

apariencia encontradas. El sentir mayoritario asentado en Tribunales Superiores de Justicia y en el propio Tribunal Supremo, en las resoluciones comentadas, nos parecen un paso extremadamente cauteloso, que podría no estar dando cabida a una correcta aplicación de la LEC, por la vía de la supletoriedad. La pervivencia, de ambos preceptos, podría perfectamente solaparse desde la aplicación del contenido del artículo 135.1, como norma encuadrada en un cuerpo normativo plenamente garantista, y que en ningún caso vulnera ninguno de los principios que siendo propios del proceso laboral han consagrado y mantenido la especialidad de esta disciplina. Que la jurisdicción laboral haya estado tradicionalmente, separada de la ordinaria, amparándonos en la mayor agilidad que ofrecía las normas procesales laborales para la solución de conflictos, no puede justificar la matizada aplicación de normas concebidas por el legislador cuando este ha sabido ser acertado, generoso y garante de los derechos de las partes que han de intervenir en el proceso. Recordemos que la plena aplicación de este precepto no deja de ser una norma de alcance plenamente instrumental que en nada afecta ni contradice las principios o grandes cuestiones que nos harían derivar el debate hacia la pervivencia o no del proceso laboral como jurisdicción plenamente autónoma.

El Tribunal Supremo, que es parco en justificar la pervivencia del artículo 45, sí establece algunas claves para defender la aplicabilidad del artículo 135 de la LEC. Consideramos que el hecho de la no derogación ni tácita ni expresa del artículo 45, no debe impedirnos reconocer que en virtud de los Acuerdos adoptados por el Consejo General del Poder Judicial, la especialidad de la norma procesal laboral ha quedado técnicamente anulada, por una solución que no solo permite unificar criterios ante el resto de ordenes jurisdiccionales, sino que además, como indica el alto tribunal favorece el principio "*pro actione*". Consideramos que en tanto se produce el deseado ajuste de la LPL, a la LEC, el artículo 45 de la LPL, quedará en desuso, en tanto que será la propia práctica forense la encargada de excluir su compleja aplicación en beneficio de un sistema más racional que además cuenta con las bendiciones de la doctrina<sup>10</sup>. Es claro, por tanto, que defendemos la actual aplicación del artículo 135.1 de la LEC, en el ámbito procesal laboral, por la vía de la supletoriedad, sin que por ello, tengan que verse afectados sus propios pilares conceptuales, ni amenazada la pervivencia de las peculiaridades del proceso laboral, que no tiene su razón de ser en normas de carácter instrumental.

<sup>10</sup> Este es el caso del Magistrado D. Luis Gil Suarez quien lo considera, "*un hallazgo digno de toda alabanza*", siendo "*uno de los claros aciertos de la LEC-2000*". Abundando en los elogios considera el magistrado que con el artículo 135.1 de la LEC, "*se da solución, de forma imaginativa, pero muy clara y muy sencilla a un problema que venía incidiendo sobre los procesos judiciales españoles desde mucho tiempo atrás. Y se soluciona con clarividencia y sentido común*". Incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el proceso laboral. Algunos puntos críticos. Actualidad Laboral. Tomo 2001-1. Marginal 257.

## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL Universidad de Málaga

### LA PRESUNCIÓN DE LA CONDICIÓN DE TRABAJADOR AUTÓNOMO DE LOS FAMILIARES DEL EMPRESARIO EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

*A propósito de las SSTs de 17 de enero de 2001 (RJ 778)  
y de 13 de marzo de 2001 (AS 3838)*

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS\*

**SUPUESTO DE HECHO:** En el primero de los asuntos se trata de una persona que prestaba sus servicios en una empresa cuya esposa era socia fundadora y ostentaba la condición de administradora hasta diciembre de 1995, siendo él mismo apoderado de la empresa durante un período importante. Tras un largo período de incapacidad temporal, y tras la extinción del contrato de trabajo, solicitó una prestación por desempleo que fue denegada por el INEM en base a falta de período de carencia por entender que hasta diciembre de 1995 no ostentaba la condición de trabajador por cuenta ajena. Resolución que fue confirmada por el juez de lo social y, posteriormente, por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

El segundo de los asuntos se refiere a una persona que prestaba sus servicios en la empresa perteneciente a su madre con la que convivió durante todo el período en la que prestaba servicios en la empresa familiar. Aunque el INEM inicialmente denegó la prestación por desempleo, posteriormente en sede de suplicación fue concedido por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

**RESUMEN:** En ambos casos se casan y anulan las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que se recurren en casación por unificación de doctrina.

\* Profesor Titular de E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

En el primer asunto Tribunal Supremo resuelve que el sujeto, aún siendo esposo de la administradora de la sociedad, ha de considerarse como trabajador por cuenta ajena por lo que debe de disfrutar las prestaciones de desempleo.

En la segunda sentencia el Tribunal Supremo estima que al darse los requisitos de "convivencia" y "estar a cargo", de una hija con respecto a su madre, propietaria de una carnicería en la que presta sus servicios, no puede entenderse la existencia de una relación laboral, por lo que no hay derecho a prestación por desempleo.

## ÍNDICE

1. Introducción: breve referencia a la historia de la exclusión de los familiares del ámbito de protección de los regímenes de trabajadores por cuenta ajena de la Seguridad Social
2. La regulación vigente en nuestro ordenamiento
3. Sobre la condición de familiar y el derecho a las prestaciones por desempleo: 3.1. La protección del familiar del empresario y el fraude a la Seguridad Social. 3.2. La ruptura de la presunción de no laboralidad.

### 1. INTRODUCCIÓN: BREVE REFERENCIA A LA HISTORIA DE LA EXCLUSIÓN DE LOS FAMILIARES DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LOS REGÍMENES DE TRABAJADORES POR CUENTA AJENA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como recuerda con exactitud PIÑEYROA DE LA FUENTE<sup>1</sup>, fueron inicialmente las Mutualidades Laborales de trabajadores por cuenta propia (alimentación; transportes y comunicaciones; y servicios, industrias y actividades directas para el consumo) las que determinaron la inclusión de los familiares del autónomo en las mismas en la misma condición que ellos. La regulación no parecía demasiado acabada por lo que fueron los Tribunales lo que tuvieron que intervenir en la interpretación de tales normas. Ya en 1970, con la adopción del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se suplieron las deficiencias y vaguedades de la normativa anterior, precisándose el modo y condiciones respecto de la inclusión a los familiares afines<sup>2</sup>.

No obstante ello, se ha observado una importante y polémica contradicción entre las normas laborales y de Seguridad Social. Y es que hasta la reforma operada por la DA 11 de la Ley 5/1990, de 29 de junio, la norma laboral

<sup>1</sup> Vid PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J., en *La Seguridad Social de los trabajadores autónomos, (La cobertura del RETA)*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 52.

<sup>2</sup> En este sentido LÓPEZ ANIORTE, M.C., en *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 186 y 187.

de exclusión (Ley de Contrato de Trabajo, art. 2 a); Ley de Relaciones Laborales, art. 2 c) y Estatuto de los Trabajadores, art. 1.3 e) y la norma de Seguridad Social, art. 7.2) mantuvieron distintos criterios de ordenación básicamente en cuanto a la situación del cónyuge (STC 2/1992, de 13-I) y al grado de parentesco<sup>3</sup>.

Y es que desde sus inicios la legislación de Seguridad Social, en el Texto Articulado de 1966, adoptó algunas disposiciones con fuertes contradicciones internas en la materia ya que mientras que su artículo 7.2 establecía, como regla general aplicable a todo el sistema de Seguridad Social, una presunción *iuris tantum* de trabajo familiar del cónyuge y demás parientes hasta tercer grado, el art. 62 del mismo texto, regulador del Régimen General excluía del mismo, a modo de presunción *iuris et de iure*, al cónyuge y a los hijos sometidos a patria potestad del empresario al carecer de la condición de asalariados. Por supuesto, el art. 3 b) del Decreto 2530/1970, anteriormente citado, no hizo otra cosa que acomodar su contenido al art. 7.2 de la LGSS, norma general del sistema, con lo que establecía respecto de los trabajos familiares una presunción de no laboralidad y que permitía prueba en contrario.

La adopción del nuevo Texto Refundido de 1974, por Decreto 2064/1974, solventó la discordancia interna de la norma. Efectivamente, en la redacción del art. 7.2 ya se incluía, como presunción *iuris et de iure*, la imposibilidad de entender al cónyuge y a los hijos sometidos a patria potestad del empresario como trabajadores por cuenta ajena; para el resto de los familiares hasta tercer grado se concedía una presunción *iuris tantum*. Pero continuaba dándose una situación de descoordinación legislativa ya que tanto la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, como las posteriores Leyes de Relaciones Laborales de 1976 y Estatuto de los Trabajadores de 1980, permitían la posibilidad de demostrar la condición de trabajadores por cuenta ajena o asalariados de tales familiares y la presunción de no laboralidad lo era sólo hasta el segundo grado. Nadie puso en duda que en base a los principios de especialidad y jerarquía normativa, el art. 3 b) del Decreto 2530/1970 tenía que interpretarse de conformidad al art. 7.2 de la LGSS.

<sup>3</sup> Como señala TORTUERO PLAZA, J.L., en "Comentario al art. 7 de la LGSS", en AAVV, *Comentarios a la LGSS*, tomo I, Dir. J.L. Monereo Pérez y M.N. Moreno Vida, Granada 1999, pág. 154. Personalmente, creo que el problema se cerró con la DA 14ª del RDL 7/1989, de 29-12, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, financiera y tributaria y ello independientemente de la adecuación del cauce normativo adoptado por el legislador (ya que tal norma no fue anulada por ningún Tribunal). Y es que, tal norma fue en su momento muy criticada por la doctrina ya que no parecía oportuno la utilización de un RDL para tal regulación, por todos, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., en "Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad (comentario a la STC 2/1992, de 13 de enero, REDT nº 58, 1993).

La desconexión entre el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social conllevó el observar un tratamiento diferenciado entre trabajadores por cuenta ajena, según la regulación del ET<sup>3</sup>, que podrían quedar incluidos en distintos regímenes de la Seguridad Social, o incluso desprotegidos, realizando las mismas actividades y por el sólo hecho de ostentar la condición de familiar del empresario. La cuestión quedaba en manos del Tribunal Constitucional que era el que tenía que determinar si tal trato desigual era al mismo tiempo discriminatorio, por carecer de una justificación razonable y objetiva, y en coherencia con ello, inconstitucional.

## 2. LA REGULACIÓN VIGENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Evidentemente, la solución de la antinomia entre las normas laborales y de Seguridad Social vino dada inicialmente por el RDL 7/1989<sup>4</sup>, aunque con posterioridad a tal norma, se dictaron una serie de sentencias por el Tribunal Constitucional, la mayoría de ellas referidas al Régimen Especial de Empleados del Hogar, clarificadoras respecto de la inclusión en la Seguridad Social de los familiares del empresario o titulares del hogar familiar<sup>5</sup>. Siendo, quizás, la más importante respecto del tema que nos ocupa la STC 2/1992, de 13 de enero, en la que se pronuncia sobre la inclusión de los familiares del empresario en el Régimen General<sup>6</sup>, determinando la inconstitucionalidad, por atentatoria del principio de igualdad, de la anterior redacción del art. 7.2 de la LGSS.

Como es conocido, el apartado 3 del artículo 1 del ET excluye del ámbito de aplicación del mismo, en su letra e), los llamados "trabajos familiares". Pero no se trata de una exclusión "de carácter absoluto e incondicionado"<sup>7</sup>, sino que viene matizada en dos cuestiones:

a) De un lado, no todos los familiares del empresario se encuentran excluidos del campo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores sino sólo los citados: cónyuge, ascendientes y demás parientes, por consan-

<sup>3</sup> Dependiendo del momento, también la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 o el RDL 16/1976, 8 de abril, de Relaciones Laborales.

<sup>4</sup> Véase, por todos, GARCÍA BLASCO, J., "Desajustes entre el ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales (A propósito de la reciente modificación del art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social)", RL, tomo I, 1990.

<sup>5</sup> SSTC 109/1988, de 8 de junio; 79/1991, de 15 de abril; 92/1991, de 6 de mayo; 2/1992, de 13 de enero; 59/1992, de 23 de abril; y 49/1994, de 16 de febrero.

<sup>6</sup> Sentencia que fue analizada por distintos autores, por todos, véase GARCÍA NINET, J.L., en "La afiliación y el alta en el Régimen General del cónyuge del empresario (En torno a la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional de 13 de enero de 1992)", Tribuna Social n.º 15, 1992 o SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Ámbito subjetivo de la Seguridad Social: interpretación por el Tribunal Constitucional a la luz del principio de igualdad", en REDT n.º 58, 1993.

<sup>7</sup> Como indican MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F.; y GARCÍA MURCIA, J., en su *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 7ª ed., 1998, pág. 189.

guinidad, afinidad o adopción, hasta segundo grado inclusive. Además, habrán de convivir con el empresario.

b) De otro lado, se trata de una presunción *iuris tantum*, esto es, es posible que, incluso dándose tales grados de parentesco y convivencia, se demuestre la condición de asalariados de quienes realicen tales actividades.

Por lo que se refiere a la regulación en la Ley General de la Seguridad Social, se produce definitivamente una situación coherente con la norma laboral. El art. 7.2 de la LGSS, desde la reforma de 1989, adopta de forma "casi" mimética el contenido del art. 1.3. e) del ET. Así pues, indica que 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.

Cuando he dicho, de forma "casi mimética", me refiero a que hay una discordancia importante entre el art. 1.3 e) ET y el art. 7.2 LGSS y es que mientras que el Estatuto de los Trabajadores asocia el parentesco a la convivencia la Ley General de la Seguridad Social es más completa ya que además de la convivencia exige el "estar a cargo"<sup>8</sup>. Ello puede dar un juego interesante de combinaciones en las que podría romperse la presunción de "no laboralidad". Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

Así pues, todos estos familiares, si no media prueba en contra, deberán de incluirse en el campo de aplicación del sistema como trabajadores por cuenta propia con las consecuencias que a efectos de protección ello significa. Por supuesto, es indiferente el centro de trabajo en el que este familiar ejerza su actividad para el empresario con el que se encuentra emparentado, lo importante, en todo caso, es la titularidad del mismo.

La prueba en contra deberá de serlo respecto de la situación de convivencia en el mismo hogar que el empresario y/o de la situación de dependencia económica o "estar a cargo"<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> La otra diferencia se refiere al hecho de que se encuentre ocupados en "su centro o centros de trabajo"; diferencia que no consideramos tan importante ya que lo fundamental es la realización de una actividad laboral en los términos del art. 1.1 del ET, el lugar de realización de tal actividad es indiferente.

<sup>9</sup> En principio, el Reglamento sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (RD 84/1996, de 26 de enero), establece como requisito complementario para la afiliación y el alta de los familiares del empresario como trabajadores por cuenta ajena que, además de la documentación prevista con carácter general, se acompañe una declaración del empresario y del familiar en la que se haga constar la condición de éste como trabajador por cuenta ajena en la actividad de que da lugar al encuadramiento en el correspondiente Régimen, su categoría profesional, puesto de trabajo, forma y cuantía de la retribución, centro de trabajo, horario del mismo y cuantos otros datos o circunstancias resulten precisos al efecto, "pudiendo requerirse por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, en su caso, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social".

De otro lado, no se ha modificado expresamente la redacción del art. 3 b) del Decreto 2530/1970 que regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. En aplicación de la teoría de fuentes, al ser una norma de rango inferior, y como se dijo anteriormente, deberá de interpretarse de acuerdo con lo establecido en el art. 7.2 de la LGSS, por ello aunque el grado de parentesco que indica en la presunción de no laboralidad es el tercero, habrá de entenderse como segundo grado<sup>11</sup>.

### 3. SOBRE LA CONDICIÓN DE FAMILIAR Y EL DERECHO A LAS PRESTACIONES POR DESEMPLEO

#### 3.1. La protección del familiar del empresario y el fraude a la Seguridad Social

La elección de las sentencias referenciadas anteriormente reside en la diversidad de matices respecto a las situaciones del llamado "trabajo familiar" que conllevan al Tribunal Supremo a decantarse por una determinada solución, concediendo o denegando la protección por desempleo, dependiendo la situación concreta en la que se encuentren los solicitantes de tales beneficios de la Seguridad Social.

Dentro de las prestaciones contributivas de la Seguridad Social, quizás sea en la protección por desempleo donde el sistema de Seguridad Social español tiene y mantiene los mayores lazos de unión con el Derecho del Trabajo. Y ello porque se trata de proteger a trabajadores por cuenta ajena que han perdido un empleo anterior. Ha de recordarse que el objeto de la protección por desempleo, ex art. 203 LGSS, es la protección de la situación en que se encuentran "quienes, pudiendo y queriendo trabajar, pierdan su empleo o vean

<sup>11</sup> De hecho, algún autor da por hecho que la redacción del citado artículo 3 b) ha sido alterada o modificada estableciendo la presunción de no laboralidad hasta el segundo grado de parentesco, así, BLASCO LAHOZ, JF, en *El régimen especial de trabajadores autónomos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, pág. 99-100. Pero una cuestión es decir que el art. 3.b) del Decreto 2530/1970 indica que la presunción lo es hasta segundo grado y otra cosa bien distinta es que a pesar de que el artículo citado indica que la relación de parentesco es hasta tercer grado debe de entenderse que el límite lo es hasta segundo grado "pues el art. 7.2 sienta las reglas básicas que regulan la extensión del campo de aplicación y estructura de todo el sistema de Seguridad Social, regulación que aunque sobrevenida con posterioridad debe ser respetada por las normas reglamentarias que regulan los regímenes especiales", como certamente indica GÓMEZ CABALLERO, P., en *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 35. Este es uno más de los problemas de la regulación reglamentaria de la Seguridad Social, se modifican normas superiores que afectan a inferiores, pero a éstas no se les da una nueva redacción (véase por ejemplo en los reglamentos de prestaciones la cantidad de referencias que se hacen a las extinguidas mutualidades laborales) lo que, en no pocas ocasiones, complica la actuación del operador jurídico.

reducida su jornada ordinaria de trabajo". Se trata evidentemente de proteger a trabajadores por cuenta ajena (art. 205 LGSS), entendiéndose como tales los que voluntariamente presten sus servicios retribuidos "dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario" (art. 1.1 ET).

En la lógica del sistema de Seguridad Social español, los trabajadores autónomos no están protegidos por la contingencia de desempleo<sup>12</sup>. Y es que tales trabajadores son aquellos mayores de 18 años que realizan de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a contrato de trabajo, aunque utilice el trabajo remunerado de otras personas y siempre que su actividad no suponga su inclusión en otro Régimen Especial<sup>13</sup>.

También se entienden, como hemos visto anteriormente, en la condición de trabajadores por cuenta propia a los cónyuges y familiares hasta segundo grado<sup>14</sup> del titular del negocio, cuando realicen de trabajos en la actividad de que se trate, de forma habitual, personal y directa, y convivan con el empresario y a sus expensas. Por ello, tales familiares quedarán excluidos no sólo del Régimen General sino también de las prestaciones por desempleo.

Hay dos factores que han supuesto que los familiares de los empresarios quieran, a toda costa, demostrar la laboralidad de la relación que les une a su familiar:

a) De un lado, la diferencia de prestaciones entre el Régimen General y el de Trabajadores Autónomos: a pesar de la querida homogeneización del art. 10.4 de la LGSS y de las Recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo

<sup>12</sup> Con alguna excepción, por ejemplo, en el supuesto en que un trabajador por cuenta ajena viniera disfrutando de una prestación por desempleo y la suspende para constituirse como trabajador por cuenta propia; en tales casos, y bajo determinadas condiciones, si se cesa en la actividad profesional podrá reanudarse la prestación por desempleo a pesar de no existir una real situación legal de desempleo. Puede pensarse que se trata de la protección de un trabajador por cuenta ajena, pero a quien viene a concederse la prestación es a un trabajador que ha cesado, temporal o definitivamente, como autónomo; cese que en todo caso ha de considerarse como voluntario ya que no existe dependencia ni ajenidad.

<sup>13</sup> Se presume, salvo prueba en contra, que en el interesado concurre la condición de trabajador por cuenta propia o autónomo si ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo (art. 2.3 D 2530/170 regulador del RETA), éstos, evidentemente, podrán probar lo contrario demostrando que no reúnen el resto de los requisitos exigidos para ser considerados como trabajadores por cuenta propia, a saber, la realización de una actividad de forma habitual, personal y directa.

<sup>14</sup> Aunque se presume la condición de asalariados de los familiares de tercer grado, también se trata de una presunción contra la que cabe prueba en contra ya que podría demostrarse su condición de trabajadores por cuenta propia, y es que lo que importa realmente es la naturaleza del trabajo desarrollado en los casos en los que no alcanza las reglas de presunción establecidas, en sentido parecido ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, 4ª Ed, 1991, pág. 329.

de Pensiones de 2001, se observan importantes deficiencias en la cobertura de determinadas prestaciones por el RETA, especialmente en la protección de contingencias profesionales, incapacidad temporal, incapacidad permanente parcial y total cualificada y desempleo, que o bien los excluye de dichas prestaciones o bien se las concede de peor calidad (me refiero a la prestación de incapacidad temporal, cuyas prestaciones sí cubren a éstos trabajadores, pero el nacimiento de las mismas se produce al decimoquinto día de la baja, lo que supone una diferencia importante).

b) De otro lado, el hecho de que la cotización a la Seguridad Social no sea muy diferente a la del Régimen General, pudiendo, en caso de romper la presunción de no laboralidad, cotizar como trabajador a tiempo parcial; lo que claramente beneficia, por ahorro de costes, al empresario familiar.

Ello ha dado lugar a una importante bolsa fraude respecto de los familiares del empresario en un doble sentido: en primer lugar, familiares que están obligados a encuadrarse en el RETA por realizar una actividad de forma personal, habitual y directa, han decidido, para evitar gastos a la economía familiar, no encuadrarse en el RETA, ya que la carga de la prueba de demostrar que esa actividad se desarrolla en tales condiciones se escapa en su arranque de los propios trabajadores por cuenta propia que pueden optar, por incorporarse o no, en atención a la interpretación que quieran dar a su actividad, dejando dicha carga en manos de una posible futura inspección, la cual encontrará en la mayoría de los casos enormes dificultades para comprobar lo acertado de la opción elegida, máxime en aquéllos pequeños establecimientos de ámbito familiar en los que la complicidad afectiva se supone<sup>15</sup>. En segundo lugar, la otra importante vía de fraude, que es la que aquí nos ocupa, es la realización de contratos de trabajo simulados con los familiares o falseando la situación de convivencia o dependencia del titular para incluirlos en el Régimen General<sup>16</sup>. E incluso, en la creación de empresas para ocultar la verdadera situación e incluir al propietario de la misma como trabajador por cuenta ajena.

<sup>15</sup> Así lo dice, PIÑERO DE LA FUENTE, A.J., op. cit., pág. 52.

<sup>16</sup> Hay un supuesto en que el fraude llega a comprenderse, al menos desde mi punto de vista, me refiero al hijo menor de 18 años que trabaja en la empresa familiar. En la actualidad, los hijos suelen abandonar el hogar familiar a edades muy superiores a los 18 años, por lo que para que dicho hijo pueda estar protegido por la Seguridad Social habrá falsearse la situación de convivencia y dependencia. Y es que en el RETA no puede estar incluido por ser menor de 18 años, a pesar de realizar la actividad en las condiciones señaladas, pero sí puede incluirse en el Régimen General y ello lo será siempre que se demuestre la falta de convivencia y dependencia.

### 3.2. La ruptura de la presunción de no laboralidad

Pues bien, se han dado en la práctica numerosas situaciones fraudulentas en las que bien bajo la cobertura de empresas societarias o bien por la condición de pariente, los empresarios o sus familiares se han encuadrado en el sistema de Seguridad Social como trabajadores por cuenta ajena con el objeto de obtener prestaciones por desempleo. Es por tal motivo por lo que el INEM viene o ha venido denegando, casi de forma sistemática, las prestaciones por desempleo en los supuestos en los que el beneficiario tuviera un lazo familiar con el empresario, a veces incluso demostrándose por parte del solicitante de las prestaciones, la ruptura de la presunción *iuris tantum* de no laboralidad<sup>17</sup>. En el origen de tales actuaciones administrativas encuentran las sentencias que se comentan.

a) Estimación de la condición de trabajador por cuenta ajena por la STS de 17 de enero de 2001 (RJ 778).

En la primera de las sentencias se denegó la prestación por desempleo, por parte del INEM, al trabajador aludiendo la falta de período de carencia al no contar las cotizaciones realizadas por desempleo, como trabajador por cuenta ajena, durante el período en que su esposa ostentaba la condición de administradora y socia.

La motivación adoptada por el Tribunal Supremo para conceder las prestaciones por desempleo, rompiendo la presunción de no laboralidad, se encontraba en una serie de sentencias anteriores a las que sigue<sup>18</sup>. Son dos los motivos principales empleados:

- El primero al señalar que cuando el empresario es una persona jurídica no puede hablarse de los parientes del empresario. Si ello fuera así de rotundo podría verse como hoy en día, al adoptar la mayoría de las empresas fami-

<sup>17</sup> Realmente, el art. 7.2 establece una sola presunción y no dos como indica TORTUERO PLAZA, J.L., op. cit., pág. 11, este autor indica que: "Si se dan las reglas (parentesco y convivencia-dependencia económica) del trabajo familiar, juega la presunción *iuris tantum*, lo que determina la inexistencia de relación laboral y por tanto la exclusión de los regímenes que integran a trabajadores por cuenta ajena. Si no se dan aquéllas regla, la presunción es la contraria, a saber, su consideración de trabajador por cuenta ajena y su integración como tal en el régimen a que corresponda la actividad. Por último, y aunque se cumplan los parámetros a los que se somete la presunción, cabe prueba de laboralidad, lo que determinaría su inclusión como trabajador por cuenta ajena". Y es que realmente la presunción es única, lo que este autor denomina como presunción "contraria" no es otra cosa que la prueba o demostración de la ruptura de la presunción anterior ya que los que caracteriza a las presunciones en el ámbito jurídico es la no necesidad de prueba y en el supuesto que indica, para entenderse como trabajador por cuenta ajena al familiar es necesaria la demostración de dicha condición. Pero lo que resulta más complicado de entender es cómo puede demostrarse la laboralidad cuando se cumplan "los parámetros a los que se somete la presunción" (parentesco y convivencia-dependencia).

<sup>18</sup> Se refiere a las de 25-11-1997 (RJ 8623), 19-12-1997 (RJ 9520), 22-12-1997 (RJ 9530), 18-3-1998 (RJ 3724), 10-4-2000 (RJ 2764) y 19-4-2000 (RJ 4247).

liares formas societarias, sería difícil encontrar empresas familiares ya que al ser personas jurídicas no existe parentesco. Por ello la jurisprudencia ha matizado esta afirmación: podrá existir trabajos familiares en sociedades siempre y cuando, al levantar o traspasar el velo de la persona jurídica, el accionista mayoritario sea cónyuge o familiar hasta segundo grado de trabajadores que presten sus servicios para tales sociedades y, además, que conviva con ellos y se encuentren a sus expensas; teniendo que considerarse en tales casos a los familiares del empresario como trabajadores por cuenta propia, y por ello sin derecho a protección por desempleo.

De otro lado, resulta oportuno, respecto de las "empresas familiares" que adopten la forma de sociedad, recordar el régimen jurídico vigente, tras la adopción de la Disposición Adicional vigésimo séptima de la LGSS, que, sin duda, conllevará el que en el futuro el Tribunal Supremo matice su postura actual. Y es que la mayoría de las sentencias dictadas, al amparo de normas anteriores a esta disposición, indican que los familiares tienen la condición de propietarios cuando tengan al menos el 50% de las acciones de la empresa<sup>19</sup>.

— Junto a ello, en aplicación del art. 7.2 de la LGSS, aunque los familiares tengan la propiedad o el control efectivo de la empresa puede probarse la condición de trabajador por cuenta ajena, demostrando que "el pariente de que se trate lleva a cabo realmente una verdadera prestación de servicios debidamente retribuida".

b) Desestimación de la condición de trabajador por cuenta ajena de la STS de 13 de marzo de 2001 (AS 3838).

Ciertamente, el asunto que se plantea en esta sentencia es bien diferente: se trata de una hija que trabajó para su madre propietaria de una carnicería, habiéndose encuadrado en el Régimen General durante varios años, solicitando, posteriormente la prestación por desempleo tras haber cesado en un trabajo posterior. Evidentemente, la diferencia no es importante en el parentesco

<sup>19</sup> Por supuesto, se entenderá necesariamente que los familiares tienen el control efectivo de la empresa cuando tengan al menos la mitad de las acciones. Lo que ocurre que la DA 27ª presume, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

1ª Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado.

2ª Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3ª Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En tales supuestos, y salvo que medie la oportuna prueba en contra, dándose estas circunstancias se entenderá que se trata de una empresa del familiar para el que se presta servicios por lo que nos encontraríamos en una situación de exclusión de la condición de trabajador por cuenta ajena, salvo que por parte del familiar del "socio trabajador" con control de la sociedad se rompa la presunción de no laboralidad. Una cuestión compleja que en el futuro tendrán que aclarar los Tribunales.

ya que a todos los miembros de la familia (cónyuge y ascendientes o descendientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta segundo grado) se les aplica la misma presunción de no laboralidad.

Son dos las diferencias importantes: la primera reside en el hecho de que se trata de una solicitante de prestaciones por desempleo que efectivamente presta sus servicios en una empresa familiar que no es de tipo societario; la segunda en que para determinar la exclusión de la protección por desempleo se utiliza el art. 1.3e) ET y no el 7.2 de la LGSS, cuando, realmente habla no sólo de la convivencia, sino también del "estar a cargo", aspecto al que únicamente se refiere el precepto de la LGSS, como se dijo anteriormente.

Son dos los motivos aportados para entender que no se rompe la presunción de no laboralidad:

— El primero de ellos que en la situación examinada hay convivencia. Algún autor ha indicado que este es el aspecto más importante, al ser suficiente con ello para determinar la exclusión de la condición de trabajador por cuenta ajena por lo que "no debe darse relevancia a la expresión contenida en el art-7.2 TRLGSS de que los familiares 'estén a (su) cargo' del empresario"<sup>20</sup>, pero aunque sea cierto que la inexistencia de convivencia supone la existencia de relación laboral (ya que es difícil, aunque no imposible, de demostrar que alguien esté a cargo de un pariente sin convivir en el mismo hogar familiar), no podemos estar en absoluto de acuerdo con esta afirmación ya que de seguirla habríamos de concluir, por ejemplo, que los cónyuges del empresarios, que habitualmente convivan con ellos, jamás podrían ser considerados como trabajadores por cuenta ajena a pesar de que en los mismos pueda darse la condición de asalariados; cosa que desde luego no es lo que ocurre en la realidad<sup>21</sup>. En este supuesto se demuestra suficientemente que la solicitante de las prestaciones por desempleo vivía con su madre que es la que en la Seguridad Social figuraba como empleadora.

— Por ello, el motivo determinante era (y suele serlo en la mayoría de los supuestos) el encontrarse "a cargo" del familiar que ostenta la condición de empresario. Así, lo viene indicando la jurisprudencia desde hace algún tiempo<sup>22</sup> y poniéndolo de relieve la doctrina<sup>23</sup>; de hecho, con acierto, GARCÍA

<sup>20</sup> Como señala GÓMEZ CABALLERO, P., op. cit., pág. 36.

<sup>21</sup> Respecto de la relación laboral familiar, indicaba LUJÁN ALCARAZ, J., que "si los servicios prestados son objeto de un contrato de trabajo, la convivencia real entre los parientes tampoco estorba a esta última calificación", en *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo (Contribución al estudio del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo)*, MTSS, Madrid, 1994, pág. 227.

<sup>22</sup> Puede verse, por ejemplo, GÁRATE CASTRO en "La exclusión del cónyuge del empresario en el sistema de la Seguridad Social" JSSS, nº 6, 1989, pág. 319.

<sup>23</sup> Así lo indica PIÑERO DE LA FUENTE, A.J., op. cit., pág. 55, al indicar que debe primar la subsistencia a cargo sobre la convivencia.

NINET, indicó hace algún tiempo que la circunstancia de convivencia con el empresario no podía ser interpretada como mera convivencia física de estar o compartir el mismo techo, sino como “compartir un mismo patrimonio”, o sea se trata de una comunidad patrimonial o alimenticia, siendo habitual (aunque no descarta excepciones) que cuando existe tal comunidad patrimonial se dé la convivencia conjunta en el mismo hogar<sup>24</sup>.

En este sentido, la STS de 13-3-2001 indica que en las relaciones con los trabajadores familiares, salvo que se demuestre lo contrario, no existe relación laboral por no existir ajenidad que es una de las notas características del trabajo asalariado. Lo cual es rigurosamente cierto; de hecho, como indicó LÓPEZ ANIORTE, el fundamento y sentido de la presunción hay que hallarlo en la naturaleza propia del trabajo familiar, normalmente inmerso en un comunidad 197 de intereses y de trabajo incompatible con los lazos de dependencia —en sentido técnico laboral—, y, especialmente, con la concurrencia de las notas de ajenidad y retribución<sup>25</sup>.

Es al estudiar los elementos de la relación que vincula al familiar con el titular del negocio cuando se descubre en ella la ausencia de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo, en este caso, ha bastado con indicar que no existe ajenidad.

El problema es como lo ha hecho. Y es que, aun reconociéndose implícitamente la existencia “retribuciones” de su ascendiente, en forma de salario ya que la regulación de la relación entre madre e hija se había realizado tal y como se hace para cualquier trabajador por cuenta ajena (afiliación al Régimen General y, en coherencia con ello, cotización sobre los salarios realmente percibidos), se indica que no existe ajenidad porque “tales frutos se destinan a un fondo social o familiar común”<sup>26</sup>. Y es que lo normal en el Tribunal Supremo ha sido entender la inexistencia de “estar a cargo” cuando la retribución que se percibe no sea a costa “de un patrimonio familiar común”, como la misma sentencia reconoce en su párrafo siguiente.

El decir que no se es asalariado supone que lo que realmente los trabajadores familiares perciben contraprestación consistente en una participación en los rendimientos económicos de la actividad, corriendo igualmente con los riesgos (aunque solo sea en el terreno fáctico)<sup>27</sup>. Es posible que lo que se haya abonado como salario haya sido tal participación, aunque es difícil de demos-

<sup>24</sup> En “La regulación del trabajo familiar y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social con especial referencia al Régimen Especial de Empleados del Hogar”, Tribuna Social nº 6, 1991, pág. 26.

<sup>25</sup> En *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, op. cit., págs. 197 y 198.

<sup>26</sup> Lo de “fondo social” parece referirse a la sociedad familiar.

<sup>27</sup> Como apunta LAFUENTE SUÁREZ, J.L en “La inclusión de familiares colaboradores en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos”, Tribuna Social nº 37, 1994, pág. 63.

trar ya que, que se sepa, desde el punto de vista civil y mercantil la titularidad del patrimonio es de la madre, no existe una comunidad de bienes en ese negocio jurídico empresarial. Y aunque de facto se presume tal situación por la jurisprudencia social, el razonamiento dado para indicar la inexistencia de ajenidad indicando que “no cabe apreciar(la) cuando tales frutos o resultados se destinan a un fondo social o familiar común”, deja mucho que desear ya que es imposible conocer en que se ha gastado la hija el “salario” percibido de su relación con su madre, siendo probable que dicho dinero haya servido para obtener un cierto grado de “independencia”, que necesita cualquier hijo adulto, respecto de sus padres y ello no es desde luego “compartir un mismo patrimonio” sino más bien todo lo contrario. De hecho, en la actualidad, los hijos mayores que no pueden abandonar el hogar paterno, en la mayoría de los casos por el coste de la vivienda, cuando encuentran un trabajo utilizan el salario obtenido para evitar depender económicamente de sus padres, dejando de “estar a cargo” de los mismos, pese a vivir en el mismo lugar.

Todo ello, de alguna manera, viene a entrar en contradicción con una de las motivaciones principales establecidas en la STS de 17 de enero de 2001, anteriormente señalada, esto es, habrá relación laboral, y por tanto inclusión en el Régimen General con la correspondiente prestación por desempleo, cuando “el pariente de que se trate lleva a cabo una verdadera prestación de servicios debidamente retribuida”.

Por ello en este caso se ha presumido una situación que no ha sido probada, la de destinar los frutos o resultados a “un fondo social o familiar común” ya que en ningún momento se dijo para qué se utilizaban las rentas obtenidas por el trabajo realizado en la carnicería. La Sala ha presumido, que no probado, la ajenidad pero nada ha dicho de la dependencia ni de la retribución. hubiera sido oportuno y necesario entrar en esos dos elementos; al no haberlo hecho así, la sensación que se tiene es la de no haberse sopesado o reflexionado suficientemente el asunto planteado.