

Contratación de los hijos del trabajador autónomo menores de 30 años y prestación por desempleo: un derecho subordinado a la ausencia de convivencia.

STS-SOC núm. 760/2019, de 12 de noviembre.

Belén García Romero

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

Resumen: *La sentencia comentada analiza el problema del derecho a la cobertura por desempleo de los hijos de los trabajadores autónomos que prestan servicios para su padre en virtud de un contrato de trabajo, celebrado al amparo de la disposición adicional 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA).*

Palabras clave: *Hijo de autónomo, prestación por desempleo.*

Abstract: *The Supreme Court analyzes in the current decision the right to unemployment coverage of the children of self-employed workers who provide services for their father under an employment contract, concluded under the additional provision 10 of Law 20 / 2007, of July 11, which approves the Statute of the Autonomous Worker (LETA).*

Keywords: *Self-employed child, unemployment benefit.*

I. Introducción

La sentencia comentada analiza el problema del derecho a la cobertura por desempleo de los hijos de los trabajadores autónomos que prestan servicios para su padre en virtud de un contrato de trabajo, celebrado al amparo de la disposición adicional 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA).

En efecto, la posibilidad de suscribir un contrato de trabajo con un hijo menor de 30 años o mayor de esta edad con especiales dificultades de inserción laboral, fue incorporada en la LETA, mediante la disposición adicional 10ª, de modo que, aun existiendo convivencia, el hijo del autónomo puede ser trabajador asalariado de su progenitor. Esa misma disposición señala, a continuación, que, “en este caso”, la cobertura protectora dispensada a los familiares contratados no incluirá la cobertura por desempleo.

Esta norma ha sido objeto de interpretación contradictoria en sede judicial. Así, por una lado, la sentencia recurrida considera que los hijos del autónomo que prestan servicios para su padre mediante un contrato de trabajo no tendrán en ningún caso derecho a la prestación por desempleo. En cambio, la sentencia de contraste realiza una interpretación más favorable, al estimar que únicamente quedará excluida la

cobertura por desempleo de la acción protectora dispensada a aquellos cuando exista convivencia de los hijos contratados con sus progenitores empleadores.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

Fecha y número de la resolución judicial: sentencia núm. 760/2019, de 12 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 2524/2017.

ECLI: ES:TS:2019:3860.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El objeto del recurso de casación para la unificación de doctrina planteado se centra en determinar si procede reconocer la prestación por desempleo a un trabajador, menor de 30 años, que presta servicios para su padre en virtud de un contrato de trabajo, pero que no convive con el mismo.

1. Hechos probados

El actor estuvo prestando servicios para su padre durante 365 días mediante un contrato para la formación, y durante más de 9 años (del 10 de enero de 2006 al 31 de mayo de 2015) con un contrato de trabajo indefinido y a jornada completa. Al término de este último contrato solicitó -dentro del plazo establecido- prestación contributiva por desempleo al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), en forma de pago único.

En el caso que nos ocupa queda acreditado el hecho de que el demandante ni convive con el empresario, ni depende económicamente de él para considerarse que esté a su cargo; toda vez que este conforma su propia unidad familiar y de convivencia (con su esposa e hijo), ajena e independiente a la del propio empresario durante el periodo de referencia, por cuanto desde el 15-09-2009 pasó a residir en su propio domicilio, distinto del de su padre empleador.

La solicitud del actor fue denegada por el SPEE el 22 de junio de 2015, basándose en que el periodo de cotización ocupado, en los últimos seis años incluía cotizaciones que no podían ser computadas, no alcanzando el mínimo requerido de 360 días cotizados.

El actor interpuso reclamación previa, 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, incluida la protección por desempleo. Esta reclamación fue desestimada mediante resolución de 23 de julio de 2015, en base a que cuando sobreviene la situación legal de desempleo era familiar del empresario hasta el segundo 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.

El actor interpuso reclamación previa de nuevo alegando su condición de trabajador por cuenta ajena, afiliado al RGSS y cotizando por todas las contingencias, incluida la prestación por desempleo, así como el hecho de que no convivía con su progenitor.

Esta reclamación fue desestimada mediante resolución de 22 de septiembre de 2015, en el sentido de considerar que, tras la entrada en vigor de la Ley 20/2007, resulta irrelevante si el interesado convivía o no con su padre, o si dependía económicamente de él.

Contra la citada resolución, el actor formuló una demanda contra el SPEE sobre prestación por desempleo, que fue desestimada por el Juzgado de lo Social número 3 de Jaén, absolviendo a la Entidad gestora demandada de las prestaciones en su contra.

Dicha sentencia fue recurrida en suplicación por el trabajador y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, dictó sentencia en fecha de 23 de febrero de 2017 (rec. 2234/2016), en la que desestima la pretensión de la parte actora y confirma la sentencia de instancia.

Contra dicha sentencia, la representación de la parte actora interpuso un recurso de casación para la unificación de doctrina, 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, de 16 de julio de 2015 (rec. 1760/2014).

2. Sentencia recurrida y sentencia de contraste

La sentencia recurrida, dictada por el TSJ de Andalucía, sede Granada, de 23 de febrero de 2017 (rec. 2234/2016), reiterando la doctrina sostenida por la misma Sala en Sentencia de 30 noviembre de 2011, entendió que era de aplicación lo dispuesto en la D.A. 10ª de la LETA, que estaba en vigor en la fecha de finalización de la relación laboral en la empresa y cuando se formuló la solicitud de la prestación por desempleo al SPEE, fechas 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. De acuerdo con este pronunciamiento, “es irrelevante si existe o no convivencia y dependencia”, porque “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”.

La sentencia de contraste es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 16 de julio de 2015 (rec. 2234/2016), estimatoria del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Cuenca, de 25 de julio de 2014, sobre desempleo. En el caso analizado en esta sentencia, el actor había prestado servicios como camarero para su padre, en virtud de dos contratos indefinidos, a jornada completa, el primero de diez años y medio de duración (desde el 1 de junio de 2001 al 31 de diciembre de 2011) y, el segundo, celebrado a los seis meses de concluido el anterior, de 3 meses de duración. En ambos casos, los contratos finalizaron por despido por causas objetivas. El trabajador, que en la fecha de la segunda extinción tenía 28 años y no convivía con su padre y empleador en el domicilio familiar desde julio de 2010, solicitó la prestación por desempleo en la modalidad de pago único, que le fue reconocida inicialmente por el SPEE, si bien, cuatro meses más tarde, la Dirección Provincial de la entidad gestora inició expediente administrativo de revisión, con propuesta de revocación y suspensión cautelar del abono de la prestación por desempleo reconocida, considerando que, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional décima de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, “la contratación de los hijos del trabajador autónomo menores de 30 años están excluidos del ámbito de la protección por desempleo”, por lo que declaró indebidamente percibida dicha prestación. La sentencia entendió que la interpretación conjunta de los preceptos mencionados conduce a estimar que “si bien el hijo menor de 30 años conviviente con su padre-empresario puede ser contratado por este como trabajador por cuenta ajena sin necesidad de destruir la presunción desfavorable a la existencia de relación laboral”, quedará en tal caso excluido de la protección por desempleo. Ahora bien, una vez “desaparecida la convivencia y acreditada la independencia económica del hijo

menor de tal edad, la relación laboral despliega su total efectividad en el ámbito de la Seguridad Social, incluida la prestación por desempleo”.

IV. Posiciones de las partes

En el procedimiento objeto de análisis se enfrenta un trabajador menor de treinta años, que ha venido prestando servicios en la empresa de su padre, con la condición de trabajador asalariado contra el SPEE.

El trabajador reclama su derecho a percibir prestación contributiva por desempleo, tras la finalización de su contrato de trabajo con la empresa de su padre, con el que no convivía en el momento de la solicitud, habiendo cotizado al RGSS desde 1 octubre de 2005 al 31 de mayo de 2015 por todas las contingencias, incluidas las cotizaciones por desempleo.

Por su parte, el SPEE deniega la solicitud del trabajador con el argumento de que en el momento de la solicitud 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.

V. Normativa aplicable al caso

Las principales normas tomadas en consideración para resolver la cuestión controvertida son la disposición adicional 10ª de la Ley 20/2007, de 11 de julio (LETA); el artículo 1.3.e) del ET (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), y el art. 12 de la LGSS (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social). Así:

- La Disposición adicional décima de la LETA, relativa al encuadramiento en la Seguridad Social de los hijos del trabajador autónomo, establece que 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 del desempleo.

- De acuerdo con el Art. 1.3 e) del ET, se excluye del ámbito de aplicación regulado por el ET: “Los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se considerarán 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 su parte, el Artículo 12. LGSS, bajo la rúbrica “Familiares”, señala lo siguiente:

“1. 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.

2. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, y de conformidad con 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 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”.

VI. Doctrina básica

En relación con la calificación jurídica de los trabajos familiares, el art. 1.3 e) ET como también, a efectos de su inclusión en el sistema de la Seguridad Social, el 12.1 LGSS de 2015 (en la misma línea que el art. 7.2 LGSS de 1994) contienen una presunción *iuris tantum* de no laboralidad de las relaciones de servicio entre los parientes que enumera (cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción), que estén ocupados en su centro o centros de trabajo, cuando, además, convivan en su hogar y estén a su cargo, salvo que se demuestre su consideración de trabajadores por cuenta ajena.

De manera complementaria, el artículo 305.1 k) LGSS declara expresamente comprendidos en el RETA al “cónyuge y parientes del trabajador por cuenta propia que, de conformidad con lo establecido en el artículo 12. 1 realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de personas asalariadas.

Ello significa que, en caso de prestación de servicios para uno de los parientes relacionados en los preceptos mencionados, dicha prestación se presumirá que es por cuenta propia si hay convivencia y dependencia económica, “salvo prueba en contrario”. Se trata de una presunción “*iuris tantum*” y, por lo tanto, incluso mediando convivencia, es posible destruir la presunción de no laboralidad de los servicios prestados por el familiar. 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 solo hecho de ser parientes sus titulares. En el caso enjuiciado la suma de las participaciones sociales del actor y su familia cubrían el 45% del capital social, por lo que el Tribunal consideró que ello no permitía afirmar la existencia de un patrimonio familiar común y que, por tanto, no quedaba desvirtuada la nota de ajenidad. Por otro lado, se declaró probado que el actor trabajó y percibió retribución, lo que llevó a declararlo trabajador por cuenta ajena y, como tal, con derecho a la protección por desempleo, de la que no podía quedar excluido por el simple hecho de su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones. En sentido análogo se pronuncia la STS de 25 noviembre de 1997 (rec. 771/1997), que reconoció el derecho a la prestación por 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.

Ahora bien, en caso de que no exista convivencia entre los parientes no se aplica la presunción de que dicha relación es la de “trabajos familiares” y, en consecuencia, la prestación de servicios será calificada como trabajo por cuenta ajena si se dan las notas de laboralidad del artículo 1.1. ET.

En otras palabras, el trabajo entre familiares podrá calificarse como trabajo por cuenta ajena, si no media convivencia, y también, en caso de convivencia con el pariente empleador, si se prueba la condición de asalariado de la persona que presta los servicios (destruyendo la presunción de no laboralidad contenida en el art. 1.3 e)

ET y 12 LGSS). En tal caso, se aplicarán las normas generales reguladoras de la protección por desempleo, para determinar el derecho de las personas empleadas por un familiar a las correspondientes prestaciones al término de su relación laboral.

En el caso específico de los hijos del trabajador autónomo menores de 30 años (o los mayores de esta edad que tengan especiales dificultades de inserción, en los términos establecidos en el artículo 12 LGSS y DA 10ª de la LETA), la disposición adicional décima de la LETA establece un derecho de opción a favor del titular del negocio para que pueda elegir si celebra un contrato mercantil con sus hijos y que estos queden encuadrados en el RETA (o, en su caso, en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar) o, alternativamente, un contrato de trabajo, aunque convivan con él, quedando encuadrados en el RGSS (o en el régimen especial que corresponda), si bien, en este último caso y solo si existe convivencia con el padre empleador, quedarán excluidos de la cobertura por desempleo.

VII. Parte dispositiva

La STS 760/2019, de 12 de noviembre, estima el recurso de casación interpuesto, casa y anula la sentencia recurrida, y declara el derecho del actor a percibir la prestación por desempleo por el tiempo legalmente previsto, condenando al SPEE a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente.

VIII. Pasajes decisivos

Del tenor literal de la DA 10ª LETA, *“resulta que se excluye la cobertura por desempleo de los hijos menores de treinta años contratados por trabajadores autónomos, cuando convivan con él”*. 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”*.

(...) “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 (...), pues puede constituir un indicio de dependencia económica”.

(...) “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 asalariados de quienes los llevan a cabo, (...), siempre que convivan con el empresario”.

“Por tanto, un hijo no conviviente, aunque haya sido contratado por su progenitor, no está excluido del ámbito de aplicación del ET”.

“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”.

(...) “Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena”.

IX. Comentario

La sentencia comentada arroja luz sobre la calificación como laboral o no de las prestaciones de servicios entabladas entre parientes. Un elemento decisivo a considerar es la existencia o no de convivencia entre el empleador y su familiar (cónyuge y ascendientes y descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad).

La duda acerca de la laboralidad de la relación se plantea solo en los supuestos en que existe convivencia, pues, salvo prueba en contrario, dicha relación quedaría excluida del ámbito del Estatuto de los Trabajadores (ex art. 3.1 e) ET), quedando encuadrada como trabajo por cuenta propia en el ámbito del RETA o del régimen especial que corresponda (art. 12 LGSS). Pero, como se ha señalado, se trata de una presunción "iuris tantum" que puede destruirse y demostrar la condición de trabajador asalariado del familiar del autónomo empleador con el que convive.

En el caso particular de los hijos del empresario autónomo menores de 30 años, o mayores de esta edad, con especiales dificultades de inserción, la disposición adicional 10ª LETA permite celebrar con ellos un contrato de trabajo, pese a la existencia de convivencia, o si lo prefiere, concertar un contrato mercantil como trabajadores por cuenta propia. En cada caso, los hijos tendrán la cobertura social que corresponda a su situación de trabajadores asalariados o autónomos. Ahora bien, si se celebra un contrato de trabajo por parte de un empresario con su hijo con el que convive, este no tendrá derecho a la prestación por desempleo. Pero sí, si el contrato se celebra no mediando convivencia ni dependencia económica.

En cuanto a las consecuencias de la opción paterna a favor del contrato de trabajo o de un contrato de arrendamiento de servicios, podemos tratar de valorarlas tanto desde la perspectiva de sus ventajas para el empleador, cuanto de la protección social del hijo en caso de extinción del contrato.

Así, en primer lugar, para el titular del negocio, ambas posibilidades ofrecen ventajas, ya que las dos se encuentran incentivadas por el legislador, a través de bonificaciones en las cotizaciones sociales que se aplican tanto en caso de contratación indefinida de familiares del empresario (Disposición Adicional 7ª de la Ley 6/2017, de 24 octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo) como también en caso de alta de familiares colaboradores en el RETA (art. 35 de la Ley 31/20015, de Promoción del Trabajo Autónomo y Economía Social).

Así, de un lado, la contratación indefinida por parte del trabajador autónomo como trabajadores por cuenta ajena de su cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, dará derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100 por 100 durante un período de 12 meses.

En el caso de hijos del trabajador autónomo deberán ser menores de 30 años o, aun siendo mayores de 30 años, tengan especiales dificultades para su inserción laboral, conforme señala la disposición adicional sexta de la Ley 6/2017. Para poder acogerse a esta bonificación será necesario que el trabajador autónomo no hubiera extinguido contratos de trabajo, bien por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido declarados judicialmente improcedentes, bien por despidos colectivos que hayan sido declarados no ajustados a Derecho, en los doce meses anteriores a la celebración del contrato que da derecho a la bonificación prevista. El empleador deberá mantener el nivel de empleo en los seis meses posteriores a la celebración de los contratos que dan derecho a la citada bonificación. A efectos de examinar el nivel de empleo y su mantenimiento, no se tendrán en cuenta las extinciones de contratos de trabajo por causas objetivas o por despidos disciplinarios que no hayan sido declarados improcedentes, los despidos colectivos que no hayan sido declarados no ajustados a Derecho, así como las extinciones causadas por dimisión, muerte o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el periodo de prueba.

De otro lado, por lo que respecta a las bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos, se establece que el cónyuge, pareja de hecho y familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, que se incorporen al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, siempre y cuando no hubieran estado dados de alta en el mismo en los 5 años

inmediatamente anteriores y colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate, incluyendo a los de los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, tendrán derecho a una bonificación durante los 24 meses siguientes a la fecha de efectos del alta equivalente al 50 por ciento durante los primeros 18 meses y al 25 por ciento durante los 6 meses siguientes de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el Régimen Especial, o Sistema Especial en su caso, de trabajo por cuenta propia que corresponda. A efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.

En segundo lugar, en lo que se refiere a la cobertura social de la extinción de la relación laboral del familiar contratado o a la de cese temporal o definitivo en el trabajo por cuenta propia del familiar colaborador, como ya se ha señalado, dicha situación podrá estar cubierta por la prestación por desempleo, si la relación se califica por cuenta ajena y se cumplen los requisitos legales establecidos en el artículo 266 LGSS (encontrarse en situación legal de desempleo, acreditar el periodo mínimo de cotización, etc.). Además, en el caso específico de los hijos del autónomo contratados como asalariados, si no media convivencia, se tendrá derecho a la cobertura del desempleo si se cumplen las condiciones del artículo 266 LGSS. En el caso de familiares colaboradores por cuenta propia con alta en el RETA, en el SETA o en RETAMAR, la situación de cese total e involuntario- ya sea temporal o definitivo- en la actividad que originó el alta en el régimen especial podrá dar lugar a percibir la prestación por cese de la actividad, regulada en el título V de la LGSS (arts. 327-350). En este sentido, debe tenerse en cuenta la modificación operada en el TRLGSS por la disposición final segunda del Real Decreto Ley 28/2018, de 28 de diciembre. Entre los cambios introducidos, algunos han afectado de manera importante al sistema específico de protección por el cese de actividad^[1] (modificando los arts. 327, 329, 337, 338, 344, 350 LGSS), que pasa a tener el carácter de obligatorio (art. 327 LGSS), al tiempo que se ha mejorado la regulación de los requisitos, cuantía y duración de la prestación, con vistas a lograr una mayor equiparación del trabajo autónomo respecto del trabajo por cuenta ajena en materia de protección social.

Por último, señalar que es posible capitalizar tanto la prestación por desempleo como la de cese de actividad de los trabajadores autónomos. Así, la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, regula esta modalidad para la prestación por desempleo (artículo 34) y también para la prestación por cese de actividad (artículo 39), cuando acrediten ante el órgano gestor que van a realizar una actividad profesional como trabajadores autónomos o destinen el 100 por cien de su importe a realizar una aportación al capital social de una entidad mercantil de nueva constitución o constituida en el plazo máximo de doce meses anteriores a la aportación, siempre que vayan a poseer el control efectivo de la misma, conforme a lo previsto por la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y a ejercer en ella una actividad profesional, encuadrados como trabajadores por cuenta propia en el Régimen Especial de la Seguridad Social correspondiente por razón de su actividad.

X. Apunte final

El Tribunal Supremo resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina acogiendo la tesis más favorable sostenida por la sentencia de contraste. Dicha interpretación es desde nuestro punto la correcta, a la vista de la normativa aplicable y,

muy especialmente, teniendo en cuenta el tenor literal de la disposición adicional 10ª de la LETA.

A partir de este pronunciamiento queda claro que únicamente en caso de convivencia entre familiares y el autónomo para el que se prestan servicios pueden plantearse dudas acerca de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios, pues, en ausencia de la misma, cualquier pariente puede prestar servicios mediante un contrato de trabajo para un familiar empresario y tendrá derecho a la cobertura social correspondiente, sin ninguna excepción.

En el supuesto de los parientes enumerados en los artículos 1.3 e) ET y 12 LGSS, existe una presunción “iuris tantum” acerca del carácter no laboral de los servicios, cuando conviven con el autónomo empleador, considerándose “colaboradores” del mismo.

Tratándose de los hijos menores de 30 años –o mayores con especiales dificultades de inserción laboral por razón de su discapacidad- la novedad que introduce la disposición adicional 10ª de la LETA consiste en 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, toda vez que da posibilidad al autónomo de celebrar un contrato de trabajo con cualquiera de sus hijos, aunque conviva con ellos.

Lógicamente, si no existe convivencia entre los hijos y el autónomo también puede concertarse un contrato de trabajo y, en tales circunstancias, la cobertura social será la prevista en el régimen de la Seguridad Social que corresponda a cualquier trabajador por cuenta ajena, incluida, en su caso, la cobertura del desempleo.

En definitiva, solo en caso de extinción del contrato que vincula al hijo menor de 30 años (o mayor con discapacidad) con su padre con el que convive, el trabajador asalariado no tendrá derecho a la prestación por desempleo. Ello resulta claramente de la expresión utilizada por el legislador en el párrafo 1 de la DA 10ª de la LETA “en este caso”, que debe ponerse en relación con la frase anterior “aunque convivan con ellos”, en el sentido de que la posibilidad que brinda al autónomo de suscribir un contrato de trabajo con su hijo con el que convive, no comporta el acceso a la protección por desempleo mientras exista dicha convivencia.

Referencias:

1. [^] *El sistema está regulado por LGSS, aprobado por RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre- título V, modificado por RDL 28/2018, de 28 de diciembre (DF 2ª) y RD 1541/2011, de 31 de octubre, que desarrolla este sistema.*