



Roj: **STS 3860/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3860**

Id Cendoj: **28079140012019100732**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2019**

Nº de Recurso: **2524/2017**

Nº de Resolución: **760/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2524/2017

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

##### **Sala de lo Social**

##### **Sentencia núm. 760/2019**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D.<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Sebastian Moralo Gallego

D.<sup>a</sup>. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Francisco Molina Carmona, en nombre y representación de D. Gustavo , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, de fecha 23 de febrero de 2017, recaída en el recurso de suplicación núm. 2234/2016, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén, dictada el 1 de junio de 2017, en los autos de juicio núm. 626/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Gustavo , contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, sobre prestación por desempleo.

Ha sido parte recurrida el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL representado por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 1 de junio de 2016, el Juzgado de lo Social nº 3 de Jaén, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimando la demanda interpuesta por D. Gustavo contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, se absuelve a la demandada de las pretensiones contra la misma ejercitadas".

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " I.- Con fecha 10 de junio de 2015 el actor D. Gustavo , con D.N.I. NUM000 , formuló solicitud de prestación contributiva al SPEE (folio 77). Gustavo , nacido el NUM001 de 1986, contrajo matrimonio con Da Celia , nacida el NUM002

de 1983, el 24 de septiembre de 2011, habiendo un hijo en común, Rosendo , nacido el NUM003 de 2013. D. Gustavo es hijo de D. Teofilo , nacido el NUM004 de 1957, y de Margarita , nacida el NUM005 de 1962, que habían contraído matrimonio el 7 de septiembre de 1985, habiendo en común otro hijo, Carlos Jesús , nacido el NUM006 de 1991.

**II.-** La solicitud del actor fue denegada por el SPEE el 22 de junio de 2015 (folio 66), en base a que el periodo de cotización ocupado, en los últimos seis años, incluía cotizaciones que no podían ser computadas, no alcanzando el mínimo de 360 días cotizados. El actor interpuso reclamación previa frente a la anterior resolución el 13 de julio de 2015 (folio 60), alegando que entre el 1 de octubre de 2005 y el 31 de mayo de 2015 había cotizado en el Régimen General, con cobertura de todas las contingencias, incluidas las cotizaciones por desempleo. La reclamación fue desestimada mediante resolución de 23 de julio de 2015 (folio 58), en base a que al momento de la situación legal de desempleo era familiar del empresario hasta el 2º grado (hijo), y en el periodo de ocupación cotizado, en los últimos 6 años acreditados por el actor, incluye cotizaciones que no pueden ser computables al ser hijo menor de 30 años del empresario, no alcanzando por tanto el mínimo de 360 días cotizados.

**III.-** El actor interpuso reclamación previa de nuevo alegando los siguientes hechos:

*"PRIMERO. Que desde el 10-01-2005 hasta el pasado 31-05-2015 vengo prestando mis servicios en la empresa de mi padre, Teofilo , con DNI NUM007 y dedicada a la actividad de "Comercio al por mayor de frutas y verduras, CNA E 4631 con la condición de trabajador asalariado, afiliado al Régimen General de la Seguridad y cotizando por todas las contingencias incluida la prestación por desempleo.*

*SEGUNDO. Que mi padre tiene su domicilio en la localidad de DIRECCION000 , concretamente en CALLE000 , núm. NUM008 NUM009 .*

*TERCERO. Que desde el 04-01-2005 hasta el 15-05-2009 venia residiendo en la localidad de DIRECCION000 en PASAJE000 , núm. NUM010 NUM011 NUM012 ; pasando a partir del 15-05-2009 a residir en mi domicilio actual sito en CALLE001 , núm. NUM013 NUM014 NUM015 de la misma localidad.*

*CUARTO. Que con fecha 24-09-2011 contraí matrimonio con mi esposa Celia , fruto del cual nació en fecha NUM016 -2013 mi hijo Rosendo .*

*QUINTO. Que reiterándome en lo anterior, vengo conviviendo tanto con mi esposa como con mi hijo en el domicilio sito en CALLE001 núm NUM013 NUM014 NUM015 de la localidad de DIRECCION000 .*

*DÉCIMO. En el caso que nos ocupa, queda ampliamente acreditado el hecho de que el exponente, ni convive con el empresario, ni depende económicamente de él para considerarse que esté a su cargo; toda vez que el que suscribe conforma su propia unidad familiar y de convivencia, ajena e independiente de la del propio empresario durante el periodo de referencia".*

**IV.-** La reclamación previa del actor fue desestimada mediante resolución de 22 de septiembre de 2015 (folios 43 y 44), en el sentido de considerar que, tras la entrada en vigor de la Ley 20/2007, resulta irrelevante si convivía o no con su padre, o si dependía económicamente de él, y ese era el criterio de la sentencia del TSJA de Granada de 17 de marzo de 2010.

**V.-** Del certificado histórico de empadronamiento del actor (folio 50), se desprende que éste estuvo empadronado hasta el 4 de enero de 2005 en la CALLE000 n° NUM008 , NUM009 ; desde el 4 de enero de 2005 al 15 de mayo de 2009 en la calle PASAJE000 n° NUM010 , NUM014 NUM012 ; y desde el 15 de mayo de 2009 viene estándolo en CALLE001 n° NUM013 , NUM014 NUM015 . Según certificado de convivencia expedido por el Alcalde de DIRECCION000 (folio 49), el padre del actor, D. Teofilo , desde el 1 de mayo de 1996 reside en la CALLE000 n° NUM008 , NUM009 , junto a su esposa y su hijo Carlos Jesús . En el D.N.I. aparece con ese domicilio el padre del actor (folio 48).

**VI.-** Con fecha 15 de junio de 2015 el actor D. Gustavo , formuló solicitud de prestación contributiva al SPEE (folio 68), en forma de PAGO ÚNICO, aportando una memoria explicativa del proyecto de inversión (folio 67), para comercializar distintos tipos de seguros, como agente de seguros. La solicitud del actor fue denegada por el SPEE el 22 de junio de 2015 (folio 64), en base a que el actor no era beneficiario de ninguna prestación por desempleo de nivel contributivo.

**VII.-** Según vida laboral del actor (folio 22), éste estuvo prestando servicios para su padre del 10 de enero de 2005 al 9 de enero de 2006 con un contrato en formación (365 Bías), y del 10 de enero de 2006 al 31 de mayo de 2015 con un contrato de trabajo indefinido 41 jornada completa (3.429 días)".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Gustavo formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, dictó sentencia



en fecha 23 de febrero de 2017, recurso 2234/2016, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON Gustavo , confirmando la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Jaén el 1 de Junio de 2016, en Autos núm. 625/15, seguidos a instancia del recurrente, en reclamación de DESEMPLEO, contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL".

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, el letrado D. Francisco Molina Carmona, en nombre y representación de D. Gustavo , 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 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha el 16 de julio de 2015, recurso 1760/2014.

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

**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 23 de octubre de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.-** El objeto de este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a determinar si procede reconocer la prestación de desempleo a un trabajador, menor de 30 años, que presta servicios para su padre en virtud de un contrato de trabajo y que no convive con el mismo.

**2.-** El Juzgado de lo Social número 3 de los de Jaén dictó sentencia el 1 de junio de 2016, autos número 626/2015, desestimando la demanda formulada por D. Gustavo contra EL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre PRESTACIÓN POR DESEMPLEO, absolviendo a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor, nacido el NUM001 de 1986, es hijo de D. Teofilo . El actor estuvo empadronado hasta el 4 de enero de 2005 en la CALLE000 n° NUM008 , NUM009 ; desde el 4 de enero de 2005 al 15 de mayo de 2009 en la calle PASAJE000 n° NUM010 , NUM014 NUM012 ; y desde el 15 de mayo de 2009 viene estándolo en CALLE001 n° NUM013 , NUM014 NUM015 . El padre del actor, D. Teofilo , desde el 1 de mayo de 1996 reside en la CALLE000 n° NUM008 , NUM009 , junto a su esposa y su hijo Carlos Jesús . En el D.N.I. aparece con ese domicilio el padre del actor. Según vida laboral del actor, éste estuvo prestando servicios para su padre del 10 de enero de 2005 al 9 de enero de 2006 con un contrato en formación (365 días), y del 10 de enero de 2006 al 31 de mayo de 2015 con un contrato de trabajo indefinido 41 jornada completa (3.429 días). El 15 de junio de 2015 formuló solicitud de prestación contributiva al SPEE, en forma de pago único.

**3.-** Recurrida en suplicación por el Letrado D. Francisco Molina Carmona, en representación de D. Gustavo , la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, dictó sentencia el 23 de febrero de 2017, recurso número 2234/2016, desestimando el recurso formulado.

La sentencia entendió que es de aplicación lo dispuesto en la DA 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, Ley que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, es decir desde el 12 de octubre de 2007, por consiguiente, vigente cuando el actor DON Gustavo nacido el NUM001 de 1986, formuló la solicitud de la prestación contributiva al SPEE y cuando se le denegó la prestación de desempleo por el SPEE, el 22 de junio de 2015; vigente asimismo en la fecha de finalización de la relación laboral en la empresa el 31 de mayo de 2015, fechas todas ellas en las que el actor no había cumplido los 30 años, por lo que, ha de convenirse, por imperativo legal, que teniendo el actor menos de treinta años y siendo la empresa contratante de su padre, la prestación de desempleo solicitada en este caso está expresamente excluida del ámbito de la acción protectora, pues como expresó esta Sala en Sentencia de fecha 30 de noviembre de 2011 "No es el contrato de trabajo, sino la normativa sobre desempleo aplicable a la fecha del hecho causante la que determina el derecho a obtener la prestación", por lo que es irrelevante si existe o no convivencia y dependencia.

**4.-** Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. Francisco Molina Carmona, en representación de D. Gustavo , recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla- La Mancha el 16 de julio de 2015, recurso número 2234/2016.

El Abogado del Estado, en la representación que ostenta del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser declarado improcedente.



**SEGUNDO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

**2.-** La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 16 de julio de 2015, recurso número 2234/2016, estimó en parte el recurso de suplicación interpuesto por D. Aurelio frente a la sentencia de fecha 25 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Cuenca, sobre desempleo, siendo recurrido el Servicio Público de Empleo Estatal y, revocando expresamente la resolución de 11 de junio de 2013, dispuso que la entidad gestora proceda a efectuar los nuevos cálculos y dictar nueva resolución, atendiendo a los datos recogidos en la fundamentación de la sentencia para concretar la cuantía de prestación a que tiene derecho el demandante y el importe de la percepción indebida que habrá de reintegrar.

Consta en dicha sentencia que el actor, nacido el NUM017 de 1983, ha prestado servicios como camarero para el empresario D. Cayetano, su padre, desde el 1 de junio de 2001 al 31 de diciembre de 2011 y desde el 2 de julio de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2012, en virtud de sendos contratos indefinidos, a jornada completa, siendo en ambos casos causa de la extinción de la relación laboral el despido por causas objetivas. Por resolución de la Dirección Provincial del SPEE de Cuenca de fecha 10-1-12 se reconoce al demandante el derecho a percibir la prestación por desempleo durante el periodo comprendido entre el 1-1-12 y el 30-12-13, en una cuantía inicial de 29,13 euros diarios (el 70% de la base regulada fijada en 41,62 euros). Por resolución de la Dirección Provincial del SPEE de Cuenca de fecha 2-10-12 también se reconoce al demandante el derecho a percibir la prestación por desempleo durante el periodo comprendido entre el 1-10-12 y el 21-4-14, en una cuantía inicial de 24,97 euros diarios (el 60% de la base regulada fijada en 41,62 euros). Con fecha 2-10-12 el demandante solicitó ante la Dirección Provincial del SPEE de Cuenca el abono de la prestación por desempleo reconocida en la modalidad de pago único, solicitud que fue estimada por resolución de 3-12-12, por un importe líquido de 9.403,92 euros. Por la Dirección Provincial del SPEE se dicta resolución de fecha 23-4-13 mediante la cual se acuerda iniciar expediente administrativo de revisión, con propuesta de revocación y suspensión cautelar del abono de la prestación por desempleo reconocida porque "No está Vd. incluido en ninguno de los supuestos en los que el Régimen General o Especial de la Seguridad Social protegen la contingencia de desempleo, ya que la contratación de los hijos del trabajador autónomo menores de 30 años están excluidos del ámbito de la protección por desempleo ...". El 11 de junio de 2013 el SPEE dictó nueva resolución por la que acordaba "Revocar la Resolución de fecha 10/01/2012 y declarar la percepción indebida de la misma en la cantidad de 14.085,06 euros, correspondientes al periodo del 01/01/2012 al 30/12/2012 ..." y ello en base a que "III.- Conforme a lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, los trabajadores autónomos podrán contratar como trabajadores por cuenta ajena a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo ...". El demandante en la fecha del segundo despido tenía 28 años y no convivía con su padre y empleador en el domicilio familiar, al menos desde julio de 2010.

La sentencia entendió que la interpretación conjunta de los preceptos antes mencionados conducen a estimar que si bien el hijo menor de 30 años conviviente con su padre- empresario puede ser contratado por éste como trabajador por cuenta ajena sin necesidad de tener que destruir la presunción desfavorable a la existencia de relación laboral, aunque en tal caso quedando excluido de la protección por desempleo; pero también que desaparecida tal convivencia y acreditada la independencia económica del hijo menor de tal edad, la relación laboral despliega su total efectividad en el ámbito de protección de la Seguridad social, incluida la prestación por desempleo.

**3.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS. En efecto, en ambos casos los demandantes son trabajadores menores de 30 años, que prestan sus servicios laborales para su padre, que no conviven en el mismo domicilio y que, al extinguirse su relación laboral solicitan prestación por desempleo en su modalidad de pago único, habiendo llegado las sentencias comparadas a resultados contradictorios, en tanto la recurrida entiende que no procede el reconocimiento de la prestación por desempleo, la de contraste reconoce dicha prestación.

No es óbice para la existencia de la contradicción, en contra de lo que alega la recurrida, que el actor conviviera con su padre, en el mismo domicilio hasta el año 2005 ya que es precisamente en el año 2005 cuando empieza a prestar servicios como trabajador por cuenta ajena para su padre y, a partir de dicha fecha ya no convive con su padre, figurando empadronado en un domicilio diferente.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.



**TERCERO.-1.-** El recurrente alega que le sentencia recurrida infringe lo dispuesto en la DA Primera, artículo 6 de la Ley 20/2007, en relación con lo establecido en la DA Décima de la Ley 27/2009 y los artículos 9.3, 14, 24 y 50 de la Constitución 2.2, 3, 6.4 y 7.2 del Código Civil y artículo 8 y 1.3 del E T y 7.2, 205 y 206 de la LGSS, así como demás normas y jurisprudencia que se cita.

En esencia aduce, en primer lugar, que del tenor literal de la DA Décima de la Ley 20/2007, resulta que únicamente se excluyen del derecho a la protección por desempleo a los hijos menores de 30 años del trabajador autónomo, vinculados con un contrato de trabajo por cuenta ajena que convivan con él, no a los que no lo hagan, como es el supuesto del demandante.

En segundo lugar alega que, en virtud de lo establecido en el artículo 1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, la expresa exclusión que se realiza en la norma, supone que solo puede aplicarse a los contratos suscritos con posterioridad a su vigencia, no a los anteriores que quedan expresamente excluidos de su ámbito. -"1. La presente Ley será de aplicación... También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo-

En tercer lugar señala que si la norma entró en vigor el 12 de octubre de 2007, entender que la misma afectaba también a los contratos suscritos y prestaciones de servicios existentes con anterioridad a la misma, determinaría la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución, al establecer una retroactividad auténtica contraria al derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 50 de la Constitución pues merma y limita los derechos a prestaciones que al trabajador que presta sus servicios en empresa dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.3 del ET, se le estaría desposeyendo de tal carácter, y, por tanto, negándosele los beneficios hasta ese momento adquiridos que, en la fecha de entrada en vigor de la norma ya tenía más de dos años cotizados.

En último lugar alega que la interpretación realizada por la sentencia recurrida es discriminatoria y contraria al derecho fundamental a la igualdad, al amparo de lo dispuesto en la jurisprudencia que menciona.

**2.-** La DA 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio establece:

**" Disposición adicional décima. Encuadramiento en la Seguridad Social de los hijos del trabajador autónomo.**

Los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo.

Se otorgará el mismo tratamiento a los hijos que, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral. A estos efectos, se considerará que existen dichas especiales dificultades cuando el trabajador esté incluido en alguno de los grupos siguientes:

- a) Personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento.
- b) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento e inferior al 65 por ciento, siempre que causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad Social.
- c) Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento"

**3.-** El recurso formulado ha de ser estimado por las siguientes razones:

Primero: Del tenor literal de la norma, primer canon hermenéutico que se ha de aplicar, a tenor de lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, resulta que se excluye la cobertura por desempleo de los hijos menores de treinta años contratados por los trabajadores autónomos, cuando convivan con el. La dicción del precepto "..., los hijos menores de 30 años, aunque convivan con ellos. En este caso, del ámbito de la acción protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo". La frase "en este caso" se refiere a los hijos menores de treinta años que convivan con el trabajador autónomo, ya que la frase "aunque convivan con ellos" precede inmediatamente a "en este caso".

Segundo: La interpretación contraria conduciría a establecer un trato desigual entre los hijos menores y mayores de treinta años, contratados por el trabajador autónomo como trabajadores por cuenta ajena, ya que los primeros no tendrían derecho a protección por desempleo, en tanto a los segundos se les dispensaría dicha protección. No puede considerarse que constituya una razón objetiva que justifique el trato desigual el que el hijo sea mayor o menor de treinta años. Por el contrario, si que es un dato relevante, que permite justificar la



diferencia de trato, el que el hijo conviva o no con su progenitor empleador, ya que tal dato no es baladí pues puede constituir un indicio de dependencia económica.

Tercero: En la regulación anterior a la introducida por la Ley 20/2007 de 11 de julio, si bien se establecía en el artículo 1.3 e) del ET, que no estaban incluidos en el ET, los trabajos familiares, se admitía la excepción de que estaban incluidos en el ET, si se demuestra la condición de asalariado de quienes lo llevan a cabo, considerándose familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción.

Por lo tanto, un hijo no conviviente, aunque haya sido contratado por su progenitor, no está excluido del ámbito de aplicación del ET, supuesto en el que se encuentra el recurrente.

Cuarto: De forma paralela a la regulación precitada del ET, el artículo 12.1 de la LGSS establece: "A efectos de lo dispuesto en el artículo 7.1, no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando convivan en su hogar y estén a su cargo".

La DA 10ª de la Ley 20/2007 se ha limitado a destruir la presunción "iuris tantum" de no laboralidad de la relación existente entre el hijo y el trabajador autónomo que le contrata cuando convive con él, pero en nada ha alterado la situación contemplada en el artículo 1.3 e) del ET respecto a la existencia de relación laboral, tanto en los supuestos de convivencia si se demuestra la condición de asalariado del familiar, como en los supuestos de no convivencia, en los que no existe la presunción de que dicha relación es la de "trabajos familiares".

La STS de 25 de noviembre de 1997, recurso 771/1997, concedió la prestación de desempleo a un trabajador, titular del 10% de acciones de la empresa, siendo su madre titular del 35% y su padre el administrador de la sociedad, habiendo sido contratado por su madre en dos ocasiones y por su padre en una, conviviendo con sus padres en el mismo domicilio. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"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".

Por lo tanto la sentencia, aplicando la regulación anterior a la ahora vigente, reconoce la cualidad de trabajador por cuenta ajena y el derecho a la prestación de desempleo al hijo contratado por su progenitor, administrador de la sociedad, llegando más lejos que la vigente regulación ya que reconoce el derecho a la prestación, aunque el hijo convivía con sus padres.

**CUARTO.-** Por todo lo razonado procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Francisco Molina Carmona, en representación de D. Gustavo, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, el 23 de febrero de 2017, recurso número 2234/2016, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Jaén el 1 de junio de 2016, en el procedimiento número 626/2015.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Francisco Molina Carmona, en representación de D. Gustavo, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Granada, el 23 de febrero de 2017, recurso número 2234/2016, interpuesto por el ahora recurrente frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Jaén



el 1 de junio de 2016, en el procedimiento número 626/2015, seguido a instancia de D. Gustavo contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en reclamación de PRESTACIÓN POR DESEMPLEO.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por el ahora recurrente, estimando la demanda formulada, anulando y dejando sin efecto la resolución impugnada de 22 de unió de 2015, declarando el derecho del actor a percibir la prestación por desempleo por el tiempo legalmente previsto y condenando al demandado SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente.

Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ