



Roj: STSJ PV 2840/2010 - ECLI:ES:TSJPV:2010:2840
Id Cendoj: 48020340012010102044
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Bilbao
Sección: 1
Nº de Recurso: 810/2010
Nº de Resolución: 1384/2010
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JUAN CARLOS BENITO-BUTRON OCHOA
Tipo de Resolución: Sentencia

RECURSO Nº: 810/10

N.I.G. 00.01.4-10/000346

SENTENCIA Nº:

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO

En la Villa de Bilbao, a dieciocho de mayo de dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. MANUEL DIAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. JUAN CARLOS ITURRI GÁRATE y D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación interpuesto por INEM contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 (Donostia) de fecha ocho de Enero de dos mil diez, dictada en proceso sobre RDE, y entablado por Antonio frente a INEM y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL .

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JUAN CARLOS BENITO BUTRÓN OCHOA, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.- D. Antonio con D.N.I. NUM000 ha venido prestando sus servicios para D. Hipolito con la categoría profesional oficial de 1º carnicero, desde el 13 de noviembre de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2008 y percibiendo un salario mensual de 1609,74 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

2º.- D. Hipolito y D. Antonio son hermanos.

3º.- Con fecha 31 de octubre de 2008 la empresa D. Juan Pajuelo Vaquero notifico a su hermano carta de despido basado en causas objetivas y con efectos del 30 de noviembre de 2008.

4º.- En el certificado de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento de Rentaría, ambos hermanos conviven en el domicilio familiar sito en la AVENIDA000 nº NUM001 NUM002 de Rentaría.

5º.- Con fecha 15 de diciembre de 2008 el actor solicitó reonocimiento de una prestación contributiva que se desestima mediante resolución de 19 de diciembre de 2008.

Disconforme con la misma en fecha 28 de enero de 2009 el trabajador interpone reclamación previa, la cual también es desestimada en primer lugar porque no se le puede considerar trabajador por cuenta ajena

y en segundo lugar, por no tener acreditado período mínimo de cotización. E interpone demanda ante este juzgado en fecha 9 de julio de 2009.

6º.- D. Hipolito es propietario de una vivienda en la AVENIDA001 NUM003 . NUM004 NUM005 , conforme escritura pública de compraventa de fecha 2 de marzo de 1998.

7º.-D. Hipolito no cambio de comicio en el empadronamiento por desconocimiento."

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que debo estima y estimo la demanda interpuesta por D. Antonio frente al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL Y D. Hipolito y en consecuencia, debo declarar el derecho del trabajador al percibo de la prestación de desempleo desde el 1 de diciembre de 2008, debiendo condenar al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL al abono de dicha prestación. Y debo absolver y absuelvo a D. Hipolito de todos los pedimentos realizados contra la misma."

TERCERO .- Frente a dicha resolución se interpuso el recurso de Suplicación, que fué impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia ha estimado la demanda del trabajador demandante que solicita la prestación de desempleo bajo la condición de ser hermano del propietario y empresario, que supuestamente mantenía un empadronamiento o domicilio coincidente, según el devenir administrativo del organismo autónomo, que ha denegado inicialmente tal prestación. Como quiera que la Juzgadora de instancia considera que el simple dato administrativo es erróneo, por cuanto no cambió el domicilio por desconocimiento, siendo la realidad que no se dan los nexos de convivencia, admite el derecho a la prestación con reproducción exhaustiva de nuestra sentencia de 9 de octubre de 2007 recurso 1932/07 de este mismo ponente que a la sazón volverá a reproducir.

Y es que disconforme con tal resolución de instancia el organismo autónomo plantea recurso de suplicación articulando un inicial motivo de revisión fáctica al amparo del párrafo b) del art. 191 de la LPL y un segundo motivo según el párrafo c) del mismo artículo y texto que pasamos a analizar.

SEGUNDO .- El motivo de revisión fáctica esgrimido al amparo del artículo 191 b) de la LPL exige recordar que el proceso laboral delimita, desde la Ley de Bases 7/89, la exigencia de un Recurso de Suplicación como medio de impugnación extraordinario propio de una única instancia con cierta naturaleza casacional que solo puede interponerse por motivos tasados, expresos y circunstanciados sin que el Tribunal pueda acceder al examen, con modificación de la resolución de instancia, mas que cuando exista un error en la apreciación de los medios de prueba que consten en el procedimiento, ya sea positivamente, por recoger hechos contrarios a los que se desprenden de la actividad probatoria, o negativamente, por omisión de tales que del mismo modo se desprenden de dichas pruebas. Además el padecimiento del error debe ser palpable y evidente, con trascendencia en el Fallo y variación del procedimiento, y por lo mismo con independencia de su certeza o veracidad.

La revisión fáctica exige determinar el hecho que se impugna y la concreta redacción que se quiere recoger, ofreciendo un texto alternativo, ya sea por omisión, adición, modificación o rectificación pero, en todo caso, evidenciándose las pruebas documentales o periciales que obrando en autos, y siendo concretamente citadas por el recurrente, son base para descubrir, al margen de cualesquiera otros medios probatorios, la infracción normativa de que deriva.

Así respecto de la prueba documental el éxito de la motivación fáctica del recurso extraordinario exige que los documentos alegados sean concluyentes, decisivos y con poder de convicción o fuerza suficiente para dejar de manifiesto el error del Magistrado de instancia, sin lugar a dudas.

En lo que respecta a la prueba pericial, y al margen de la discrecionalidad o apreciación libre del Magistrado de instancia, tan sólo el desconocimiento o ignorancia de su existencia, o la contradicción por emisión de variados informes o dictámenes, hacen que el sentido de la apreciación pueda ser contradictorio permitiendo a la Sala la valoración en conjunto que concuerde con la de instancia o concluya de manera diferente.

En lo que respecta al caso concreto de la presente pretensión del organismo autónomo que induce inicialmente a la modificación fáctica por incorporación de un nuevo hecho probado 8º) en el que se pretende hacer alusión, a través de la prueba de confesión y de la documental la habida en autos de una especie de

historial de la empresa principal carnicería familiar explotada comercialmente por varios de los integrantes de dicha familia hasta la actualidad, a criterio de la Sala resulta inoperante e innecesaria, la única constatación judicial exigible lo es respecto de el trabajador demandante y su posible relación de parentesco y/o laboral en repercusión al caso concreto, y tales manifestaciones fácticas ya constan en el relato de la instancia por lo que no es exigible una conformación superior.

SEGUNDO.- En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 191 c) de la LPL, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino solo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente iura novit curia o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado.

Como en el supuesto de autos el organismo autónomo recurrente denuncia la infracción de los arts. 1.3e) del ET en relación a los arts. 7.2, 205.1, 207.b) y 210.1 de la LGSS, valoraremos las circunstancias fácticas inalteradas para comprobar si ciertamente existe una prestación de servicios y se tiene derecho o no a la situación legal de desempleo, aún el carácter familiar del trabajador.

Atendiendo a la más reiterada doctrina jurisprudencial hay que hablar de una relación laboral cuando concurren las notas de ajeneidad y dependencia del Art. 1.1. del ET. porque la prestación de servicios contratada se realiza dentro del ámbito de realización y dirección de una empresa con sometimiento al círculo rector disciplinario-organizativo de la misma (S.T.S. 16-2-90) e igualmente aun siendo necesaria la existencia de prestación de un servicio o de una actividad a cambio de una remuneración a favor de la persona para la que se presta, su característica esencial lleva aparejada esa subordinación o dependencia del que presta el servicio a favor de la persona que lo retribuye, siendo necesario que concurra en la persona del trabajador la actividad reglada en virtud de ese círculo organicista rector y disciplinario del empleador, siempre matizando que la dependencia como concepto jurídico no queda aquí configurado como una subordinación rigurosa intensa o máxima, pudiéndose reestructurarse por la flexibilidad, bastando que en el ámbito de organización y dirección de otra persona se concurren las circunstancias que exigen la relación entre las partes sin que desnaturalicemos absolutamente el contrato de trabajo trayendo hacia el mismo derechos de relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que caracterizan la vida del contrato de trabajo. No en vano hay que recordar que la prestación de servicios para otro puede instrumentarse a través de muchos y variados tipos de contratos sin que entre las partes del mismo se cree una verdadera relación laboral puesto que para analizar la naturaleza de una relación contractual habida entre partes, ha de tenerse en cuenta conforme dicta nuestro Tribunal Supremo (S.T.S. 14-11-83) que la determinación de si tal relación tiene o no naturaleza laboral no depende de cómo se denomina o normalice en la concepción plasmada por aquéllos sino que compete a los órganos judiciales atendiendo al verdadero contenido obligacional determinar cuál es la auténtica naturaleza levantando el velo de su conformación jurídico-material.

Pero debe de existir en esa relación individual a la que se predique la nota laboral determinadas características que la conforman de modo y manera que la retribución que debe ser común en muchos de los contratos permiten distinguir al del trabajo de otras figuras de mera liberalidad o costumbre, así como la ajeneidad que consiste en atribución ab initio de los frutos del trabajo al empresario, es decir, que el producto de aquél no pertenece al operario sino que directamente se incorpora al patrimonio del empleador, diciendo literalmente que se trabaja para otro por cuenta de otro engarzando la idea con la ausencia de riesgo (S.T.S. 9-2-90) y la dependencia-circunstancia que ya comentada caracteriza esencialmente el contrato de trabajo, debiendo entenderse como el hecho de encontrarse el trabajador sujeto a esa esfera organizativa-rectora y disciplinaria, que normalmente se pueden exteriorizar mediante la inserción en el esquema jerquico de una empresa al acatamiento de sus órdenes, mandatos y directrices la subordinación a otras personas, el sometimiento a normas disciplinarias, la realización de trabajos en centros o dependencias de la empresa, la sujeción a jornadas, horarios, etc. Del mismo modo, además de esas notas apuntadas, existen otras que constituyen manifestaciones de la dependencia cuales son la concurrencia de exclusividad (S.T.S. 7-7-88),

el tratarse de un contrato intuitu personae (S.T.S. 17-3-86) y la no aportación de medios materiales para la prestación de servicios (S.T.s. 11-5-79). Es evidente, por lo tanto, que no ya sólo nuestro E.T. de forma escrita, sino a través de numerosas resoluciones judiciales, se exigen para la relación laboral una serie de notas ya mencionadas, dependencia, ajeneidad, carácter personalismo, jornada y horario de trabajo, lugar de trabajo, retribución, exclusividad y asiduidad y otras muchas que son siempre indicativas de la existencia de la relación laboral y la distinción de otras figuras afines que como se apunta, y ése es el caso, siempre resulta problemática su distinción. Del mismo modo hay que recordar que nuestro T.S. en Sentencia de 26-1-94, ha indicado que si bien la presunción de laboralidad que consagrada por el Art. 8.1 del ET. condiciona que la prestación de servicios sea realizada bajo las notas de dependencia y retribución, tal presunción debe de quedar constatada por la existencia de una prestación de servicios que no debe de deducirse sin más, sino que se ha de hacer derivar de la existencia del contrato con la concurrencia de los elementos ya apuntados.

Es de recordar que en el campo de aplicación del régimen especial de trabajadores autónomos regulado por el Decreto 2530/70, en su artículo 2 y por la Orden Ministerial de 24.09.1970, en su artículo I se entiende por trabajador por cuenta propia a los efectos de tal régimen especial al que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica, a título lucrativo, sin sujeción al contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas. Tal es así que sin perjuicio de que el alcance del requisito de la habitualidad no esté precisado de manera concreta en la normativa, los tribunales han entendido que los periodos de actividad con ingresos superiores al salario mínimo interprofesional conforman una invitación de lo mismo (sentencia del T.S. 29.10.1997 Aranzadi 7683). Sin embargo no es lo mismo la habitualidad que periodicidad, por lo que hace falta que la actividad, aunque periódica, constituyan un medio fundamental de vida para atender las necesidades propias y no así cuando se trata de actividades complementarias o muy marginales (sentencia del T.S.J. de Castilla-León de 25.06.1996, Aranzadi 2363).

Ciertamente hay una presunción iuris tantum de que se tiene la condición de trabajador autónomo cuando se ostenta la titularidad de un establecimiento abierto al público como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo e incluso sin perjuicio de que se presten otros servicios aún por cuenta ajena (sentencia del T.S. 20.12.1996, Aranzadi 8966). Y en lo que se refiere a las sociedades mercantiles, es evidente que quienes ejercen las funciones de dirección y gerencia, que conlleva el desempeño del cargo de consejero administrador o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista a título lucrativo de forma habitual o directa y siempre que posean el control directo o indirecto de la sociedad, se constituyen en sujetos incluidos en este régimen especial.

Del mismo modo la relación jurídica familiar, la condición de hermano del demandante provoca que tal presunción iuris tantum, de control efectivo de la sociedad, también se de cuando el capital está distribuido entre los hermanos-socios, son convivientes y se encuentran unidos por vínculo de parentesco hasta segundo grado, como es el caso, con independencia de que en nuestro supuesto no podamos hablar de un tipo de empresa-sociedad sino más bien de un simple parentesco.

Por lo que resulta evidente que el hermano (y otros parientes hasta el segundo grado, con la problemática del tercero) de los trabajadores que puedan a su vez ser considerados como por cuenta propia o autónomos sean ó no titulares de empresa individuales o familiares siempre que de forma personal habitual y directa colaboren con ellos serán sujetos incluidos en el regimen especial, máxime si conviven con el empresario a su cargo, y aunque esten ocupados en su centro de trabajo con una actividad que pueda entenderse laboral. Tal es así que se excluye de la legislación laboral los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes lo realizan en lo que luego profundizaremos, a los familiares siempre que convivan con el empresario y admitiéndose no solo si éste es persona física sino si es también jurídica (Sentencia T.S Cataluña de 6 de Septiembre de 1996, Aranzadi 3646 y Sentencia del T.S de Madrid 28 de enero de 1997, Aranzadi 141.

Y es que la normativa tanto en la laboral como en la de Seguridad Social considera los trabajadores familiares como distintos de los trabajadores por cuenta ajena ya que los ve como colaboradores que, aún a pesar de recibir una posible contraprestación, que en sí constituya una participación en los rendimientos económicos de la actividad en la que coadjudan corren igualmente con los riesgos (sino de iure si de facto) de aquella actividad no respondiendo al resto de condicionantes propios de la relación laboral pura de la cuenta ajena (dependencia, subordinación, ámbito de organización y dirección) pues la normativa parece presuponer la existencia de un fondo familiar común (e incluso con independencia del regimen económico matrimonial) que actua como sosten económico de la unidad familiar y da pauta para entender incumplido la nota o característica de ajeneidad.

Naturalmente la circunstancia del caso y el encuadramiento de cada situación requiere un examen personal y particularizado de cada supuesto para definir el tipo de relación existente entre empresario-trabajador autónomo-familiares colaboradores-otros. Y del mismo modo es de recibo afirmar que la jurisprudencia ha ampliado incluso la interpretación de la noción de convivencia utilizada legalmente (Sentencia T.S.Cataluña de 6 de septiembre de 1996. Aranzadi 3646 y 3647). Pero lo que resulta evidente es que existe una presunción iuris tantum de no laboralidad de los trabajos familiares correspondiendo la carga de la prueba al trabajador (Sentencia T.S.J de Santa Cruz de Tenerife de 30 de Noviembre de 2001. Aranzadi 120/02) donde si no se acredita la naturaleza asalariada y el resto de conceptos propios del contrato de trabajo, en modo alguno se pueden derivar sus consecuencias (Sentencia T.S.J de Murcia de 31 de Agosto 1989, Sentencia del T.S.J del País Vasco de 4-febrero de 1991. Aranzadi 1061 y Sentencia del T.S.J de la Comunidad Valenciana de 6.6.1991 Aranzadi 4120). Y todo ello no falto de ambivalencia jurisprudencial y de reconsideraciones al caso que suponen el enriquecimiento de lo fáctico para con lo jurídico y la pauta interpretativa puntual que no puede olvidarse.

Tal es así que cree esta Sala, en una aproximación dogmática a la delimitación del contrato de trabajo, que existen figuras denominadas por la doctrina "de zonas grises" donde al concepto legal de contrato de trabajo (definición del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y enumeración de sus exclusiones concretas en el 1.3) parte de las notas conjuntas de ajenidad dependencia y retribucción salarial que conforman la realidad del trabajo asalariado, donde como hemos dicho con anterioridad para la nota característica de la ajenidad ya sean los frutos (cesión anticipada o atribución de resultado productivo) ya sea en el riesgo (exclusión del riesgo y ventura retribucción garantizada) suponen una configuración en equilibrio cuya frontera de la ajenidad se da sobre todo en los trabajos de familiares, y en los trabajos de socios, donde posiblemente se puedan confirmar las notas de dependencia como sujeción al ámbito de organización y dirección de otra persona, ya sea como dependencia clásica con ordenación detallada por otro de la actividad de trabajo en medios modo lugar tiempo y carga de tareas, ó ya sea como dependencia moderna en lo que es la programación del trabajo por otro (problemas de profesionales en general o colaboradores externos) y lo mismo ocurriría con la nota de retribucción salarial respecto de retribuciones típicas, como son el salario por tiempo y el salario por rendimiento distantes de otras figuras contractuales (honorarios iguales, excedentes, participaciones en beneficios, comisiones, destajos, pagos por unidad de obra.....) o por conceptos salariales más comprensivos que relata el art. 26 E.T y que hacen finalmente que el contrato de trabajo sea compatibles con todas las formas retributivas que influyen en la aplicación de la presunción de laboralidad (art. 8.1 del ET).

Pero las pautas, conexión y disociación de esas notas del contrato de trabajo pueden tener una combinación natural que conlleva de forma tajante a considerar al trabajador asalariado o pueden por otro lado disociarse, como creemos que ocurre en el supuesto de autos, cuando estamos ante un trabajador familiar conviviente o no, de ahí que coincida en la existencia de una jurisprudencia contradictoria y un derecho formal ambivalente que nos reconduce a una doctrina jurisprudencial de indicios sobre datos específicos de la ajenidad (entrega o puesta a disposición, no desempeño de relaciones de mercado, caracter y calculo de la retribución) otros de dependencia (desempeño personal, no disposición de organización empresarial propia e inserción en la organización de trabajo de otros) o finalmente indicios generales y específicos (convivencia).

Puede igualmente hacer acopio de lo que son Sentencias y resoluciones de nuestro T.S.J que en la fuerza de los indicios coinciden con su pauta interpretativa y rechazan la ajenidad cuales son las de 22 de marzo de 2005 Recurso 240/05 (también en supuesto de prestación de desempleo aunque en aplicación de la disposición adicional vigesimoseptima por cuanto el esposo empleador se configuraba en persona jurídica) o en la de reciente 7 de febrero de 2006 Recurso 2863/05 (en este caso para el hijo de un empresario societario descubre que la convivencia y el control efectivo y directo suponen la falta de relación laboral y la inexistencia de la prestación de desempleo). Y lo mismo, aunque en materia de procedimiento de despido, se puede decir en nuestras Sentencias de 31 de enero de 2006, recurso 2735/05 y de 22 de marzo de 2005 Recurso 240/05 donde la relación familiar (conyugal y societaria) excluyen la extinción contractual e impiden la existencia de un despido por falta de notas de ajenidad y dependencia características.

Llegados a este punto no queremos dejar de mencionar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en lo que es la materia propia del trabajo de familiares o asimilados en donde se contiene la llamada doctrina del fondo familiar común en Sentencias de Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1990 EDJ 1990/9784 (padre y hermano) la del 14 de junio de 1994 recurso 3493/93, 30 de abril de 2001 Recurso 4525/99 (en Sala general) así como la de 27 de julio de 2004 recurso 3406/03. En todas ellas se conforma una realidad con presunción favorable al carácter familiar y no asalariado de la actividad desarrollada por distintos familiares del empresario en su centro de trabajo, cuando conviven con él, dando importancia a la utilidad patrimonial del trabajo que se

incorpora al fondo común familiar y dificulta o excluye la ajenidad, y todo ello con independencia incluso del régimen económico matrimonial que queda en un segundo plano aunque podía ser indiciario.

En suma cree la Sala que la presunción legal no se desvirtúa por circunstancias formales como son los documentos de contrato nómina y cotización (Sentencia del T.S.J de Cataluña de 24 de abril de 1995 Aranzadi 1608 y Sentencia del T.S.J.de Murcia 11 de marzo de 1997 Aranzadi 1210) lo que requiere una destrucción de la presunción legal con demostración de que verdaderamente el trabajador se encuentra sometido al círculo extraño empresarial del que se extrae la existencia de la ajenidad y de las dependencias propias de la relación laboral y que no se dan dentro del ámbito de la unidad familiar en que siempre redundan los beneficios del patrimonio común pues debe vislumbrarse entre el prestador de los servicios y el titular de la empresa un conflicto de intereses propios de la relación laboral y distintos de la familiar (Sentencia T.S.J Madrid 22 de mayo de 1997 Aranzadi 1590).

Es cierto que dar más luz o imaginación probatoria supone ir más allá de nuestros dictados como servidores públicos del justiciable pero no lo es menos que a las pautas añadidas e indiciarias que ya se recogen en nuestra resolución puedan acumularse las siempre impositivas de relieve e influyentes (aquí omitidas) y otras que aún bajo el palio de la testifical nos cercioren de la existencia de la subordinación, de la retribución, de la ajenidad y de todas las notas que insistentemente venimos comentando. Con todo no se puede ocultar la posible existencia de una relación laboral entre familiares en los casos en que el trabajador no conviva con el empresario, no depende económicamente de él y preste servicios reales con la oportuna retribución, donde como colofón podría ser discutible la situación que delimita la denominada unión de hecho o personas convivientes con el empleador cuya regulación vigente tampoco excluye la posibilidad de la relación laboral en el trabajo por cuenta ajena y se ha tratado entre otras en las Sentencia del T.Supremo de 24 de febrero de 2000 Aranzadi 2236 (por exclusión con el matrimonio) y siguiendo la jurisprudencia referente a la pensión de viudedad y que aborda nuestra Sentencia de 6 de Septiembre de 2005 Aranzadi 2037.

Tal es así que en el supuesto de autos, y tal cual ha venido a reproducir la instancia, nos otorga la presunción siquiera de convivencia por empadronamiento o dación de domicilio errónea, comprobada judicialmente su distinción y diferencia. Por ello judicialmente se destruye la presunción de convivencia y con ello las dudas de ajenidad y dependencia. De ahí que la suficiencia probatoria solvente cualquier simulación o fraude y denote la existencia de una verdadera relación contractual, que si bien por relaciones familiares no debe condicionar una prestación de servicios a expensas de tal condicionamiento, no otorgándose la existencia de otros indicios que reconduzcan a una ilegalidad en el devengo del desempleo. No existe un cese fraudulento ni hay pautas que permitan una ausencia de devengo de la prestación de desempleo. La resolución del organismo gestor no combate ni hace acopio probatorio de otro tipo de incumplimiento, y la única excusa se conforma respecto de una presunción inoperante a la vista de la actividad probatoria conformada en instancia. No se dan otro tipo de conexiones de participación societaria o simulación, con lo que la ratificación de la resolución de instancia deviene evidente.

Por lo manifestado procede ya denegar el recurso en su vertiente jurídica.

CUARTO.- Como quiera que el organismo autónomo recurrente goza del beneficio de justicia gratuita en atención al art. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral no habrá condena en costas.

FALLAMOS

Que DESESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 2 de DONOSTIA - SAN SEBASTIAN el 8 de enero de 2010, en autos nº 640/09 seguidos a instancia de Antonio frente a SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, por lo que confirmamos la resolución de instancia.

Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvase las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

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

E/



PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los diez días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social, al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 300,00 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en la entidad bancaria Banesto, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Grupo Banesto, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones abierta en dicho Grupo Banesto (Banco Español de Crédito) en la cuenta número 4699-0000-66-0810-10-.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta Nº 0030-1846-42- 0005001274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0810-10-.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quiénes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.