



Roj: STS 6580/2008  
Id Cendoj: 28079140012008100790  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1433/2007  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN  
Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil ocho.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> LUCÍA CARAZO GALLO actuando en nombre y representación de D. Juan Ignacio contra la sentencia de fecha 14 de febrero de 2007, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en recurso de suplicación núm. 2712/2006, formulado contra la sentencia de fecha 2 de junio de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de Jaén, en autos núm. 116/2006, seguidos a instancia de D. Juan Ignacio contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre DESEMPLEO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el ABOGADO DEL ESTADO actuando en nombre y representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL.

Es Magistrada Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. MARÍA MILAGROS CALVO IBARLUCEA Magistrado de Sala

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 2 de junio de 2006 el Juzgado de lo Social núm. Dos de Jaén dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) El demandante, D. Juan Ignacio, con DNI NUM000, ha venido prestando sus servicios para la empresa Tomás Garrido Mendoza, cuyo titular y empresario es el padre del referido demandante, desde el día 11 de julio de 2000, con la categoría profesional de peón, y un salario mensual de 722,70 euros. 2º) En fecha de 9 de septiembre de 2005, por causa de jubilación del empresario, causa el trabajador demandante baja en la empresa. 3º) En fecha 19 de septiembre de 2005 cursó ante el Instituto Nacional de Empleo, oficina de Baeza, solicitud de prestación por desempleo, que fue denegada por resolución de fecha 7 de noviembre de 2005, que consta en el folio nº 201 que se da por reproducido, alegando sucintamente que el actor es familiar del empresario hasta el 2º grado, conviviente con él y que está a su cargo, y por consiguiente, aplicando el Art. 205 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), el Art. 1.3.e del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y el Art. 7.2 LGSS, está excluido de la prestación por desempleo. 4º) El actor ha convivido en el domicilio del padre-empresario hasta la fecha de solicitud de la prestación. 5º) La base reguladora es de 23,32 euros diarios. 6º) El actor ha agotado la vía previa administrativa."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por D. Juan Ignacio frente al Instituto Nacional de Empleo, condeno al demandado a reconocer que el actor tiene derecho a la prestación por desempleo, con fecha de efectos de 9 de septiembre de 2005, en la cuantía y periodo que corresponda, teniendo en cuenta que la base reguladora para el cálculo será 23,31 euros diarios, debiendo el Instituto Nacional de Empleo estar y pasar por esta declaración."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Abogado del Estado actuando en nombre y representación del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede de Granada, la cual dictó sentencia en fecha 14 de febrero de 2007, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. 2 de JAÉN, con fecha 2 de junio de 2006, en autos seguidos a instancia de D. Juan Ignacio contra INEM

sobre DESEMPLEO, debemos revocar la misma absolviendo al Servicio Público de Empleo Estatal de las pretensiones deducidas contra ellas en el escrito de demanda ."

TERCERO.- Por la Procuradora D<sup>a</sup> LUCÍA CARAZO GALLO actuando en nombre y representación de D. Juan Ignacio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 18 de abril de 2007. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Murcia, con fecha 2 de diciembre de 2002, Recurso núm. 1294/2002.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 14 de mayo de 2008 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 24 de junio de 2008.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de octubre de 2008.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante reclamó del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL la prestación por desempleo producida la jubilación de su padre, empresario, con quien convivía y en cuyo establecimiento prestaba servicios percibiendo un salario mensual de 722,70 euros. Rechazada su pretensión por el organismo demandado, se estimó la demanda por el Juzgado de lo Social en sentencia posteriormente revocada en suplicación.

La sentencia recurrida considera que no se desvirtúa la falta de laboralidad de los servicios entre familiares que conviven y están a cargo del empresario. Añade que el percibo de una retribución no basta para romper la presunción pues la misma se obtiene a costa de un patrimonio familiar común.

Recorre el actor en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la seleccionada con este fin a requerimiento de la Sala, sentencia de 2 de diciembre de 2002 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

En la sentencia de comparación se estima la demanda del solicitante de prestaciones, por desempleo en su modalidad de pago único para constituir una cooperativa de trabajo asociado. El actor había prestado servicios para su padre, con el que convivía, habiendo percibido una retribución por sus servicios.

Razona la sentencia de contraste que, constando la condición de asalariado del demandado, ello basta para romper la presunción iuris tantum de no laboralidad de los servicios prestados entre familiares.

Concorre entre ambas resoluciones la necesaria contradicción en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- El recurso versa sobre la aplicación de la no presunción de laboralidad, establecida por el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con determinados grados de parentesco, cuando concurren circunstancias como las que se aprecian en el relato histórico.

El demandante presta servicios en la empresa familiar hasta la jubilación del empresario, circunstancia esta última no sujeta a discusión, convive con su progenitor y percibe una retribución.

Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones a propósito de análogas situaciones, en unos casos presentándose la relación entre el reclamante y las personas con vínculo de parentesco que ostentaban la titularidad de parte un capital social (STS de 29 de octubre de 1990 (Rec. núm. 57/1990), de 25 de noviembre de 1997 (R. C.U.D. núm. 771/1997), de 19 de diciembre de 1997 (R. C.U.D. núm. 1048/1997) y de 19 de abril de 2000 (R. C.U.D. núm. 770/1990), en otros casos con quien era titular físico y único de una empresa sentencia de 13 de marzo de 2001 (R. C.U.D. núm. 1971/2000).

En ellas se reitera el razonamiento de que "por supuesto cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo. Pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción "iuris tantum" a favor del trabajo familiar no asalariado que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 (sic) del Estatuto de los Trabajadores".

A la luz de ese razonamiento se ha llegado a la conclusión estimatoria de la pretensión en las sentencias citadas de 25 de noviembre y 19 de diciembre de 1997 y 19 de abril de 2000 (R. C.U.D. núm. 771/1997, 1048/1997 y 770/1999) y desestimatoria en las sentencias de 29 de octubre de 1990 y 13 de marzo de 2001 (Rec. núm. 57/1990 y R. C.U.D. núm. 1971/2000).

La sentencia de 25 de noviembre de 1997 (R. C.U.D. núm. 771/1997) razonaba que : "Tanto el art. 1.3. e) del Estatuto de los Trabajadores, como el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena. El Tribunal Constitucional, en sentencias 79/1991 y 2/1992, ya declaró que es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el sólo hecho de ser parientes sus titulares. En el caso enjuiciado la suma de las participaciones sociales de actor y familia cubren el 45 % del capital social, lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común. No se desvirtúa, por tanto la nota de ajeneidad. Se declara probado que el actor trabajó y percibió retribución. Era por tanto trabajador por cuenta ajena y, como tal, estaba protegido de la contingencia de desempleo, de la que no puede ser excluido en base a su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones."

Del mismo modo, en las presentes actuaciones, no discutida la realidad de la prestación de servicios ni del percibo de una retribución y excediendo ésta, 722,790 euros mensuales, de lo que comúnmente se conoce como "dinero de bolsillo", o "paga semanal" nombres con los que se designa a las cantidades proporcionadas a los hijos dependientes para los pequeños gastos fuera de casa, queda acreditada la condición de asalariado del demandante rompiendo así la presunción de no laboralidad de la relación de quien trabaja, convive y está a cargo del familiar titular de la empresa.

Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal, procede la estimación del recurso y resolviendo el debate de suplicación, desestimar el de igual clase formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO y confirmar la sentencia del Juzgado sin que haya lugar a la imposición de las costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> LUCÍA CARAZO GALLO actuando en nombre y representación de D. Juan Ignacio . Casamos y anulamos la sentencia de fecha 14 de febrero de 2007, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, y resolviendo el debate de suplicación desestimamos el recurso de igual clase y confirmamos la sentencia de fecha 2 de junio de 2006, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de Jaén, en autos núm. 116/2006, seguidos a instancia de D. Juan Ignacio contra SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre DESEMPLEO. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.