

En la Villa de Madrid, a trece de junio de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a María José Álvarez García-Ubero, en nombre y representación de D. José María, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Sevilla-, de fecha 21 de octubre de 2010, recaída en el recurso de suplicación núm. 2449/10, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla, dictada el 30 de marzo de 2010, en los autos de juicio núm. 704/09, iniciados en virtud de demanda presentada por D. José María contra INEM-SPEE, sobre Prestaciones por desempleo.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a Rosa María Virolés Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 30 de marzo de 2010, el Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: “Que estimando la demanda interpuesta por José María contra el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), en reclamación en materia de desempleo, debo declarar y declaro el derecho del actor al percibo de la prestación por desempleo contributiva en el importe de la base reguladora diaria de 41,51 €, con la duración y cuantía que reglamentariamente le corresponda a computar desde el 10/12/08, condenando al SPEE a estar y pasar por esta declaración.”.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como Hechos Probados se declaran los siguientes:

“1º) José María, ha prestado sus servicios retribuidos por orden y bajo la dependencia de la empresa Lopecan SL desde el 2/02/04, con la categoría profesional de Comercial y un salario mensual bruto por todos los conceptos, incluida la prorrata de pagas extraordinarias, de 1.245,41 €, en virtud de contrato de trabajo a tiempo completo y con carácter indefinido, radicando su centro de trabajo en el km. 5,800 de la Autovía Sevilla-Málaga en Alcalá de Guadaira, cesando dicha relación laboral el 9/12/08 por despido objetivo por circunstancias económicas y organizativas;

2º) La empresa Lopecan SL fue constituida el 3/11/62 por los cónyuges José Manuel y Encarnación, ostentando ambos la titularidad de las participaciones sociales a razón de 200 el Sr. José Manuel, quien asimismo es administrador único de la sociedad, y de 50 la Sra. B.P., siendo su objeto social la venta de máquinas en general y sus accesiones y radicando su domicilio social en la calle Padre Campelo, núm. 6, accesorias A y B, de Sevilla. Dicha empresa, conforme a la vida laboral aportada a los folios 182 y siguiente de las actuaciones, desde el año 2001 y hasta finales de 2008 ha procedido a dar de alta, y en su caso, de baja, en la Seguridad Social hasta a 28 trabajadores;

3º) El actor es hijo del matrimonio que ostenta la titularidad de las participaciones sociales de la empresa Lopecan SL, y ha convivido con ellos desde 2006 en el

domicilio familiar sito en la Plaza D., núm. ...de Sevilla, donde se encontraba empadronado, hasta que en fecha de 23/02/09 cambió su domicilio a la calle B., núm. ..., a un inmueble arrendado a su padre en virtud de contrato de arrendamiento de fecha de 1/03/04, cuya renta no consta que comenzara a abonar hasta febrero de 2009;

4º) El actor ha venido percibiendo, durante los años 2007 y 2008, la retribución señalada en el primer hecho mediante la entrega de talones bancarios, habiendo satisfecho la empresa asimismo sus gastos de locomoción y dietas de desplazamiento durante dicho periodo (folios 137 a 177), y ha participado en cursos de formación laboral a cargo de la empresa durante los años 2006, 2007 y 2008 (folios 178 a 180);

5º) Con fecha de 22/12/08 el actor solicitó al SPEE le fuera concedida la prestación contributiva de desempleo, lo que le fue denegado mediante resolución de 28/01/09 por el citado organismo al considerar que en el momento de la situación legal de desempleo al actor era familiar del empresario hasta el 2º grado, convivía con él y estaba a su cargo;

6º) Disconforme con la citada resolución, el actor interpuso reclamación previa a la vía jurisdiccional en fecha de 4/03/09, que fue expresamente desestimada mediante resolución del SPEE de 8/10/09, interponiéndose la demanda que nos ocupa en fecha de 9/06/09;

7º) El actor ha acreditado una base reguladora a efectos de la prestación por desempleo en los últimos 180 días de 41,51 €”.

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, el Servicio Público de Empleo Estatal formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), dictó sentencia en fecha 21 de octubre de 2010, en la que consta el siguiente fallo: “Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por Instituto Nacional de Empleo, contra la sentencia de fecha 30/03/2010 dictada por el Juzgado de lo Social número Nueve de los de Sevilla en virtud de demanda sobre desempleo, formulada por D. José María, contra Instituto Nacional de Empleo, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia a la par que desestimamos la demanda promovida por el actor contra la demandada a quien se absuelve de los pedimentos en su contra deducidos.”.

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -Sevilla-, la representación letrada de D. José María, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 5 de noviembre de 2008 (rcud. 1433/07).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 7 de junio de 2012, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El demandante reclamó del Servicio Público de Empleo Estatal la prestación contributiva de desempleo como consecuencia del cese de su relación laboral por despido objetivo por circunstancias económicas y organizativas. Denegada la prestación por el SPEE al considerar que en el momento de la situación legal de desempleo el actor era familiar del empresario hasta el 2º grado, convivía con él y estaba a su cargo, formuló demanda ante el Juzgado de lo Social, que estimó la demanda en sentencia posteriormente revocada en suplicación.

2.- La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de 21 de octubre de 2010 (rec. 2449/2010), revoca la de instancia desestimando la demanda rectora del proceso. Consta en el relato fáctico de la sentencia que el demandante ha prestado sus servicios retribuidos para la empresa Lopecan S.L. -de cuyo capital social son titulares los dos padres, y que ha dado de alta y en su caso de baja, hasta un total de 28 trabajadores- desde el año 2004, con un salario mensual bruto de 1.245,41 €, en virtud de contrato de trabajo a tiempo completo y con carácter indefinido. Consta asimismo, que ha convivido con sus padres desde 2006 en el domicilio familiar, hasta que en febrero de 2009 cambió su domicilio a otra vivienda arrendada. El 22-12-2008 el actor solicitó prestación contributiva de desempleo, que le ha sido denegada por la relación de parentesco que guarda con el empleador. En suplicación se confirma esta denegación, razonando que la participación subjetiva empresarial está integrada por dos miembros únicamente, que son los padres del actor, que se reparten la totalidad de las participaciones sociales, conviviendo el actor con sus padres, en el periodo de trabajo que se tomaría para generar las prestaciones, en el mismo domicilio, domicilio del que salió el hijo para vivir en una vivienda alquilada a su padre, después de haber terminado la relación laboral; señala la sentencia recurrida que la presunción de no laboralidad ha de aplicarse rigurosamente y solo de ser destruida mediante pruebas contundentes -que no se aportan en este caso- podría admitirse el carácter laboral de los servicios prestados por el actor para la empresa de sus padres.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, recurre el actor en casación para la unificación de doctrina, aportando de referencia la sentencia de esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2008 (rec. 1433/2007), respecto a la que ha de estimarse la contradicción, por cuanto en este caso se considera laboral la prestación, y por tanto se estima el derecho al desempleo, de un trabajador que reclamó 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 €. Razona la Sala que en las presentes actuaciones, no discutida la realidad de la prestación de servicios ni del percibo de una retribución y excediendo ésta, 722,79 € 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. Así, de la comparación de ambas sentencias se aprecia que en los dos casos analizados se produce la convivencia familiar -en el de autos del trabajador con sus padres, titulares de la empresa con forma de sociedad, y en el de referencia con el progenitor empleador y titular- en el mismo domicilio; en los dos la relación de parentesco es consanguínea de primer grado y en los dos casos recibe el trabajador una retribución considerable, sin que en ninguno de los dos supuestos conste prueba adicional de la laboralidad, más allá de la cuantía de la retribución. En definitiva, mientras en el caso de autos se llega a la conclusión de que la relación de parentesco con convivencia imposibilita el acceso a desempleo, en el de referencia se llega a conclusión contraria.

TERCERO.- Superado el requisito de contradicción, el recurrente formula motivo de censura jurídica en el que denuncia la infracción del art. 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores, artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social y la Disposición Adicional 27ª de la Ley General de la Seguridad Social, así como los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil.

La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en supuestos sustancialmente idénticos al presente, en SSTs. de 5 de noviembre de 2008 (rcud. 1433/2007) -designada de contraste- y la que en la misma se reitera -entre otras- de 25 de noviembre de 1997 (rcud. 771/1997), en la que señalábamos que:

“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.”.

CUARTO.- Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado que merece igual solución por razones de seguridad jurídica y atendiendo a las circunstancias concurrentes, no discutida tampoco la realidad de la prestación de servicios ni del percibo de una retribución de 1.245,41 € mensuales. Por ello, 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 Letrada D^a María José Álvarez García-Ubero, actuando en nombre y representación de D. José María. Casamos y anulamos la sentencia de fecha 21 de octubre de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, y resolviendo el debate de suplicación desestimamos el recurso de igual clase y confirmamos la sentencia de fecha 30 de marzo de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Sevilla, en autos núm. 704/2009, seguidos a instancia de D. José María contra Servicio Público de Empleo Estatal sobre desempleo. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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. Jesús Gullón Rodríguez.- José Luis Gilolmo López.- Jordi Agustí Juliá.- Rosa María Virolés Piñol.- Jesús Souto Prieto.

Publicación.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excma. Sra. Magistrada D^a Rosa María Virolés Piñol hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.