



Roj: STSJ AS 2753/2013 - ECLI:ES:TSJAS:2013:2753
Id Cendoj: 33044340012013101624
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Oviedo
Sección: 1
Nº de Recurso: 1276/2013
Nº de Resolución: 1634/2013
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: ISOLINA PALOMA GUTIERREZ CAMPOS
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL

OVIEDO

SENTENCIA: 01634/2013

T.S.J.ASTURIAS SALA SOCIAL OVIEDO

C/ SAN JUAN Nº 10

Tfno: 985 22 81 82

Fax:985 20 06 59

NIG: 33044 34 4 2013 0101329

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001276 /2013

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000636/2012 JDO. DE LO SOCIAL nº 004 de OVIEDO

Recurrente/s: Gregoria

Abogado/a: FELIX ARNAEZ CRIADO

Recurrido/s: SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO

Abogado/a: ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA Nº 1634/13

En OVIEDO, a seis de Septiembre de dos mil trece.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la Sala de lo Social del T.S.J. de Asturias, formada por los Ilmos Sres. D^a. MARIA ELADIA FELGUEROSO FERNANDEZ, Presidente, D. FRANCISCO JOSE DE PRADO FERNANDEZ, D^a. PALOMA GUTIERREZ CAMPOS y D^a. MARIA PAZ FERNANDEZ FERNANDEZ, Magistrados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0001276/2013, formalizado por el Letrado D. FELIX ARNAEZ CRIADO, en nombre y representación de Gregoria , contra la sentencia número 251/2013 dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 4 de OVIEDO en el procedimiento DEMANDA 0000636/2012, seguidos a instancia de Gregoria frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO, siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra **D^a PALOMA GUTIERREZ CAMPOS** .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D^a. Gregoria presentó demanda contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 251/2013, de fecha veinticuatro de Abril de dos mil trece .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

1º) En fecha 2 de febrero de 2012 la actora solicita prestación por desempleo que fue denegada por resolución de 10 de febrero de 2012 por no acreditar la condición de trabajadora por cuenta ajena, conforme al Art. 205 de la LGSS en relación con el Art. 1.3 del ET , pues en el momento de la situación legal de desempleo era familiar de la empresaria hasta 2º grado, convivía con ella y estaba a su cargo.

2º) Disconforme con la anterior resolución la actora interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución del SPEE de fecha 1 de junio de 2012.

3º) La actora convivió desde 1985 hasta el 1 de mayo de 1996 en el domicilio de la calle DIRECCION000 nº NUM000 - NUM001 NUM002 de Oviedo con Norberto , Doña Ángela , Doña Delia y Doña Irene , y desde el 1 de mayo hasta el 6 de febrero de 2012 en el domicilio CALLE000 nº NUM003 - NUM001 NUM004 con D. Carlos Francisco .

En la solicitud de desempleo la actora designó como domicilio el de la DIRECCION000 . En las resoluciones del INSS remitidas a la actora que obran en su ramo de prueba consta como domicilio la calle DIRECCION000 .

4º) Doña Gregoria es hija de Doña Ángela .

La actora prestó servicios como dependienta desde el 21 de marzo de 1988 al 31 de enero de 2012 en que cesa la prestación de servicios por jubilación del empresario. La actora está dada de alta en la TGSS en fecha 21 de marzo de 1988.

Doña Ángela estaba dada de alta en el RETA en la actividad de comercio al por menor de prendas de vestir. Obra aportado informe de vida laboral del empresario en el que figura que a lo largo de su actividad tuvo de alta a 7 empleados, uno de ellos su hija.

5º) Por sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo, de fecha 26 de julio de 2012 , se declaró la disolución por divorcio del matrimonio formado por Doña Gregoria y Don Carlos Francisco , aprobándose la propuesta de convenio regulador de fecha 25 de enero de 2012. En el convenio regulador se atribuyó el uso y disfrute del inmueble a la actora.

6º) La actora inició proceso de IT derivado de enfermedad común el 19 de septiembre de 2009 con dx de episodio psicótico agudo, siendo alta médica el 8 de marzo de 2011.

7º) Obra en el expediente que la Inspección de Trabajo giró visita a la empresa el 22/01/90 y requirió la presentación de documentación que cita al dorso.

8º) El SPEE remitió carta a la actora requiriéndola para aportar comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social de la relación de parentesco que mantenía con la empresaria a efectos de contratación de un familiar.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Se desestima la demanda formulada por la actora DOÑA Gregoria , contra el INSTITUTO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones formuladas en su contra".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Gregoria formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en fecha 1 de julio de 2013.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 11 de julio de 2013 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda formulada por la actora en reclamación de la prestación de desempleo, que fue denegada en vía administrativa por no acreditar la condición de trabajadora por cuenta ajena al ser familiar de la empresaria hasta el 2º grado, convivir con ella y estar a su cargo. Frente a la misma se formula recurso de suplicación con el fin de examinar el derecho aplicado.

Por el cauce procedimental del artículo 193 c) LJS se denuncia infracción, por incorrecta aplicación, de los artículos 1.3 e) ET y 7.2 LGSS, en relación con los artículos 205.1 LGSS y 40 del Real decreto 84/1996, y por inaplicación del artículo 25.1 del Real Decreto 1258/1987. Considera la recurrente, en primer lugar, que la convivencia con la progenitora no excluye por sí sola el derecho a percibir la prestación reclamada. En segundo lugar, la falta de prueba sobre el salario percibido, y el incumplimiento del artículo 40 del Real decreto 84/1996 que exige la presentación por el empresario de una declaración sobre las características de la contratación a realizar, son cuestiones íntimamente unidas, y desde el momento en que la recurrente está en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social no cabe cuestionar si estamos ante un trabajador por cuenta ajena, ya que el artículo 25.1 del Real Decreto 1258/1987, que es el aplicable al caso dada la fecha en que se cursó el alta de la demandante en la Tesorería General de la Seguridad Social, establece unas competencias para esta que no se recogen en el artículo 40 del Real decreto 84/1996, pudiendo, incluso, denegar la inscripción si no se acredita la relación por cuenta ajena.

SEGUNDO.- Según se declara probado, la recurrente prestó servicios como dependiente en empresa de la que era titular su madre desde el 21 de marzo de 1988 hasta el 31 de enero de 2012. Fue dada de alta en la Tesorería General de la Seguridad Social el 21 de marzo de 1988. Convivió con sus padres hasta el año 1996, año en que contrajo matrimonio, conviviendo con su marido hasta el 6 de febrero de 2012. Extinguido su contrato por jubilación de la empresaria, solicita las prestaciones por desempleo el 2 de febrero de 2012.

La juzgadora de instancia desestima la demanda porque la actora convive actualmente con su madre, y principalmente, porque no acredita la percepción de un salario, además de no constar cumplida la obligación que impone el artículo 40 del Real decreto 84/1996 a cerca de la declaración que ha de presentar el empresario y el familiar.

Si bien no es el requisito de la convivencia imprescindible para reconocer la prestación cuando concurren el resto de las circunstancias que permiten calificar la relación que vincula a las partes como laboral, máxime cuando en este caso, la recurrente, en la fecha del hecho causante convivía con su marido en domicilio distinto al de sus padres, y esta situación se mantuvo a lo largo de 16 años, si es la percepción del salario la circunstancia que califica o descalifica la relación como tal.

La reciente sentencia del TS de 13-6-2012, recurso 1628/2011, compendia la doctrina jurisprudencial al respecto, argumentando que "por supuesto cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo. Pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción "iuris tantum" a favor del trabajo familiar no asalariado que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 (sic) del ET. A la luz de ese razonamiento se ha llegado a la conclusión estimatoria de la pretensión en las sentencias citadas de 25 de noviembre y 19 de diciembre de 1997 y 19 de abril de 2000 (RCUd núm. 771/1997, 1048/1997 y 770/1999) y desestimatoria en las sentencias de 29 de octubre de 1990 y 13 de marzo de 2001 (Rec. núm. 57/1990 y RCUd núm. 1971/2000). La sentencia de 25 de noviembre de 1997 (RCUd núm. 771/1997) razonaba que: "tanto el Art. 1.3 e) del ET, como el Art. 7.2 de la LGSS, 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, el parentesco entre la actora y la empresaria, y la ausencia de prueba sobre la retribución percibida (no constan nóminas, transferencias bancarias, declaraciones de la renta ...) impiden hablar de una trabajadora por cuenta ajena y, por tanto que pueda estar protegida de la contingencia de desempleo.

Discutiéndose el percibo de una retribución, y no aportándose prueba alguna sobre este extremo, no queda acreditada la condición de asalariada de la demandante ni se rompe la presunción de no laboralidad de la relación de quien trabaja, convive y está a cargo del familiar titular de la empresa. Presunción esta que

tampoco queda destruida con el alta de la recurrente en la Seguridad Social, pues a parte de que se realiza con una simple declaración del empresario y del familiar, ni la existencia de nóminas, contrato de trabajo escrito, e incluso cotizaciones al Régimen General de la Seguridad Social, destruyen -por sí solos y sin otros elementos que evidencien, por ejemplo, la transmisión patrimonial efectiva de la retribución que pudiera facultar una vida independiente- la presunción legal en favor de la no laboralidad del trabajo familiar. Es precisamente esa presunción legal lo que la actora, que sostiene la concurrencia del vínculo jurídico laboral, debió destruir mediante prueba idónea que acreditara la ajenidad, la dependencia y la retribución que son sus tres principales elementos configuradores.

Las consideraciones expuestas conducen, en definitiva, a desestimar el recurso, y a confirmar la sentencia de instancia impugnada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Gregoria contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo, dictada en los autos seguidos a su instancia contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO, sobre Reclamación de Cantidad, y en consecuencia confirmamos la resolución impugnada.

Medios de impugnación

Se advierte a las partes que contra esta sentencia cabe interponer **recurso de casación para la unificación de doctrina**, que habrá de prepararse mediante escrito suscrito por letrado, presentándolo en esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la misma, y en los términos del Art. 221 de la LRJS y con los apercibimientos en él contenidos.

Tasas judiciales para recurrir

La interposición de recurso de casación en el orden Social exige el **ingreso de una tasa** en el Tesoro Público. Los términos, condiciones y cuantía de este ingreso son los que establece la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, en los artículos 3 (sujeto pasivo de la tasa), 4 (exenciones a la tasa), 5 (devengo de la tasa), 6 (base imponible de la tasa), 7 (determinación de la cuota tributaria), 8 (autoliquidación y pago) y 10 (bonificaciones derivadas de la utilización de medios telemáticos). Esta Ley tiene desarrollo reglamentario en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Están **exentos** de la tasa para recurrir en casación: a) Los trabajadores; b) Los beneficiarios de la Seguridad Social; c) Los funcionarios y el personal estatutario; d) Los sindicatos cuando ejerciten un interés colectivo en defensa de los trabajadores y beneficiarios de la Seguridad Social; e) Las personas físicas o jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita; f) El Ministerio Fiscal; g) La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas; h) Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; j) Las personas físicas o jurídicas distintas de las mencionadas en los apartados anteriores e incluidas en el Art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, dentro de los términos previstos en esta disposición.

Pásense las actuaciones al Sr/a. Secretario para cumplir los deberes de publicidad, notificación y registro de la Sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.