



Roj: **STSJ CAT 3452/2009** - ECLI: **ES:TSJCAT:2009:3452**

Id Cendoj: **08019340012009102090**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2009**

Nº de Recurso: **101/2008**

Nº de Resolución: **4004/2009**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MATILDE ARAGO GASSIOT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

JSP

IL·LM. SR. JOSÉ DE QUINTANA PELLICER

IL·LM. SR. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL

IL·LM. SR. ANDREU ENFEDAQUE MARCO

IL·LM. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

IL·LMA. SRA. MATILDE ARAGÓ GASSIOT

Barcelona, 15 de maig de 2009

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,
EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 4004/2009

En el recurs de suplicació interposat per INSPECCION DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL a la sentència del Jutjat Social 2 Tarragona de data 23 de julio de 2007 dictada en el procediment núm. 987/2006 en el qual s'ha recorregut contra la part Dos

mas tres cinco, S.L., Bienvenido , Guillermo , Onesimo i Sacramento , ha actuat com a ponent Il·lma. Sra. MATILDE ARAGÓ GASSIOT.

ANTECEDENTS DE FET

Primer. En data 16 de noviembre de 2006 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Procediments d'ofici, en la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 23 de julio de 2007 , que contenia la decisió següent: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL contra DOS MAS TRES CINCO S.L, Bienvenido , Guillermo , Onesimo Y Sacramento , debo declarar y declaro que la relación que une a Dos Más Tres Cinco, SL y Bienvenido es de naturaleza laboral, condenando a los demandados a estar y pasar por esta resolución " .

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:



PRIMERO.- "Dos Más Tres Cinco, SL" es la sociedad mercantil que explota el Club "Brigitte", sito en la carretera nacional C-31 Km 155,5 de Cunit.

(exp. admvo: acta de infracción)

SEGUNDO.- La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción en materia de extranjería nº 690/06, el 14 de agosto de 2006 a la empresa demandada "Dos Más Tres Cinco, SL", proponiendo sanción de 1.200 euros por dar ocupación a 4 extranjeros, uno como camarero, y 3 como camareras de alterne, sin darlos de alta como trabajadores por cuenta ajena en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Los extranjeros a los que se refiere el acta de infracción son:

- Bienvenido NIE NUM000 .
- Guillermo NIE NUM001 .
- Onesimo NIE NUM002 .
- Sacramento NIE NUM003 .

Se da por reproducido el contenido del acta de infracción que obra en el expediente administrativo adjunto a la demanda.

TERCERO.-Las codemandadas Sacramento , Onesimo y Guillermo , acudían al Club "Brigitte" en horario de 19:00 a 4:00 horas, o a 4:30 en fines de semana, disponiendo de un día libre a la semana que no fuera sábado o domingo. Algunas trabajadoras hacían un horario más extenso.

Las demandadas se cambiaban en el club, poniéndose ropa diferente de la que usan para salir a la calle, guardándola en taquillas individualizadas con un número.

Alternaban con los clientes para incitarles a consumir bebidas y a invitarlas, percibiendo a cambio la mitad del valor de la copa.

El porcentaje de la copa, un 50% de su valor, les era entregado por el camarero una vez abonada la bebida por el cliente.

(acta de infracción, interrogatorio de Luis)

CUARTO.- Las codemandadas, Sacramento , Onesimo y Guillermo , ejercían la prostitución en el local con los clientes que allí acudían, y con los que alternaban en el bar del club.

Pagaban a la empresa demandada un importe por el alquiler de la habitación.

(interrogatorio de Luis , licencia de actividad de la mercantil demandada)

QUINTO.- Bienvenido consta dado de alta por la mercantil demandada como trabajador por cuenta ajena en la TGSS en fecha 27.3.06, un día después de tener lugar la visita de la Inspección al "Club Brigitte".

El día de la visita se hallaba prestando servicios de camarero en el club.

(Acta de infracción)

Tercer. Contra aquesta sentència la part demandant va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part contrària que el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER. Contra la sentència que estimava en part la demanda d'ofici promoguda per la Inspecció de Treball i Seguretat Social, declarant la existència de relació laboral entre la societat i el demandat Bienvenido i desestimant la pretensió dirigida a la resta de codemandades, presenta recurs de suplicació l'advocat de l'Estat, que ha estat impugnat per l'empresa i per una de les codemandades.

Es presenta el recurs per la via de l' article 191 c) de la Llei de procediment laboral, Reial Decret legislatiu 2/1995, de 5 d'abril, que el recurrent articula en tres motius de infracció jurídica, dirigits a que és revoqui la sentència de instància i es declari que existia relació laboral entre l'empresa demandada, dedicada a local "d'alterne" i totes les persones codemandades, no únicament el Sr. Bienvenido .

SEGON. Els apartats I i II del recurs, es dirigeixen a impugnar la valoració de la prova que ha realitzat la magistrada de instància i en aquest sentit es denuncia l'advocat de l'Estat la falta d'aplicació de l' article 53.2 del Reial Decret Legislatiu 5/2000, de 4 d'agost, Llei sobre les infraccions i sancions en l'ordre social i de l'article



41 del RD 928-1998, de 14 de maig, respecte al valor probatori de les actes emeses per la Inspecció de Treball i Seguretat Social. Al lega el recurrent la jurisprudència del TS, continguda en les sentències de 24 de juny de 1991, 15 de setembre de 1992, 30 de setembre de 1992, 8 de febrer de 1994 i 6 de maig de 1996, que valoren la presumpció de veracitat respecte d'aquells fets que per la seva objectivitat són susceptibles de percepció directa per l'inspector, els immediatament deduïbles d'aquells i els acreditats pels mitjans de prova consignats en l'acta. S'al leguen també les sentències del TSJ Catalunya de 17-09-2003, del TSJ Navarra de 15-10-2003 i del TSJ del País Basc de 13-11-2001, en el mateix sentit.

En l'apartat II del recurs s'al lega la infracció del article 150.3 en relació al 148.2.d de la Llei adjectiva laboral, indicant que no s'ha aplicat la inversió probatòria que es disposa en les citades normes, quan es diu que "les afirmacions de fets que es continguin en les resolucions o comunicació base del procés donaran fe, salvant prova en contrari, incumbint tota la càrrega de la prova a la part demandada".

Assenyala el recurrent, que contra les afirmacions contingudes en l'acta de la Inspecció de Treball, la única activitat probatòria es per portar a terme per la declaració de una senyora que treballava en el club, que va reconèixer la firma en la declaració que va realitzar davant l'inspector de treball, si bé en l'acte del judici es va retractar al legant haver begut aquell dia.

Aquests motius no poden ser estimats ja que si la pretensió és la modificació del relat fàctic, com sembla interessar el recurrent, hauria d'haver-se formulat el recurs per la via de l'article 191 b) de la LPL, proposant de forma detallada un relat alternatiu i amb cita de la documental pública o privada de contrast. Per altra banda, si bé es cert que les normes que cita el recurrent introdueixen dos preceptes vinculants per a la valoració de la prova, que han de conduir a tenir per acreditats els fets que l'inspector actuant ha constatat de manera directa, tal com diu la llei, és salvant prova en contrari i aquesta és la funció del judici, havent de valorar el resultat de la prova testifical practicada la magistrada de instància en base a les regles de la sana crítica, tal com resulta de la sentència, valoració que no pot ser substituïda per aquesta Sala, en excedir els límits del recurs de duplicació (art. 191 LPL).

La pretensió del recurrent tampoc podria prosperar en el fons, ja que del fet provat segon es dedueix que s'ha reproduït amb caràcter de fet provat tot el contingut de l'acta de infracció que obra en l'expedient administratiu, per la qual cosa ha estat incorporat al fet provat segon, i s'evidencia que ha estat tingut en compte quan en els fets provats tercer i cinquè reflecteixen de la sentència es reproduceix bàsicament el que en aquell informe s'exposa. El fet que afegeixi un fet provat relatiu a què també exercitaven la prostitució en el club, amb els clients i pagaven a l'empresa un import pel lloguer de l'habitació, fet que es dedueix per la jutgessa de d'interrogatori de l'empresari demandat, no desvirtua la anterior conclusió, ja que com s'ha dit, no es tracta de una presumpció sense prova en contrari i resulta de la valoració de les proves practicades en l'acte del judici. En conseqüència, no es poden apreciar les infraccions indicades i ha de ser desestimats aquests dos motius del recurs.

TERCER. El darrer motiu del recurs al.legant infracció de normes substantives, per contra, ha de ser atès. L'advocat del Estat interessa que es declari que la relació entre les parts pel que fa a l'activitat "d'alterne" té naturalesa laboral, ja que entra en la definició del contracte de treball del article 1.1 del Estatut dels Treballadors.

En aquest punt s'ha de partir de que aquesta Sala va examinar un altre procediment d'ofici iniciat per la Inspecció de Treball, contra la mateixa empresa i respecte a unes altres treballadores que realitzaven una activitat similar en el mateix local de negoci que explota la societat "Dos más tres Cinco, S.L.", amb el nom comercial de "Club Brigitte". En aquella ocasió es va revocar la sentència de instància per sentència d'aquesta Sala Social de data 2 d'octubre de 2008, i es va estimar la demanda, declarant laboral la relació entre les parts en el sentit que valorava la Inspecció de Treball, atenent al recurs de l'Advocat de l'Estat.

En el present recurs, donada la identitat de situació, motius jurídics de impugnació i fets provats s'ha de resoldre de forma similar la qüestió plantejada, atenent a què es declara provat que les treballadores codemandades, prestaven serveis en el local de negoci del que és titular "Dos más Tres Cinco, S.L.", sense alta en la seguretat social, i que estaven sotmeses a un horari de treball determinat que era 19 h a 4 h hores o a 4,30 hores, els caps de setmana, i un dia lliure a la setmana que no fos dissabte o diumenge encara que algunes feien un horari més extens. Que alternaven amb els clients per a incitar-los a consumir begudes i invitar-los, percebent a canvi la meitat del valor de la copa (fet provat primer i tercer), - excepte el Sr. Bienvenido que feia de cambrer -.

S'evidencia que es tracta d'una relació de prestació de serveis amb una relació d'alienat en els mitjans i en els fruits del servei prestat, que pertanyen al titular de la explotació, així com una dependència i subordinació en l'activitat realitzada, expressada en el sotmetiment a una jornada i horari que regula l'empresari titular del negoci. També queda determinat un salari per molt que la forma de la seva estipulació i percepció resti molt lluny del que seria el dret al salari per temps treballat, normatiu en el sectors més propers de la restauració o hostaleria i deixi la retribució pendent dels ingressos o la efectivitat dels resultats del negoci, amb possible



vulneració de les normes de mínims del dret laboral, com seria el dret a percebre una mínima retribució salarial per la jornada laboral completa o proporcional al temps parcial.

No obstant això atenent a les característiques indicades, s'ha d'estimar que en la prestació de serveis de les codemandades, quan resten en el Club Brigitte, durant un horari laboral, prestant un servei de incitar al consum als clients, a canvi de un preu, es donen les característiques bàsiques del contracte de treball, tal com ha estat definit per la jurisprudència, que posa especial èmfasi en la nota d'alienat i dependència, com a característiques bàsiques d'aquest contracte i en aquest sentit es pot citar la següent interpretació del article 1.1 del ET, quan es diu que és bàsic valorar que la prestació de serveis contractada es realitzi dins de l'àmbit de organització i direcció de l'empresa, per tant, amb sotmetiment al cercle rector, disciplinari i organitzatiu de la mateixa (STS 16 de febrer de 1990 [RJ 1990, 1099]); ja que no és suficient per a la configuració de la relació laboral, la existència de un servei o activitat determinada i la seva remuneració, doncs la característica essencial és la dependència o subordinació del que presta el servei a favor de la persona que el retribueix, i en conseqüència és necessari per a l'existència del contracte de treball que el treballador estigui comprés en el cercle organícista rector i disciplinari de l'empresa, d'altra manera el contracte serà merament civil de prestació de serveis (SSTS 7 novembre 1985 [RJ 1985, 4669], 9 de febrer 1990 [RJ 1990, 5738]). En conseqüència, per tal que sigui efectiva la presumpció favorable a l'existència del contracte de treball, que estableix l'article 8.1 del Estatut dels Treballadors, es precis que concorrin els requisits abans indicats (STS 5 març 1990 [RJ 1990, 1756]), i no és suficient la mera realització de una activitat determinada a favor o per compte de la persona que la retribueix. Si bé és cert que la dependència no es configura actualment com una subordinació rigorosa i intensa, sinó moltes vegades flexible i laxa, que és suficient que l'interessat s'integri dins de l'àmbit d'organització i direcció de una altra persona (art. 1 ET) (STS 21 de maig de 1990 [RJ 1990, 4993]). La doctrina jurisprudencial ha dit també, en STS de 9/2/90 EDJ 1990/1313, que la característica essencial del contracte de treball no és la prestació del serveis sinó la dependència o subordinació del que presta el servei a favor de qui s'executa, de tal manera que si aquesta no existeix el contracte seria merament civil.

QUART. No pot ignorar aquesta Sala que altres elements de la relació entre les treballadores i l'empresa, xoquen frontalment amb el que és la normativa de mínims laborals, i concretament pel que fa a la activitat del negoci que, segons diu el fet provat quart, és també la de lucrar-se amb la prostitució de les dones que hi presten serveis. En aquest punt en el que insisteix el recurrent-empresa, si bé per motius ben diferents als raonaments jurídics de la sentència, ja que pretén que constatada i proclamada aquest tipus d'activitat ha de quedar exonerada de tota obligació i responsabilitat respecte de les persones que té al servei del seu negoci, de les que pretén que pot disposar sense estar sotmès als límits mínims del dret laboral i de la seguretat social, ni de cap altre norma.

En aquest punt aquesta Sala ha de confirmar la valoració que fa la magistrada de instància, en el sentit de indicar que l'explotació del negoci de prostitució aliena, en la mesura que atempta contra als drets fonaments de la persona, no pot ser objecte del contracte, i determina la seva nul litat, recordant la vigència del Conveni per a la repressió de la tracta de persones i prostitució aliena, de 2-12-1949, aplicat efectivament des de la Llei Orgànica 11/2003, de 29 de setembre modificadora del Codi penal, que en l'article 188-1, que penalitza la explotació de la prostitució aliena.

Efectivament, excedeix totalment dels límits de mínims de la normativa laboral el fet que l'empresa pugui vendre o disposar de l'ús del cos de les treballadores com a objecte de negoci o intercanvi sexual amb els clients. Aquest principi laboral és dedueix directament de la Constitució Espanyola, quan regula el dret fonamental a la integritat física i moral, sense que en cap cas, puguin ser sotmeses a tortura ni a penes o tractes inhumans o degradants (art. 15 CE). També del Estatut dels Treballadors, quan estableix el dret a la integritat física i al respecte a la seva intimitat i a la consideració deguda a la seva dignitat, article 4.1.d) e) compresa la protecció front al assetjament sexual i al assetjament per raó de sexe. En el mateix sentit s'ha de recordar la protecció que dispensa l' article 7 de la LO 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes que defineix i regula aquesta protecció. També entraria dins de les prohibicions que regula la Llei de prevenció dels riscos laborals 31/1995, de 20 de juny i el R. D. Leg. 5/2000, de 4 d'agost, sobre infraccions i sancions en l'ordre social.

En aquesta línia s'ha de dir que no entra, ni pot entrar, dins de les facultats de l'empresari que regula l' article 20 del ET, quan disposa la direcció i control de l'activitat laboral, la de disposar del ús del cos de la pròpia persona treballadora, doncs no és la persona humana l'objecte del contracte laboral sinó els seus serveis prestats de forma voluntària i retribuïda, amb les condicions legalment exigibles, tractant-se de una interpretació aberrant i fraudulenta la que intenta assimilar la venda de la força de treball amb la venda de l'ús del cos de les treballadores, de anàloga a la relació d'esclavatge prohibida en el nostre ordenament jurídic des de finals del segle IX. Per altra banda, el sotmetiment a una situació d'assetjament o abús sexual per imposició



de l'empresari s'hauria de considerar com a risc laboral i imminent, conforme a la definició del article 4 de la citada Llei, excloent totalment a les treballadores afectades del deure d'obediència.

Aquests raonaments i molts altres que es podrien afegir per la doctrina versada en la matèria, han de donar lloc a concloure que sens dubte la prostitució aliena no pot ser objecte de contracte laboral, i si és l'únic contingut del contracte aquest seria nul per il·legalitat de la causa, per aplicació del article 1275 del Codi Civil, sense que aquesta conclusió hagi de comportar sempre la incompetència de jurisdicció de manera forçosa, - atesa la disposició de l' article 9.2 del ET - però sense que permetés però la estimació de la demanda ja que no es podria concloure que el contracte entre les parts era de naturalesa laboral. Ja que els serveis sexuals no poden ser en cap cas disposats per un tercer i formen part de la llibertat individual, del dret al honor i a la integritat física i psíquica el que no podria fer-se per sentència, tal com molt bé raona la magistrada de instància, és declarar laboral la relació d'explotació de la prostitució aliena.

CINQUÈ. La discrepància d'aquesta Sala amb el raonament jurídic de la sentència que es recorre, no és en la descrita interpretació, sinó en la valoració de l'existència de una unitat del contracte que no permet desllindar dues relacions jurídiques en els serveis prestats: una laboral ("alterne") i una altra no laboral, per ser il·legal (prostitució).

A diferència de la valoració de la sentència, si es valora que la prestació de serveis descrita per la inspecció de treball i que s'incorpora en els fets provats tercer de manera detallada - i separada-, d' alternar amb els clients incitant al consum de begudes, durant una concreta i determinada jornada laboral i amb el sou pactat de 50% de la consumició, es pot considerar com autònoma de les altres activitats de prostitució que es descriuen, segons el relat del fet provat cinquè.

Per això, no obstant la valoració del fonament jurídic anterior, i al marge de les conseqüències de tipus penal que pugui tenir l'activitat lucrativa de les persones titulars del negoci en les que aquesta jurisdicció social no pot entrar, la tutela judicial efectiva dels drets de les persones treballadores no pot ser desvirtuada solament amb la al·legació de l'empresa que imposi també unes condicions de treball atemptatòries dels drets fonaments i de molt pitjor condició, absolut al empresari infractor de qualsevol obligació respecte a les persones que ocupa per executar el seu negoci.

Ja que la realitat constatada en el present cas, pot separar dos tipus de pactes essent un d'ells el de una prestació de serveis per compte aliena, sota la dependència de l'empresa, i amb una retribució a canvi, s'ha de garantir que aquesta part de l'activitat ("alterne") com a prestació de serveis separada i exclosa la que part que resulta incompatible i que seria perseguible per via penal (explotació del negoci de la prostitució aliena), tingui una empara en via laboral amb totes les conseqüències que es deriven d'aquesta declaració a nivell de les condicions de treball, que inclouen els mínims d'afiliació i cotització a la seguretat social, salaris, condicions de treball, vacances, permisos, exercici d'altres drets fonamentals bàsics, prevenció de riscos, etc.

Una altra conclusió, en el cas present donaria lloc a augmentar la desprotecció de les dones treballadores, en situació al límit de l'exclusió social, en aquest cas estrangeres, deixant-les sense empara respecte de una empresa que ni tan sols garanteix la seva afiliació a la seguretat social, ni la prevenció de la salut o altres riscos laborals.

Tal com es va dir en l'anterior sentència d'aquesta Sala, el 2 d'octubre de 2008, dictada respecte a altres persones en situació similar en la mateixa explotació del negoci del "Club Brigitte" de Cunit:

"En aquesta situació, el fet de que en alguns o en molts dels casos les noies oferissin els seus serveis sexuals a canvi de retribució, ja pel seu propi compte utilitzant les instal·lacions de l'establiment i abonant a l'empresa una quantitat, ja per compte del mateix establiment, percebent quantitats de l'empresa per tal concepte de cap manera pot viciar la relació no constitutiva de prostitució i perfectament incardinable en el camp de la relació laboral, doncs el contrari seria afegir a la indesitjable explotació del propi cos, contrari a la dignitat de la persona, ja es faci pel propi compte ja, amb major gravetat quan, com semblen indicar els indicis, es fa per compte d'un tercer que s'en gaudeix del tràfic carnal, la inhibició de les normes de protecció laboral de persones que duen a terme de forma clara i diàfana una activitat de prestació lícita de serveis i que es veurien no per altre motiu que l'exercici de la prostitució amb un grau major o menor de llibertat personal (cal recordar que es tracta d'estrangeres sense permís de treball ni de residència, alguna d'elles del tot indocumentada i moltes d'edat molt jove), foragitades de la protecció dels seus drets laborals i de seguretat social, amb l'incomprensible benefici dels qui reben els seus serveis i aconseguen els seus guanys amb costos molt inferiors als que tindrien si observessin la normativa laboral, fiscal i d'assegurança social. Es produiria doncs la paradoxa de que un determinat establiment dedicat exclusivament a les consumicions amb companyia i sense permetre activitat de prostitució, hauria d'assumir les despeses i limitacions, en concret respecte de la contractació de persones estrangeres, derivades del caràcter lícit de la seva activitat, que incidirien en els seus costos i competitivitat en el sector mentre els que es beneficien de la prostitució aliena, com es sabut manta vegada limitada en la



seva llibertat real per situacions socials i culturals extremes, podrien amb impunitat fruir de serveis de caràcter laboral prestats per les prostitutes mantenint-se totalment al marge de les seves conseqüències en l'àmbit social i fiscal, el que afectaria també la lliure competència i, el que es més important, situaria els treballadors alhora prostituits, absolutament fora de la protecció del sistema social i per tant en una situació de major desavantatge. "

Seguint la doctrina anterior, ja que la relació entre les parts valorada és bàsicament la mateixa, s'ha de estimar el recurs de l'Advocat del Estat i declarar l'existència de contracte laboral, si bé circumscrit a les activitats abans relacionades indicades.

SISÈ. Tal com estableix l' article 262 de la LECriminal , s'ha de deduir testimoni de particulars al Ministeri Fiscal, ja que es valora que dels fets provats es dedueix una conducta que podria ser constitutiva dels delictes tipificats en els articles 188, d'explotació del negoci de prostitució aliena i/o 311-1 i següents del Codi Penal , de delictes contra els drets dels treballadors.

En base als preceptes jurídics i doctrina legal citada,

DECIDIM

Que estimem el recurs de suplicació interposat per l'Advocat de l'Estat contra la sentència dictada pel jutjat social 2 dels de Tarragona, en data 23 de juliol de 2007 , recaiguda en les actuacions número 987-06, en virtut de demanda d'ofici instada per la INSPECCIÓ DE TREBALL I SEGURETAT SOCIAL contra DOS MAS TRES CINCO, S.L., Sacramento , Guillermo , Onesimo I Bienvenido .

Revoquem la sentència dictada i estimant la demanda declarem l'existència de relació laboral també entre l'empresa demandada "Dos más tres cinco S.L." i la resta de demandats, és a dir Sacramento , Guillermo , Onesimo , ratificant també la declarada relació laboral amb el demandat Bienvenido .

Es condemna als demandats a estar i passar per aquesta declaració, amb totes les conseqüències legals que se'n derivin.

S'acorda deduir testimoni de particulars al Ministeri Fiscal - sentència i documents aportats - a efecte de depurar les possibles responsabilitats penals dels titulars i/o directius de la societat demandada pels fets que es declaren provats.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs de cassació per a la unificació de doctrina, que s'ha de preparar en aquesta Sala en els deu dies següents a la notificació, amb els requisits previstos als números 2 i 3 de l'article 219 de la Llei de procediment laboral .

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoniatge que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

VOTO PARTICULAR

que formula el Ilmo. Magistrado Sr. D. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia nº 4004/09 dictada en el Recurso de Suplicación nº 101 de 2008; al que se adhiere el Ilmo. Magistrado Sr. D. JOSÉ QUETCUTI MIGUEL.

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 101/08, expresando mi discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala, al resolver las cuestiones que en el mismo se suscitan y que fundamento en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO.- Compartiendo la inadmitida revisión del relato judicial de los hechos (defectuosamente articulada -ex 191c de la LPL- con inhábil sustento en el valorado Informe de la Inspección de trabajo) mi disconformidad con la Ponencia -desde la dimensión jurídica que ofrece su inalterado contenido- se dirige a la conclusión adoptada en favor de la laboralidad de la relación de quienes ejercían las actividades de "de alterne" y "prostitución" en el (mismo) local propiedad del "empresario".

La opinión mayoritaria de nuestros Tribunales ha venido distinguiendo ambas actividades para admitir (en el primer caso) que aquélla pueda desarrollarse por cuenta ajena, aplicando, de forma flexible, la nota de dependencia.



Así, nuestro Tribunal Supremo ha considerado que la actividad de "alterne" ejecutada bajo el ámbito organizativo y rector de quien "fija los precios de las consumiciones y dispone de los medios materiales y personales" para que las personas a su servicio -sujetas a horario- realicen su labor de captación de clientes e incremento de las consumiciones, participa de la naturaleza "laboral" (ex SSTS de 21 de octubre de 1987, 4 de febrero de 1988, 25 de enero y de 10 de julio de 2000, 11 de febrero de 2001 y 27 de noviembre de 2004).

Ahora bien, también debe destacarse que ni en la sentencia que se cita de 4 de febrero de 1988 ni en las que, con anterioridad, dictó el Alto Tribunal (el 25 de febrero de 1984 y 14 de mayo de 1985) se acreditaba el concurrente ejercicio de la prostitución. Así mientras en aquélla se contemplaba el caso de unas "señoritas de alterne en un bar o club de Top-Less que atendían "a los clientes, con horario fijo, mediante la percepción de 3.000 ptas. diarias más de 150 ptas. por cada copa que tomara con aquéllos, cantidades que sólo cobraba los días que asistía al establecimiento...", en la última de las reseñadas se aludía a la prestación de unos servicios "consistentes en la permanencia en el local desde las dieciocho horas de un día, hasta la una o las dos del siguiente, para la captación de clientes varones, mediante su atractivo sexual, al objeto de que consumieran bebidas...". En ninguna de ellas, insisto, se aludía al ejercicio de una actividad ilícita (ex art. 188 CP) como la desarrollada en un supuesto en el que, incontestablemente, se acredita que las codemandadas "ejercían la prostitución en el local con los clientes que allí acudían" (hp 4); circunstancia que corrobora el correlativo ordinal de su fundamentación jurídica cuando -con idéntico valor fáctico- viene a precisar que se trataba de la "principal actividad del negocio".

SEGUNDO.- Ciertamente es que nuestra doctrina jurisprudencial ha venido también a considerar la laboralidad de los servicios "de alterne" cuando -y aun intercurriendo con un eventual ejercicio de la "prostitución"- no ha quedado acreditadamente justificada su práctica; reiterando, en este sentido, la STS de 27 de noviembre de 2004 la naturaleza laboral de la actividad de alterne -ya expresada en sus pronunciamientos de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984 y 14 de mayo de 1985 - "pues no puede presumirse que en los locales dedicados a la misma se ejerce la prostitución sino que dicha circunstancia debe ser objeto de prueba...".

Sin perjuicio de recordar que el artículo 386.1 de la LEC permite presumir la certeza del hecho presunto cuando entre éste y el demostrado "existe un enlace preciso directo según las reglas del criterio humano" (que no es otra cosa que la suma de experiencia de la vida y de lógica práctica), y la consideración ético-legal que (per se) pueda merecer una actividad (de alterne) desarrollada bajo las circunstancias y con el significado que a la litigiosa se le atribuye, en el supuesto de autos (a diferencia de la mera "posibilidad" que contempla la sentencia de la Sala de 2 de octubre de 2008) la relación entre la actividad de alterne y la prostitución ha quedado "directamente" acreditada a través del cuarto hecho probado, que viene a constatar su ejercicio por parte de las codemandadas en la forma que en el mismo se refiere. Y así lo viene a admitir la mercantil cuando, en trámite de contestación, alega "que la actividad de alterne...se limita a un prolegómeno de la prostitución que (aquéllas) ejercen en el local...que gira con licencia para prostíbulo..." (Fj 2.2); alegato que, con valor de hecho probado, incorpora la recurrida al cuarto de sus fundamentos al reiterar que "la actividad ejercida por las codemandadas en el local...era la de prostitución (pues) el alterne de los clientes del club constituía una forma de contacto previo por medio del que lograr la venta del servicio sexual, de mayor precio y beneficio tanto para la propiedad...como para las prostitutas y consecuentemente la principal actividad del negocio..." (lo que denota la inescindible conexión finalista entre ambas).

Es por ello que, sin perjuicio de la connotación sexista inherente al alterne, su ejercicio (en el que, claramente, se comprometen valores constitucionalmente protegidos como lo son el derecho a la integridad física y moral -ex arts. 15 de la Constitución y 4.1d y e del Estatuto-) se revela, en efecto, como una realidad indisoluble respecto de la de prostitución ejercida en el mismo establecimiento en que aquélla se lleva a cabo y por las mismas personas que prestan sus "servicios" en las habitaciones facilitadas por el titular del local; acreditada situación fáctica que dificulta aun más el ya problemático deslinde entre figuras conexas por su finalidad.

Así lo pone de manifiesto la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2003 (caso Mesalina) cuando, tras recordar como "nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral en el supuesto de concurrir la ajeneidad y la dependencia organizativa a la prestación de servicios de alterne...", sostiene que aunque la misma no se identifica "con la de prostitución, supone precisamente el límite prestacional con ésta..."; de tal manera que la ilicitud de la causa en las relaciones contractuales que tienen por objeto la prostitución (ilicitud que, por contraria a la moral y al orden público constitucional, considero que podría incluso hacerse extensible a la actividad conexa y no tan sólo a esta última - ex arts 1255 y 1275 CC -) puede, en cualquier caso, restar importancia a la distinción entre una y otra en aquellos supuestos en que las mismas -como ocurre en el litigioso- se ejercen en un mismo local. Como así parece desprenderse de lo manifestado por el Tribunal Supremo en su Auto de 21 de febrero de 2009 cuando -al razonar sobre la ausencia de contradicción- valora "especialmente el contrato de subarriendo de vivienda dentro del propio recinto..." en el que se ejerce la prostitución.



Tratándose de obligaciones indivisibles (art. 1151 CC) la obligación de prestar un servicio -como afirma la STSJ de Valencia de 10 de junio de 2008 - "conlleva la ejecución del otro, de acceder a ello el cliente con el que se alterna (de tal manera que) la ilicitud del objeto del contrato así descrito (art. 1271 CC) supone, de admitirse, un grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las afectadas (derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal), que puede hacerse efectivo si al propietario del local se le reconocen los poderes directivos y organizativos propios de todo empleador, situación que le habilitaría para exigir a las interesadas el cumplimiento de las tareas contratadas, aún en contra de su libertad de actuación, además de favorecer, promover e inducir con ello al ejercicio de la prostitución..."; lo que (como señala el Fj 4.4 de la recurrida, remitiéndose a lo manifestado sobre el particular por la STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2004) constituye un acto delictivo previsto por el artículo 188 del vigente Código Penal al tipificar la conducta de quien "(...) se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma".

TERCERO.- El actual marco legislativo (del que el Juzgador no puede apartarse para -desde un ejercicio de voluntarismo jurídico y forzando la solución que se quiere alcanzar- comprometer la función que le es propia en la aplicación e interpretación de la Norma que, en ningún caso, puede efectuarse "contra legem") impide el que pueda atribuirse eficacia jurídica a una relación en la que la "tipificada" ilicitud de la prostitución deberá arrastrar la del alterne; máxime cuando, en el supuesto enjuiciado (y sin perjuicio de reiterar que esta última también contraviene indisponibles derechos "fundamentales" de quien presta unos "servicios" de indiscutible significado sexual) ambas actividades -la de prostitución y la de alterne- se desarrollan en el mismo local del que es titular el propietario del negocio; quien percibe la contraprestación económica correspondiente por las consumiciones y el alquiler. De tal manera que las formales circunstancias de laboralidad que, de contrario, se valoran (jornada, remuneración...) deberían ceder ante la sustancial incidencia del objeto de la actividad en que se insertan.

No se ignoran los desfavorables efectos "cotizatorios" que de la conclusión así alcanzada se derivan pero, insistimos, no es a la Autoridad Laboral (o al Poder Ejecutivo del que, en última instancia, dependen) como tampoco al Judicial a quienes corresponden ofrecer la respuesta adecuada a dicha problemática, sino que debe ser el Legislativo el que, en su caso, deba corregir (mas allá de la dificultad ético-jurídica que ofrece la eventual consideración "laboral" de actividades como las reseñadas) las disfunciones que pueda generar una realidad como la descrita. Y, en tal sentido, es de significar como mientras el Decret 217/2002 de 1 de agosto "por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución" (en el ámbito de esta Comunidad Autónoma) no hace mención alguna al déficit laboral de los trabajadores sexuales, la Proposición No de Ley relativa a la regularización de la prostitución 162/000035 del Grupo Mixto Decreto Catalán (BOCG de 9 de mayo de 2008) -en el que sí se reclama el reconocimiento de los derechos socio-laborales de quienes ejercen esta actividad- no consta que haya sido tomada en consideración ni que, por tanto, pueda devenir -en un futuro próximo- en norma jurídicamente eficaz.

En cualquier caso, siempre podría acudir a medios alternativos con los que (desde el necesario respeto a la legalidad vigente) indemnizar -por vía civil- los perjuicios irrogados a quienes -como las codemandadas- no pueden tener otra consideración que la de víctimas "perjudicadas" por la situación en que se encuentra la persona a quien se explota sexualmente, aun con su consentimiento (ex art. 188 del Código Penal; en relación con el 109 y ss del mismo Texto Legal). Adhiriéndome, en este sentido, a la deducción del testimonio acordado en la sentencia que debería -conforme a lo expuesto en este Voto Particular- haber desestimado el recurso que se formula por la INSPECCION DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; con la consecuente íntegra confirmación de la recurrida.

PUBLICACIÓ. Avui, la Magistrada ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.