

Tribunal Superior de Justicia
TSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª)
Sentencia de 28 marzo 2018
JUR\2018\198208



Contrato de trabajo.

ECLI:ECLI:ES:TSJGAL:2018:2901

Jurisdicción:Social

Recurso de Suplicación 4583/2017

Ponente:Ilmo. Sr. D. Mª Teresa Conde-Pumpido Touron

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 36057 44 4 2017 0001737

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0004583 /2017-CON

Procedimiento origen: SEGURIDAD SOCIAL 0000342 /2017

Sobre: OTROS DCHOS. LABORALES

RECURRENTE/S D/ña TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ABOGADO/A: LETRADO DE LA TESORERIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: SUCADRINK SL

ABOGADO/A: ANGEL DACAL JARDON

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR

ILMA SRA D^a BEATRIZ RAMA INSUA

ILMA SRA.D^a TERESA CONDE PUMPIDO TOURON

En A CORUÑA, a veintiocho de marzo de dos mil dieciocho.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el [artículo 117.1](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE [LE \(RCL 2000, 72, 209\)](#) CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el RECURSO SUPPLICACION 0004583/2017, formalizado por el/la D/D^a Letrada de la Seguridad Social, en nombre y representación de TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 497/2017 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el procedimiento SEGURIDAD SOCIAL 0000342/2017, seguidos a instancia de SUCADRINK SL frente a TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a TERESA CONDE PUMPIDO TOURON.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a SUCADRINK SL presentó demanda contra TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 497/2017, de fecha veintiséis de abril de dos mil diecisiete .

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

PRIMERO .- Por medio de resolución administrativa de la Tesorería General de la Seguridad Social de 27 de diciembre de 2016 se confirmó la sanción propuesta por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social de 32.823 € a SUCADRINK, tras acta levantada el 10 de agosto de 2016./ SEGUNDO .- El acta de infracción de la

Inspección de Trabajo y Seguridad Social describe los siguientes hechos: "Realizando funciones de camarero, el trabajador siguiente: Roque con DNI NUM000 . Manifiesta que presta servicios para la empresa con categoría y funciones de camarero, todos los días, realizando jornada completa, de 22 a 0'5 o 6.00 horas, con descanso el martes y percibir una retribución de 1.500 euros mensuales. Realizando funciones de alterne las-siguientes trabajadoras: 1.- Sagrario con DNI NUM001 D. Es conocida en el local con el nombre de " Gansa ". (Así figura en el listado de trabajadoras de la empresa) Manifiesta que ha prestado servicios en la empresa con anterioridad. No concreta la fecha de inicio. Esta vestida con ropa adecuada a las tareas a las tareas de alterne. 2.- **Elsa con DNI NUM002 . Es conocida en el local con el nombre de " Cristal ". (Así figura en el listado de trabajadoras de la empresa) Manifiesta que presta servicios en el local desde noviembre 2015, que realiza funciones de alterne, en horario de 22 a cierre con descanso un día, percibiendo una retribución consistente en un porcentaje sobre el precio de la copa consumida por el cliente, así siendo el precio de la copa de 30 euros, su comisión es de 20 euros y que las comisiones que le correspondan se la abona el camarero al final de la noche.** 3.- Justiniano con NIE NUM003 . Nacional de Rumanía. Es conocida en el local con el nombre de " Duquesa ". (Así figura en el listado de trabajadoras de la empresa) Manifiesta que presta servicios en el local desde hace un mes, que realiza funciones de alterne, en horario de 22a cierre, con descanso un día, percibiendo una retribución consistente en un porcentaje sobre el precio de la copa consumida por el cliente, así siendo el precio de la copa de 30 euros, su comisión es de 20 euros y que las comisiones que le correspondan se la abona el camarero al final de la noche. 4.- Graciela con NIE NUM004 Nacional de Rumania. Es conocida en el local con el nombre de " Baronesa ". (Así figura en el listado de trabajadoras de la empresa) Manifiesta que presta servicios en el local desde hace un mes, que realiza funciones de alterne, en horario de 22.30 a cierre, con descanso un día, percibiendo una retribución consistente en un porcentaje sobre el precio de la copa consumida por el cliente, así siendo el precio de la copa de 30 euros, su comisión es de 20 euros y que las comisiones que le correspondan se la abona el camarero al final de la noche. 5.- Marí Luz con NIE NUM005 Nacional de Rumania. Es conocida en el local con el nombre de " Turquesa ". (Así figura en el listado de trabajadoras de la empresa) Manifiesta que presta servicios en el local desde hace dos meses, que realiza funciones de alterne, en horario de 22.30 a cierre, con descanso un día, percibiendo una retribución consistente en un porcentaje sobre el precio de la copa consumida por el cliente, así siendo el precio de la copa de 30 euros, su comisión es de 20 euros y que las comisiones que le correspondan se la abona el camarero al final de la noche. 6.- Eva con NIE NUM006 Nacional de Brasil. Titular de tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la U.E. Es conocida en el local con el nombre de " Bajita ". (Así figura en el listado de trabajadoras de la empresa) Manifiesta que presta servicios en el local desde hace una semana que realiza funciones de alterne, en horario de 22.30 a cierre, con descanso dos días,

percibiendo una retribución consistente en un porcentaje sobre el precio de la copa consumida por el cliente, así siendo el precio de la copa de 30 euros, su comisión es de 20 euros y que las comisiones que le correspondan se le abona el camarero al final de la noche. 7.- Lorenza con NIE NUM007 nacional de Colombia con fecha de nacimiento NUM008 y con domicilio en TRAVESIA000 no NUM009 NUM010 de VIGO. No dispone de autorización administrativa para trabajar en España. ES conocida en el local con el nombre de " Campanilla ". Manifiesta que realiza la actividad de alterne con los clientes del club desde hace dos meses, disponiendo de un día de descanso a la semana a elegir, siendo su horario habitual de 23:00 horas hasta el cierre del club, actividad por la que recibe una retribución, consistente en una comisión de 20 euros por cada copa a que invita el cliente, siendo el resto del importe para la empresa (el precio total de la copa es 30 euros). Dichas cantidades se las abona el camarero realizándose la liquidación de las comisiones que le correspondan al final de la noche. Estas trabajadoras se encontraban en el establecimiento vestidas con ropa adecuada a las tareas de alterne que realizan./ TERCERO .- Fue desestimada la alzada.

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

Que estimando la demanda interpuesta por la empresa SUCARDRINK SL, debo declarar y declaro la nulidad de la resolución administrativa dictada por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de 22 de diciembre de 2016, dejando sin efecto la sanción impuesta, salvo en lo relativo al trabajador Don Roque .

CUARTO: Con fecha 7 de septiembre de 2017 se dictó Auto de Aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Aclarar la sentencia dictada con fecha 5-9-2017 en los siguientes términos: La fecha de la sentencia en el encabezamiento es de 5-9-2017 , y no de 26-4-2017 que por error se hizo constar.

QUINTO : Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL formalizándolo posteriormente. Tal recurso no fue objeto de impugnación por la contraparte.

SEXTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 8 de noviembre de 2017.

SÉPTIMO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 28 de marzo de 2018 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

.- Frente a la sentencia que estimando la demanda de la empresa deja sin efecto la sanción administrativa impuesta, se alza el recurso de suplicación de la TGSS, con dos motivos al amparo del [artículo 193.c\) LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#) , en los que denuncia respectivamente infracción por inaplicación de los [artículos 1.1 ET \(RCL 2015, 1654\)](#) y 7.1 [LGSS \(RCL 2015, 1700y RCL 2016, 170\)](#) e infracción de la jurisprudencia sobre la relación laboral de las trabajadoras de alterne.

SEGUNDO

.- La sentencia de instancia mantiene que la actividad de alterne es inescindible de la actividad sexual que promueve porque una lleva a la otra necesariamente y las notas de laboralidad no concurren en los supuestos de prostitución.

Ya dijimos en nuestra [sentencia de 20/11/2017 \(PROV 2018, 14423\)](#) -rec. 3760/2017 : "**Convenimos con la recurrente que la prostitución no puede constituir una relación laboral por cuenta ajena, en tanto no podría existir la necesaria nota de dependencia** (obligación de seguir órdenes o instrucciones sobre un acto personalísimo como es el sexual, con el correlativo poder disciplinario rayano en el delito) siendo de destacar la implicación de derechos fundamentales, señalando la Recomendación del Parlamento europeo de 14-3-2017 que "la prostitución, la prostitución forzada y la explotación sexual son cuestiones con un gran componente de género y constituyen violaciones de la dignidad humana contrarias a los principios de los derechos humanos, entre ellos la igualdad de género, y, por tanto, son contrarias a los principios de la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea \(LCEur 2007, 2329\)](#) , incluido el objetivo y el principio de la igualdad de género".

Pero conforme al relato histórico de la sentencia, las circunstancias fácticas de las que hemos de partir son sustancialmente :A) que en el momento de la visita, las posibles trabajadoras se encontraban "realizando funciones de alterne", llevando ropa adecuada a tales tareas B) que acuden al club en horario fijo, con un día de descanso semanal C) que perciben porcentaje en cuantía fija igual para todas ellas, por las copas a las que los clientes las inviten, que les abona el camarero al final de la noche. Lo que se describe es la actividad de alterne que ya una antigua jurisprudencia (SSTS de 3 de marzo de 1981 , 25 de febrero de 1984 , 19 de mayo de 1985 y 4 de febrero de 1988) consideró, teniendo en cuenta que es actividad que, según el Diccionario de la Lengua tiene por finalidad el estímulo a los clientes de determinados establecimientos a hacer gasto en los mismos, puede constituir el objeto de un contrato de trabajo, si se presta de forma retribuida y dependiente (doctrina que se mantiene vigente en la 29/10/13 -rcud 61/13). **Y tal actividad se acredita con las necesarias notas de ajenidad y de dependencia, pues no solo la empresa sancionada se beneficia económicamente del estímulo del consumo de los**

clientes, sino que, amén de jornada y horario determinados, el pago de la comisión se realiza directamente a las trabajadoras por la empresa a través del camarero y no de los clientes directamente, como sería lógico si se tratara de un mero prolegómeno a la prostitución.

En toda la narración histórica (que recoge el Acta de la Inspección en la que el Fundamento primero dice haberse fundado), no hay siquiera una mínima alusión a que en el local de la sancionada demandante se pudieran ejercer actividades de prostitución por lo tanto la motivación del Magistrado de instancia parece fundamentarse, aún sin decirlo, en una errada aplicación de la presunción judicial ex [art.386.1 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), cuando lo cierto es que entre el hecho acreditado (actividad de alterne) y el presunto (prostitución), no existe "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano", so pena de admitir reglas de criterio con prejuicios y estereotipos de género. El hecho de que una mujer vista ropas provocativas y acceda a tomar unas copas con un hombre, coquetee incluso sensualmente, esté dispuesta a escuchar su vida o sus bromas (aún procaces) no puede ser interpretado como una automática disposición a mantener relaciones sexuales con él, con o sin precio como tampoco todos los hombres que acuden a un club de alterne pretenden tales relaciones, sino meramente no tomar una copa solos, mantener una charla insustancial o con tintes libidinosos que les entretenga, con una mujer atractiva, ligera de ropa o tener a alguien que les escuche pacientemente: expectativa de ocio que explotan comercialmente los locales de alterne y que justifican la relación laboral ex [art.1.1 ET \(RCL 2015, 1654\)](#) aquí apreciada, en tanto su titular se apropia del beneficio producido por estímulo del consumo de los clientes a cargo de las "alternadoras" y retribuye el trabajo del que deriva ese beneficio mediante una comisión en el gasto ([STS 17/11/04 \(RJ 2005, 858\)](#) -rec. 6006/03) y, en consecuencia, la empresa sancionada estaba obligada al alta de las trabajadoras por cuenta ajena, incumplimiento que justifica la sanción.

En razón de todo lo expuesto, el recurso debe ser estimado y la sentencia de instancia ha de revocarse.

F A L L A M O S

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la TGSS contra la sentencia de fecha 5-9-2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº dos de Vigo, en autos 342/2017, la revocamos y desestimando la demanda de Sucardrink S.L. confirmamos la sanción de 32.823 € impuesta a la demandante por resolución de 27-12-2016. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta

sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº 1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código 80 en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos 0049 3569 92 0005001274 y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (1552 0000 80 ó 37 **** ++).

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que le suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.