «como de la familia», o dicho de otro modo «equiparadas a los familiares». Por tanto, un buen camiso podría ser exigir de los mismos —de los aceptados— iguales requisitos que los que deben poseer los familiares para que su trabajo no dé lugar a un contrato. Sin embargo, tal vía sufre en este caso desviaciones por la sencilla razón de que al no ser familiares —en un sentido jurídico— los vínculos que existen entre aceptado y familia sólo pueden nacer de una serie de hechos —internos y externos— que dan lugar a la presunción de que el trabajo que se presta tiene su causa en la «*afectio familiaris*» no en la obtención de un salario. El pariente lo es en virtud de la sangre; el aceptado en virtud de una situación creada que le inserta en el ordenamiento familiar (151). Dicho de otro modo, un familiar lo es, y su trabajo tendrá tal carácter, según vimos, aunque no conviva con su familia (siempre que reúna los demás requisitos del art. 2.º) cosa que no puede ocurrir, a nuestro juicio, en el caso del aceptado (152); lo que a aquél le da la sangre a éste se lo da la voluntad de la familia de considerarle *como si fuera de la misma*. Por ello la importante presunción que el art. 2.º consagra («no se consideran asalariados») será más débil en el caso de los aceptados que en el de los familiares.

Visto esto haremos un breve análisis de los requisitos que, según una interpretación acorde con la *ratio legis* del precepto, deben reunir las personas aceptadas, en lo referente a la valoración de su trabajo.

(150) «Comunione tacita familiare in agricoltura e cooptazione di membri stranei», *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1958, XII, pág. 1266.

(151) Así, para PÉREZ BOTIJA, «basta que se trate de situaciones de hecho, en las cuales una persona se considere como formando parte de la familia, aunque jurídicamente no lo sea». *El contrato...*, cit., pág. 48.

(152) Ello no obsta, desde luego, a que pudiera considerarse su trabajo como benévolo o amistoso (art. 2.º, b), pero no como «familiar».

Convivencia.—Parece lógico pensar que se exija tal circunstancia, ya que difícilmente podría considerarse como aceptada una persona si viviera fuera del techo familiar.

Si en la práctica, generalmente, se exige aún a los mismos parientes *iure sanguinis* o por afinidad, la cohabitación (153), con mayor razón será precisa para los aceptados.

Lo que para los parientes es un signo, para los aceptados, creemos es requisito indispensable. Así creemos que se desprende de alguna sentencia del Tribunal Supremo; por ejemplo, cuando dice (154) que «la voluntad de la ley no es otra en este caso que excluir en la regulación en ella establecida a los trabajos realizados *en común* por cuantos *viven habitualmente juntos*, perteneciendo a la misma casa, formando parte de ella como miembros de una *entidad doméstica*, constituida de hecho sobre la base de un *afecto mutuo*, establece vínculos de cierta intimidad entre cuantos la forman y crea relaciones *de cooperación desinteresada* y sin fines lucrativos particulares entre los componentes» (155).

Dependencia económica.—Esta nota admite ya una mayor flexibilidad, ya que no parece vaya en contra del hecho de la aceptación el que la persona aceptada posea ciertos recursos económicos propios. Sin embargo, lo normal será que viva a cargo de la familia, precisamente por su inserción en ella, en la comunidad familiar en la que rinde su esfuerzo laboral.

Esta dependencia está muy unida a la cohabitación y suele servir como criterio, en bastantes ocasiones, para delinear la figura del trabajo familiar en el caso de los aceptados, ya que como dice el Tribunal Supremo «no debía tenerse como asalariado a quien, como el actor, no tenía función determinada, se le estima persona de confianza que en este concepto atendía menesteres diversos, cuando su delicada salud se lo permitía, comía en la propia mesa familiar y en su misma casa fue asistido de diversas enfermedades y, en fin, tenía cubierto su sustento, vestido y pequeños gastos» (156).

Tal dependencia económica nunca debe traducirse en «salario concertado o

(153) Aunque, a nuestro juicio, ello no sea esencial, sino tan sólo un claro indicio de trabajo prestado por «*affectio familiaris*» y no por un salario.

(154) Tal S. 3-IV-1936 considera como *familiar* a una mujer que hacía vida marital con el cuñado del demandado en el proceso, y que trabajaba y vivía (la mujer) en la casa de la familia.

(155) Para GHEZZI: *La prestazione...*, cit., pág. 54, queda fuera del trabajo familiar el que realiza el pupilo para el tutor, entre otras razones, porque «*la tutela non immette il soggetto in una stabile convivenza familiare*».

(156) S. 11-IX-1939. Vid. asimismo S. 29-XI-1954. Dejamos aparte ahora el examen de la posible consideración de tales cantidades como salario o retribución directa de los trabajos realizados.

retribución inmediata» (157) del trabajo realizado, ya que entonces se perdería el carácter familiar de la prestación para pasar al régimen de salariado.

Sin embargo, el que exista de algún modo nada dice en contra del concepto de trabajo familiar, pues éste «no está condicionado a que pueda compensarse de alguna manera a quien en beneficio de la comunidad parental rinde su esfuerzo, siempre que ello no fuere cantidad prefijada, pues de ningún sentido de la definición cabe inferir... la entera gratuidad» (158).

Vemos, por tanto, que lo normal será en las personas aceptadas el que sean sostenidas por la familia, y aun en cierto modo nada obsta el que reciban ciertas cantidades para sus gastos personales, para que no se consideren asalariados. Y aunque como hemos dicho esta nota admite flexibilidad, ésta no puede ser tanta que haga desaparecer totalmente la dependencia económica pues el hecho de *formar* parte de la familia parece traer consigo el que ésta le dé sustento y vestido.

Destino del trabajo.—Es preciso, por último, que el trabajo se destine, o bien a la satisfacción de las necesidades domésticas (159) o para la venta directa del producto, ya que en el caso de que se trabaje a domicilio para un tercero, «las mujeres y los niños acogidos a la familia y los parientes del jefe de ésta o de su mujer, desde el tercer grado de consanguinidad, aun viviendo habitualmente con ella, estarán protegidos por esta ley» (art. 116 de la LCT). Tal prescripción es lógica, ya que permitir lo contrario —es decir, la exclusión de la LCT de tales personas— podría fomentar la explotación de éstas «con incumplimiento de todas las obligaciones sociales que imponen como fundamental de ellas el pago de los salarios, sustituyéndola por la obligación menos onerosa de facilitar comida y vestido al trabajador» (160).

Aceptadas «por la familia».—La ley exige que la aceptación sea hecha por la familia. Ello no implica a nuestro juicio que sea preciso *un asenso común* de todos los que la componen. Basta el hecho fundamental de que la persona conviva en la casa familiar, como formando parte de la misma, lo cual juega como presunción del consentimiento tácito de los familiares. Por tanto, no importará que algún miembro de la familia desee la salida del aceptado o no «lo acepte» para que tal persona se considere tal. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en los casos de convivencia *more uxorio* o de la prole ilegítima que se trae al hogar, en contra del parecer de algún miembro de la familia legítima; asimismo por motivos económicos, en lo que al reparto de la herencia se refiere.

(157) S. 21-I-1946.

(158) S. 21-I-1946.

(159) Aunque es preciso señalar que los acogidos de hecho o de derecho no pueden considerarse servidores domésticos. Vid. D. 17-III-1959, art. 2.º, b).

(160) S. 4-XII-1956.

Pues bien, aunque lo normal será que exista un consentimiento expreso o tácito respecto a la aceptación, no se precisa, a nuestro juicio, que aquél sea unánime, «de la familia entera». Basta el hecho (161).

Por tanto, y resumiendo, será preciso para que pueda considerarse una persona como aceptada por la familia, en el sentido del artículo 2.º, que conviva, dependa económicamente de algún modo y que su trabajo no se destine a un patrono. Ello puede ser la traducción de la «realidad de los hechos» de que habla el Tribunal Supremo cuando dice que «para ser tratados como acogidos cuyo sentido ampliara aquella vinculación familiar, se requiere que junto a la *realidad de los hechos* hubiérase puesto de manifiesto que el amparo y protección no sea pretexto para disfrazar o disimular cosa distinta..., o sea un medio capcioso de utilización de obreros...» (162).

De esta sentencia se desprende que no bastan los requisitos señalados, sino que de todos ellos debe deducirse, además, un deseo de amparo para con los aceptados y no de lucro o explotación por parte de quien los acepte. O dicho en otras palabras, que dominen los vínculos de carácter cuasifamiliar, ético, que actúan de este modo *ad colorandam causam*.

4. La prestación de trabajo por personas extrañas a la familia

Queda, por último, examinar dentro del ámbito subjetivo del trabajo familiar la posibilidad de que se preste trabajo de modo simultáneo con los familiares y aceptados, por personas extrañas a la familia.

Personas que pueden trabajar, bien obedeciendo al familiar que dirige —es decir, como trabajadores asalariados— o bien codirigiendo los trabajos tal extraño como un familiar, y a los cuales se subordinan prestando su actividad los miembros de la familia o los aceptados por ella (163).

Se trata, en definitiva, del análisis del artículo 2.º de la LCT cuando señala que para la existencia de trabajo familiar es preciso que «*solamente* estén

(161) Respecto a la edad, nada dice el art. 2.º y desde luego no parece que sea preciso ningún límite según se desprende de la jurisprudencia. Sólo en cuanto a la edad mínima es preciso señalar que pueden admitirse en los talleres de familia aun a los menores de catorce años; art. 171 LCT.

(162) S. 4-XII-1956.

(163) Supuesto real que se resuelve en una interesante sentencia que luego examinaremos.

Decimos sólo *codirigiendo*, pues en el caso de dirección única por un extraño —a la familia— por cuenta del cual se trabaja, estamos en presencia de un trabajo subordinado sometido a la LCT y no de un trabajo de carácter familiar. Vid. *infra* lo que hemos dicho respecto al trabajo a domicilio y el trabajo familiar.

ocupadas personas de la familia o por ella aceptada...», de donde parece deducirse *a sensu contrario* que la presencia de extraños en el trabajo priva a éste del carácter familiar. Por tanto, interpretando literalmente el precepto, puede afirmarse que la LCT excluye de su normativa a las *pequeñas empresas familiares*, que estarán formadas necesariamente por personas de la familia o aceptadas por ésta, con absoluta exclusión de los extraños a la familia.

Ello nos lleva a preguntarnos qué ocurrirá cuando tales extraños co-trabajen con los familiares. Para contestarlo es preciso distinguir. Con respecto a tales «extraños» no hay duda alguna que son trabajadores por cuenta ajena y, por tanto, asalariados, ya se destine el producto de su trabajo a las necesidades domésticas de la familia (servicio doméstico), a la venta directa del producto o a un tercero para el cual se trabaja a domicilio (art. 121 de la LCT).

Y con respecto a la valoración del trabajo de los familiares, ¿qué consecuencias tendrá tal hecho? Del artículo 2.º parece deducirse que entonces no habrá lugar a la exclusión que en el mismo figura, quedando por tanto sometidos los familiares que trabajan a la LCT. A nuestro juicio, la ley está indicándonos con ello que la presunción de gratuidad del trabajo familiar puede quedar destruida por la prestación conjunta de trabajo por parte de familiares o aceptados y de extraños a la familia. Es decir, que lo que la ley toma en cuenta es la «empresa» familiar —quedando fuera de la LCT todo el conjunto indiferenciado de derechos y obligaciones que se dan en el seno de tal organización— y no las relaciones personales de cada miembro de la familia con el que dirige los trabajos. Esto se ve claro, pues si no fuera así, ninguna relevancia tendría el hecho de que otras personas ajenas a la familia prestasen su actividad en la «empresa» familiar, para la calificación jurídica de la prestación singular de trabajo de cada uno de los miembros que componen la familia, *iure sanguinis* o por aceptación.

Antes de hacer el examen crítico de tal interpretación literal de nuestra LCT, parece conveniente atender a la jurisprudencia.

De varias sentencias parece desprenderse la conclusión de que, efectivamente, la presencia de extraños en el trabajo familiar priva a éste de tal carácter, destruyendo por tanto la presunción de gratuidad ínsita en el mismo.

Así, por ejemplo, cuando dice el Tribunal Supremo en una sentencia, que todos los hechos «autorizan a suponer que el demandante nunca se consideró como asalariado, y como por otra parte *no está probado que en los trabajos que realizó trabajaran otras personas*, ha de estimarse el caso comprendido en la excepción del artículo 2.º, apartado a) de la LCT» (164).

Y de modo indirecto sienta la misma doctrina cuando ante la reclamación de una persona, cuñado del demandado, que trabajaba en la familia, la

(164) S. 27-II-1951.

Magistratura desestima la petición. Mediante recurso de casación «se impugna el fallo alegando que por trabajar en el negocio *personas de la familia* no les es aplicable el artículo 2.º ... *único argumento que sería de fuerza si estuviera demostrado*» (165).

Todo ello respecto a personas extrañas subordinadas al familiar que dirija los trabajos. Pero vimos que también podría darse el caso de codirección con un extraño. Enfrentándose con tal supuesto, el Tribunal Supremo (Sala IV) sienta unos principios aclaratorios del punto que examinamos, que tienen interés.

Se trataba de dos personas que, asociadas para la explotación de un cine, colocan a la hija de uno de ellos como taquillera. Ante un acta que les impone la obligación de pagar las cuotas de Mutualismo Laboral por la hija, se interpone recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, que confirma lo resuelto por el Ministerio de Trabajo.

En la sentencia se afirma que es operación laboral la de la taquillera, «con independencia de que sean varias las personas dedicadas a su desempeño, y de que pertenezcan a la familia de alguno de los dos copropietarios», ya que «en ese precepto (art. 2.º, a) se consigna inequívocamente el alcance de la excepción al exigir que en los trabajos de que se trate *solamente* estén ocupadas personas de la *familia*...; es decir, que se precisa no sólo la concurrencia de la última circunstancia sino de la decisiva de que la explotación, empresa o negocio, no exceda del ámbito patrimonial familiar, lo que no puede sostenerse en el presente caso, dada la realidad de *la asociación de dos personas cuyo parentesco nadie ha afirmado*, como propietarios y empresarios del cine» (166).

Esta postura de nuestro Tribunal Supremo nos parece verdaderamente acertada, ya que en tal caso de copropiedad, el trabajo de los familiares queda fuera del ámbito familiar, estableciéndose un vínculo obligacional con un tercero que se beneficiaría de su actividad *de un modo directo*, sin que a ello obste la presencia de otro familiar, en un plano de igualdad con tal beneficiado. Se trabaja para uno de la familia, pero también, y de modo directo —repito—, para un extraño a ella.

En este supuesto tenemos ya un trabajo por cuenta ajena, y es lógico que se incluya a quien o quienes lo realizan en la LCT.

Sin embargo, aplicar la misma solución —en las sentencias antes vistas— (167) cuando los extraños que aparecen son trabajadores, no creemos sea

(165) S. 5-X-1950.

(166) S. 12-I-1960.

(167) Aunque no puede olvidarse que la misión de los tribunales es la resolución

aceptable ni concorde con la *ratio legis* del artículo 2.º El mismo Tribunal Supremo nos da la razón cuando, cambiando la doctrina anterior, afirma que «el hecho de que en la misma finca existieran *trabajadores agrícolas* a los cuales en algunas ocasiones vigilaba y ayudaba el demandante, *no priva a éste de que su trabajo tenga carácter familiar*» (168).

Nos parece más lógico tal criterio, pues si la excepción planteada en la LCT viene dada por el objeto,—en cuanto no se considera en principio el trabajo prestado por los familiares como susceptible de originar un contrato laboral—no vemos la razón que puede existir para que se entorpezca tal exclusión objetiva por el hecho de aparecer unos elementos personales, como son los «extraños a la familia», al lado de los familiares, o viceversa, es decir, unos familiares al lado de unos extraños. En otras palabras, creemos que el trabajo familiar tendrá tal carácter y, por tanto, estará excluido «objetivamente» de la LCT, tanto en la empresa familiar como en la empresa normal en la cual trabajan, junto con otros, personas de la familia, ya que, «en definitiva, la misma noción de empresa es en cierto modo superflua con respecto a la calificación jurídica del trabajo familiar» (169), pues son dos cuestiones distintas, como afirma Barassi, «*quella di azienda (azienda familiare) e quella del tipo del singolo rapporto*» (170).

En el artículo 2.º vemos que predomina la exclusión «de la empresa familiar» sobre la de los *singulares vínculos que por el trabajo surgen entre los familiares*. Estos no quedan individualizados.

Pero aún hay más. No sólo se mira a la empresa familiar sino que ésta se restringe —de modo diverso a lo que ocurre en otras normas laborales, españolas y extranjeras— a los familiares y aceptados solamente.

Veamos separadamente la empresa familiar en la que trabajan extraños (a), y la empresa de una persona en la que prestan trabajo familiares suyos, en número muy inferior a personas que no tienen parentesco (b).

a) La máxima aplicación de trabajo familiar se encuentra en la empresa pequeña, en la cual el trabajo prestado por el empresario y un familiar es prevalente, ya sea con respecto al trabajo de los extraños, ya sea en lo que se refiere al capital (171). En tales casos la doctrina entiende que estamos en

de los conflictos de intereses con arreglo al Derecho constituido; en este caso con arreglo a lo dispuesto en la LCT en su art. 2.º

(168) S. 17-XI-1953.

(169) GHEZZI: *La prestazione...*, cit., pág. 9.

(170) BARASSI (L.): *Il Diritto del Lavoro*, Milano, 1957, I, pág. 449.

(171) GHEZZI: *La prestazione...*, cit., pág. 8.

Asimismo y respecto a la valoración del capital, DEVEALI afirma que «cuando la aportación del común elemento trabajo es de mayor importancia que la del elemento capi-

presencia de una empresa familiar, aunque en ella existan extraños. El único elemento a tener en cuenta es el cuantitativo (172). Es decir, que la existencia de un pequeño número de personas extrañas no priva a los trabajos que desempeñan los demás de un carácter familiar.

Vemos, sin embargo, que el artículo 2.º es claro y tajante al respecto. No sólo debe ser el trabajo del titular y el de sus familiares *prevalente*, sino *único*.

A pesar de todo y atendiendo más al espíritu que a la letra de la ley, creemos que el supuesto de que trabajen también y simultáneamente un reducido número de extraños, los familiares —siempre que no se consideren asalariados y, desde luego, no se considerarán sólo por tal hecho— quedarán excluidos de la LCT, por lo que mira al trabajo que realicen.

Aun opinando así, nos parece de *lege ferenda* que sería preferible abandonar el uso del adverbio «solamente» y permitir el trabajo de personas ajenas a la familia —no aceptadas— en pequeño número, sin que por ello deje de tener la empresa un carácter familiar. Con ello el precepto ganaría en claridad y lógica.

En algunas otras normas laborales algo de esto se hace aunque con cierta

tal, hay un taller familiar; cuando ocurre lo contrario, hay que pensar en los contratos de trabajo». Cit. por BAYÓN-PÉREZ BOTIJA: *Manual...*, cit., II, pág. 339.

(172) En Italia está definida la *piccola impresa* en el art. 2.083 del C. c. con las modificaciones introducidas por la Ley de la Empresa artesana de 25-VII-1956 y D. de 23-X-1956.

Así BIGIAVI: *La piccola impresa*, Milano, 1947, entiende que «la nota característica del artesano —respecto al industrial— es únicamente cuantitativa y no cualitativa». Para DALMARTELLO, por el contrario, la distinción ha de basarse en un criterio cualitativo y accesoriamente en el cuantitativo. Para este autor «la participación personal del empresario en el trabajo ejecutivo en la empresa, en medida prevalente sobre los demás elementos instrumentales de la organización *aziendale*, es la nota distintiva de la *piccola impresa*» (pág. 15). Sin embargo admite elementos diferenciales de tipo cuantitativo, como la limitación del número de dependientes y el hecho de que este personal dependiente «*sia sempre personalmente guidato e diretto dallo stesso titolare dell'impresa*» (artículo 2.º L. de 1956 (pág. 18), lo cual actúa como un límite indirecto del elemento «capital» (pág. 22). (Todas las citas de su artículo: «La nuova legge sull'impresa artigiana e la nozione di piccola impresa», *JUS*, fasc. IV, Milano, dic. 1957. Separata.)

Hace también referencia al elemento cuantitativo personal como criterio para la identificación de la empresa artesana, HAZOU: «La definizione giuridica dell'impresa artigiana», *JUS*, jun. 1957. Separata; págs. 333-334.

Asimismo LEGA: «Il diritto del lavoro e il lavoro autonomo», *Riv. Dir. Lav.*, 1950, II, que incluye entre los trabajadores autónomos a los «artesanos titulares de una pequeña empresa con un modesto complejo de bienes organizados, con prevalencia del trabajo propio y el de sus familiares». Separata, pág. 26. Vid. también los acertados comentarios que sobre la Ley de 1956 y respecto al trabajo familiar en concreto hace GHEZZI: *La prestazione...*, cit., págs. 17 y sigs.

imprecisión. Así, por ejemplo, se conceptúan trabajadores autónomos a efectos del Mutualismo Laboral, a «los que para su sustento practican una profesión u oficio sin hallarse adscritos a empresa determinada por un contrato de trabajo, sean dueños o no de las instalaciones e instrumental que empleen y aunque utilicen el trabajo de otras personas —familiares, socios o asalariados— siempre que no excedan el número que el Ministerio de Trabajo, oyendo a la Organización Sindical, señale para la actividad correspondiente» (173).

Asimismo se conceptúa trabajador autónomo en la agricultura, al titular de una explotación que reúna una serie de requisitos, aunque utilice los servicios de otros trabajadores en cuantía no superior a noventa jornales al año, haciendo constar que ello no será exigible cuando fallezca o esté imposibilitado el cabeza de familia varón y los hijos o parientes varones que convivan con la familia sean menores de dieciocho años (174). Con ello se nos dice —*a sensu contrario*— que hasta noventa jornales al año es admitido, junto al trabajo de los familiares, el de los que perciben esos jornales, sin que por ello pierda la explotación su carácter familiar y el titular la condición de trabajador autónomo o más propiamente de «pequeño empresario», pues tal es (175).

Y de un modo más preciso, aunque no sea una norma típicamente laboral, en la legislación de patrimonios familiares, ya que en ella se entiende por «cultivo directo y personal»: «las operaciones agrícolas realizadas materialmente por el titular o por sus familiares, en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente, por exigencias estacionales del cultivo y sin que en ningún caso el número de obradas de estos asalariados exceda del veinticinco por ciento del total que sea necesario para el adecuado laboreo de la finca» (176).

(173) D. 23-VI-1960, art. 1.º, b, en el cual se da una verdadera definición, aunque sin llamarlos así, de los «pequeños empresarios». Vid. asimismo O. 31-III-1962, artículo 4.º-1 (Trabajadores autónomos de Transportes y Comunicaciones) y O. 13-XII-1961, artículo 4.º-1 (Trab. Aut. de la Alimentación).

En todos estos preceptos vemos que se coloca en pie de igualdad a los familiares, socios o asalariados, a efecto del número máximo de personas, que fijará el Ministerio de Trabajo. Con ello se sigue un criterio semejante al italiano, pues, según DALMARTELLO: Op. cit., págs. 19-20, respecto al trabajo *prevalente* del empresario y de sus familiares (art. 2.083 del C. c. italiano), la nueva Ley de 25-VII-1956 usa un criterio distinto. En el *Codice civ.* el trabajo de los familiares es un elemento positivo, que aumenta: en la Ley del 56, negativo, ya que al limitar los dependientes *comprende entre éstos a los familiares*.

(174) O. 21-VI-1961, art. 8.º-d).

(175) No puede olvidarse que se les exige ser «titulares de una explotación agrícola, forestal o pecuaria...», art. 8.º-a), de la Orden citada.

(176) O. 27-V-1953, art. 2.º

b) En el caso de una empresa en la que su titular sea un miembro de la familia (generalmente el cabeza de la misma) y en ella trabajen familiares suyos en número notablemente inferior a los trabajadores extraños, la solución es, a nuestro juicio, semejante, con una importante salvedad: lo que en este caso aparece no es ya la empresa artesana, familiar, en cuyo seno se dan una serie de relaciones, que en su conjunto quedan excluidas, sino *las prestaciones singulares de cada uno de los miembros de la familia*. ¿Qué significado tienen para el Derecho del trabajo? Eso es lo que nos interesa ver.

En principio sólo es admisible el supuesto de que trabajen para un familiar que sea titular de la empresa (o dueño, según el art. 5.º de la LCT) y, además, único. Debe ser el empresario, pues de otro modo ninguna especialidad tienen las relaciones laborales de varios miembros de una familia que trabajen en la misma empresa (177). En este caso, el vínculo surge entre los familiares y su empresario, no entre aquéllos. Es, podríamos decir, vertical no horizontal.

Pero además de empresario éste ha de ser una sola persona: el familiar, ya que en otro caso (cuando se asocian varias personas, algunas de las cuales no es un familiar) surge un contrato de trabajo con todas las consecuencias que la legislación laboral impone. Ese es el criterio que vimos, sigue el Tribunal Supremo (178), con indudable acierto, ya que entonces se está trabajando de *modo directo* para personas extrañas. La aparición de éstas, como receptoras del resultado laboral, destruye la presunción de que el trabajo se preste *affectio familiaris*.

Centrado así el problema, su solución parece ha de ser la de excluir el trabajo de los familiares de la LCT. Como argumentos puede servirnos en primer lugar una interpretación amplia del artículo 2.º de la LCT; aunque éste se refiera de modo literal a las empresas artesanas donde sólo trabajen familiares o aceptados, su *ratio legis* —el que la prestación se hace en interés de la familia, por afecto y no por retribución— autoriza a entender que la misma solución ha de aplicarse a las prestaciones singulares en el supuesto que examinamos.

En segundo término puede traerse a colación los artículos 1.º y 2.º (párrafo primero) de la LCT, ya que el hecho de prestar el trabajo sin recibir salario (179) constante, el parentesco destruye ya la presunción contractual

(177) Pueden tenerlas, sin embargo, en lo referente a las prestaciones de Seguridad Social, en cuanto a la incompatibilidad de las mismas para el cabeza de familia y los beneficiarios familiares, que sean también trabajadores por cuenta ajena. Pero ello es diferente a que el trabajo se desarrolle en la misma o en diferentes empresas.

(178) El caso de la taquillera antes visto.

(179) En alguna ocasión el Tribunal Supremo ha visto en el hecho de no reclamar salarios durante cierto tiempo, en un trabajo familiar, un claro indicio de la no contractualidad de la prestación. Vid. por ejemplo, S. 6-IX-1939.

que el artículo 3.º sienta, por faltar ese requisito esencial de la remuneración. Y falta precisamente porque no es por ella por lo que se da el trabajo, sino por razones de afecto familiar.

Y en tercer y último lugar, así se desprende de diversas normas laborales, como las referentes a colocación, cartilla profesional, seguros sociales unificados, accidentes, ayuda familiar y algunas reglamentaciones. Todas ellas excluyen de su aplicación al cónyuge y parientes que trabajen en empresas cuyo titular sea miembro de la familia. Antes hicimos un estudio detallado de las mismas normas y ello nos evita repetirlo. Basta resaltar, por lo que aquí nos interesa, que de todas ellas se desprende que el legislador no conceptúa como trabajadores por cuenta ajena a tales personas (salvo que figuren en plantilla y nómina, es decir, que sean asalariados) y que, además, tal criterio lo está aplicando en el supuesto de que en las empresas trabajen personas extrañas a la familia, como asalariados normales. Es decir, que lo que en ellas se contempla no es la empresa familiar (la del art. 2.º), sino la empresa normal en la que trabajan asalariados y junto con ellos algunos familiares del empresario.

Tal procedimiento analógico nos sirve porque la *ratio legis* de tales normas y la del artículo 2.º de la LCT es la misma a nuestro entender.

CONCLUSIÓN

Si el procedimiento legislativo encabeza todas las prescripciones, vinculantes para todos los destinatarios de la norma, deben poseer aquéllas en sumo grado los caracteres de *precisión* y *claridad*; o en otras palabras, es necesaria la *certeza legislativa* que debe consistir «*nella identificazione di tutti i rapporti suscettibili di avverarsi e nella limpidezza della enunciazione*» (180).

Por ello, y remitiéndonos a la interpretación que del ámbito subjetivo del trabajo familiar —según lo prescrito en el artículo 2.º de la LCT— hemos hecho en este ensayo, quizá fuera oportuno, de *lege ferenda*, que se hicieran constar en el mismo artículo los requisitos de *convivencia* y *dependencia económica*, así como la fijación precisa del *grado de parentesco* necesario, para que las prestaciones de trabajo de los familiares fueran irrelevantes ante el ordenamiento laboral (181).

Y por otro lado, en lo que se refiere al adverbio «solamente» creemos

(180) SCUCES MUCIO (B.): «Sul problema giuridico della certezza», *Riv. Inter. Fil. Dir.*, marzo-agosto 1961, pág. 354.

(181) Así se hace, según vimos con mayor claridad y precisión en otras normas laborales distintas de la LCT.

que puede entorpecer la recta y lógica aplicación del citado artículo, pues según hemos visto, la *ratio legis* del mismo y la tendencia general de otras normas laborales, parecen autorizar el que se extienda la exclusión no sólo a las empresas familiares (donde sólo estén ocupadas personas de la familia o aceptadas por ésta), sino también a las prestaciones singulares de miembros de la familia en empresas cuyo titular es uno de la familia, y en las cuales trabajan en mayor número, extraños a ésta.

JUAN ANTONIO SAGARDY BENGOCHEA