



Roj: **STSJ M 948/2018 - ECLI: ES:TSJM:2018:948**

Id Cendoj: **28079340012018100148**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/02/2018**

Nº de Recurso: **1015/2017**

Nº de Resolución: **96/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JAVIER JOSE PARIS MARIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0036461

Recurso número: 1.015/17

Sentencia número: 96/18

Gi.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Ilmo. Sr. D. JAVIER PARIS MARÍN

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

En la Villa de Madrid, a DOS DE FEBRERO DE DOS MIL DIECIOCHO, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE 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 de suplicación número 1.015/17, formalizado por el Sr. Letrado D. CARLOS MAROTO DELGADO, en nombre y representación de la entidad mercantil ADMONITRIX, S.L. contra la sentencia Nº 6/2.017 de fecha 11 de enero de 2.017, dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de MADRID , en sus autos número 844/2.016, seguidos a instancia de la citada parte recurrente frente a la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), en materia de IMPUGNACION DE SANCION ADMINISTRATIVA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JAVIER PARIS MARÍN, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos probados:

1º.- Con fecha 11 de febrero de 2015 se produjo en el establecimiento abierto al público con el nombre comercial Hot Dream sito en la calle Marqués de la Ensenada, 16 de Madrid en el que la mercantil Admonitrix SL desarrolla su actividad una inspección conjunta de Policía Nacional e Inspección de trabajo, que derivó en un expediente sancionador por no dar de alta a 13 personas que según los funcionarios actuantes mantenían relación laboral.

2º.- A resultados de la actuación en fecha de 22 de julio de 2015 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social practicó acta de infracción número 28201500028282567 proponiéndose sanción por la comisión de infracciones tipificadas y calificadas como graves, ascendiendo el importe total de la sanción propuesta a 60.957,00 euros.

3º.- A medio de resolución de 10 de diciembre de 2015, notificada a la demandante en fecha de 28 de enero de 2016 por la dirección Provincial de la TGSS se aceptaba la propuesta anterior, confirmándose la sanción propuesta por importe de 60.957,00 así como la pérdida de ayudas, bonificaciones o beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo.

4º.- Interpuesto recurso de alzada por la parte demandante contra dicha resolución sancionadora, la Dirección Provincial de la TGSS estimó el mismo parcialmente, al advertir que no se entrevistaron a 13 personas sino a 11 (lo que evidencia que nunca se va a poder saber -a la vista del acta-, manteniendo la resolución en los restantes extremos.

5º.- El acta de infracción anteriormente referida establece lo siguiente: <<HECHOS:

Que se realiza visita por parte de los subinspectores de Empleo y Seguridad Social que suscriben la presente junto con la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras U.C.R.I.F. / Grupo XI de la Policía Nacional el día 11/02/2015, a partir de las 23:15 horas en el centro de trabajo con el nombre comercial de HOT sito en la calle Marques de la Ensenada nº 16 de Madrid, centro de trabajo donde a la empresa ADMONITRIX SL con CIF 898106479, ejerce su actividad económica HOSTELERÍA (club de alterne), con objeto de efectuar los controles y comprobaciones correspondientes en materias de seguridad social, desempleo y trabajo de extranjeros y previa acreditación de su condición, mediante la exhibición de su credencial de identidad profesional.

No pudiendo dar por terminada las actuaciones inspectoras al no poder aportar en el centro de trabajo la documentación solicitada, libro de visitas, alta y bajas de los trabajadores, autorizaciones administrativas para trabajar por cuenta ajena y cotizaciones efectuadas a la Seguridad Social, se procedió a requerir la presentación de dicha documentación que se aportaría en las oficinas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y ante el Subinspector que suscribe el día 18/02/2015 y siendo su última comparecencia el 25/02/2015, para tal fin se entregó citación en forma reglamentaria y firmando el recibí María Pilar Espallargas Sancho con NIF 13293004Q.

En el transcurso de la visita y entrevistadas todas las señoritas, se tomó la filiación de las trabajadoras que reconocieron encontrándose prestando sus servicios para la empresa mencionada en el encabezamiento, concretamente realizando funciones de "chicas de alterne", indicaron diversos aspectos de su relación con la empresa, y forma y cuantía de cómo perciben sus emolumentos, siendo estas las trabajadoras siguientes:

1. Casilda con NIE X NUM000
2. Soledad con NIE NUM001
3. Cecilia , con NIE NUM002
4. Juana con carnet rumano NUM003
5. David con NIE NUM004
6. Gumersindo con NIE NUM005
7. Marí Jose con NIE NUM006
8. Gumersindo con NIE NUM005
9. Rosendo con NIE NUM007



10. Noelia con NIE NUM008
11. Adriana con NIE NUM009
12. David con NIE NUM004
13. Felicísima con NIE NUM004

- Las señoritas suelen entrar con posterioridad a las 19 horas sin un horario establecido, y están en el establecimiento hasta las tres o cuatro de la mañana siguiente.

- Ninguna de estas personas al serle solicitada su identificación por la Policía Nacional la portaba encima, teniendo que desplazarse a las taquillas que para tal fin tiene instaladas la empresa en el centro de trabajo

- De cada copa que toma el cliente con las señoritas, y que abona el cliente, le supone a ésta 50%. El cliente paga la empresa la totalidad de su consumición, devolviendo la empresa al finalizar la noche el importe resultante de su porcentaje por consumición a cada una de las señoritas.

Las trabajadoras identificadas manifiestan que las condiciones del porcentaje a cobrar de la copa le viene impuesto por la empresa.

A la vista de lo expuesto, se concluye que los trabajos realizados por las señoritas, en especial los de toma de copas con el cliente, se consideran trabajos por cuenta ajena, o sea, trabajos que realizan para el lucro de la empresa visitada. Se aprecia en esta relación laboral empresa-trabajadora, las características de ajenidad en el trabajo realizado. A saber: La actividad se realiza en el centro de trabajo de la empresa, lo efectúan en el horario de apertura del establecimiento, la trabajadora no pone ningún útil o herramienta, solo aporta su trabajo personal, como es su habilidad para captar clientes para que consuman productos de la empresa. En este caso, el consumo es la bebida, de este consumo, la empresa se beneficia en una cantidad y en otra la trabajadora que incita al cliente al consumo; esta cantidad por copa es el salario de la trabajadora, y el beneficio empresarial sería el resto de la cantidad que se cobra por copa.

Define el Estatuto de los Trabajadores las relaciones laborales por cuenta ajena en su artículo 1, relatando que será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica. Esto es, prestación voluntaria, por cuenta ajena y con dependencia organizativa del empresario.

Las mencionadas mujeres, realizan una actividad de alterne en el local visitado, acuden a la prestación de servicios, en un horario desde las 19 horas, hasta aproximadamente las 3 o cuatro horas del día siguiente, perciben por su trabajo 50% por copa tomada con los clientes, no realiza otra actividad la empresa, que la propia de toma de copas, a los clientes, incitados los clientes por las trabajadoras.

Como antes se dijo, la empresa se lucra, ya que el cliente está allí, consume animado por las chicas de alterne, y las propias mujeres perciben su salario a través del porcentaje del consumo del cliente.

El Tribunal Supremo afirma en sentencia de 15-10-86, que se está en presencia de una relación laboral, cuando se realiza una prestación de servicios e indelegable mediante precio -salario- que se paga en dinero o en especie, en este caso en comisiones devengadas en función de los servicios prestados.

Por otra parte se señala, que no se desvirtúa la naturaleza laboral de esta relación por el hecho de que las trabajadoras gocen de amplia libertad para realizar sus funciones de captación de clientela, ya que la concepción tradicional de la "dependencia" ha venido atenuándose y no se entiende ya como una subordinación absoluta y rigurosa, sino como una sujeción a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo del vínculo contractual.

Lugar de Trabajo.- La jurisprudencia considera como un elemento probatorio de una relación laboral ordinaria, el lugar de trabajo, en este caso el bar de alterne, cuya titularidad pertenece a la empresa referenciada.

El Tribunal Supremo en Sentencias de 21 de julio de 1995 (RJ 1995, 5948) y 11 de diciembre de 2001, la razón fundamental estriba en que la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica.

El contrato de trabajo existe cuando la prestación de servicios se realiza en forma voluntaria y remunerada por cuenta de otro y en el ámbito de su organización y dirección (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores). Si se dan estas condiciones la actividad de alterne ha de considerarse laboral, tal y como ha resuelto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en numerosas sentencias: de 4 de febrero de 1988, 21 de octubre de 1987, 14 de mayo de 1985, 25 de febrero de 1984 y 3 de marzo de 1981. Conviene reseñar que en todas ellas, consistía en que la actividad de alterne se hacía por cuenta de los titulares de un establecimiento abierto al público y a



cambio de una retribución por comisión y participación en el importe de las consumiciones o servicios a los clientes. El requisito de dependencia, debatido en numerosas sentencias de Tribunales Superiores, ha venido flexibilizándose en el sentido de no ha de entenderse por tal una <subordinación rigurosa y absoluta>, sino una <inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial>, que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne: por tanto, como expresamente señalan las sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de abril de 1998 y 13 de noviembre de 2001, y Andalucía/Málaga de 14 de julio de 2000 y 5 de octubre de 2000 el hecho que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne, y que pudiera no acreditarse taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad.

Los mencionados trabajos se realizan desde al menos el día de la visita de inspección, es decir, 10/02/2015, según se comprobó durante la visita de inspección.

La empresa no ha acreditado haber comunicado el ingreso de dichas trabajadoras a su servicio a la Tesorería General de la Seguridad Social para que fueran dadas de alta en el Régimen General con carácter previo a la de inicio de su prestación de sus servicios.

PRECEPTOS INFRINGIDOS:

Los hechos descritos, consistentes en no solicitar el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido, constituyen infracción de lo dispuesto en los artículos 100.1 y 102.1 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (B.O.E. de 29 de junio), y en los artículos 29.1.1º y 32.3.1º del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (B.O.E. de 27 de febrero).

La infracción está tipificada y calificada como GRAVE en el artículo 22.2 (en la redacción dada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, B.O.E. de 27 de diciembre) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (B.O.E. de 8 de agosto) (C.E. B.O.E. de 22 de septiembre). A estos efectos, conforme al citado artículo 22.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.

De conformidad con los criterios recogidos en el artículo 39.2 y 6 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la sanción por cada trabajador se propone en su grado MÍNIMO en la cuantía prevista en el artículo 40.1 .e. 1) (añadida esta letra e) por el real decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, B.O.E. de 6 de mayo, y modificada por la Ley 13/2012, de 26 de diciembre) de dicho Texto Refundido, 3.126 euros.

En aplicación de lo establecido en dicho artículo 40.1.e), y como consecuencia de que el mismo día y en la empresa se encontraban prestando servicios los trabajadores anteriormente mencionados, sin haberles dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de la relación laboral, se incrementa el importe de cada sanción, 3.126 euros, en la cuantía de un 50%, al tratarse de más de cuatro trabajadores, resultando una sanción de 4.689 euros por cada infracción.

A los efectos de la sanción accesoria prevista en el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social, se hace constar que la empresa no disfruta, en el momento de comisión de la infracción, de ayudas, bonificaciones o beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo >>.

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

"DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por la entidad mercantil ADMONITRIX SL confirmando íntegramente la resolución impugnada, que se confirma en todos sus extremos".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ACTORA, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 18 de septiembre de 2.017 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.



SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 17 de enero de 2.018, señalándose el día 31 de enero de 2.018 para los actos de votación y fallo.

SÉPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestima la pretensión actora sobre sanción administrativa, se interpone Recurso que, en un primer motivo, al amparo procesal del art. 193 b) se solicita la adición de un nuevo ordinal según redacción que ofrece, en base a la documental que cita, a lo que no se accede, porque el contenido de esos documentos, en tanto que recogen las manifestaciones de dos de las trece personas identificadas en el operativo policial ante la autoridad judicial, tiene naturaleza de prueba testifical, sin que este medio de prueba sea idóneo para modificar en suplicación el relato fáctico de la sentencia.

De otra parte, la carga de la prueba y sus consecuencias son distintas en el proceso penal y en el laboral, por lo que lo resuelto en aquel sobre el sobreseimiento de lo actuado no incide en la presente controversia.

En cualquier caso, ya la Resolución sancionadora excluye a dos de las mujeres identificadas inicialmente porque no fueron entrevistadas directamente (ordinal 4º).

SEGUNDO.- En los tres siguientes motivos, que por razones de sistemática deben examinarse de forma conjunta dada su estrecha relación, al amparo procesal del art. 193 c) L.R.J.S ., se denuncia la vulneración del art. 148.2 L.R.J.S . en relación a la Disposición Adicional 4ª de la Ley 42/1997 , y del art. 1 ET , art. 7.1 LGSS , art. 22.2 , 39.2 y 6 en relación al art. 40.1 e) y 46.1 LISOS , por entender que la presunción de veracidad del acta de inspección ha quedado desvirtuada, y que de los hechos acreditados no se desprenden las notas que caracterizan la relación laboral, planteamiento que, no puede tener favorable acogida, porque el contenido del acta de la inspección (ordinal 5º) recoge pormenorizadamente la percepción directa del inspector en su visita al local sito en C/ Marqués de la Ensenada Nº 16 de Madrid, y si bien la presunción de veracidad del acta puede ser destruida por cualesquiera medios de prueba, como ya se indicó en el fundamento anterior, lo manifestado por dos testigos en otro procedimiento no evidencia sin más el error del juzgador al valorar el acta de inspección conforme a las facultades de libre valoración que le otorga el art. 97.2 L.R.J.S . De otra parte, el acta identifica a trece mujeres afirmando que todas fueron entrevistadas, aunque la Resolución sancionadora admite que dos no fueron entrevistadas como ya se recoge en el fundamento que antecede.

En definitiva, lo constatado por el inspector de trabajo refleja la existencia de una relación laboral de la empresa sancionada con las once mujeres entrevistadas por el inspector, de conformidad con los criterios establecidos en la STS de 21-06- 1995 Recurso 5948/95 , ya que la actividad se desarrolla en el local de la demandada, que obtiene un lucro constatado y retribuye a las "chicas de alterne" con un salario en forma de comisión del 50% de cada consumición. Lo anterior no se desvirtúa, como razona la STS citada, porque la dependencia aparezca aquí atenuada al no constar órdenes o instrucciones concretas dirigidas a las trabajadoras sobre su comportamiento hacia los clientes, ni porque dentro del horario del local exista cierta flexibilidad en la duración de la presencia diaria de las trabajadoras (solían acudir a partir de las 19 horas, y permanecían hasta las 3 o 4 horas del día siguiente). En el mismo sentido la STSJ Madrid de 18-04-2016 .

Constatada la relación laboral es evidente la comisión de la falta tipificada en el art. 22.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto en relación al art. 32.3.1 del R.D. 84/1996, de 26 de enero , al no estar las trabajadoras en situación de alta en la Seguridad Social.

De conformidad con el art. 235.1 L.R.J.S ., desestimando el recurso, se han de imponer las costas a la parte recurrente, fijándose los honorarios del letrado dela parte recurrida en quinientos euros.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la entidad mercantil ADMONITRIX, S.L., contra la sentencia Nº 6/2.017 dictada en fecha 11 de enero de 2.017 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de MADRID , en los autos núm. 844/2.016, seguidos a instancia de la citada parte recurrente, contra la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en materia de impugnación de SANCION ADMINISTRATIVA y, en su consecuencia, confirmamos la resolución judicial recurrida.

Se imponen a la empresa recurrente ADMONITRIX, S.L. las costas del recurso fijándose los honorarios del letrado de la parte recurrida en quinientos euros.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.



Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220, 221 y 230 de la LRJS.

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000101517 que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco de Santander, sita en el Paseo del General Martínez Campos 35, Madrid.

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco de Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento número 2826000000101517.

Pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Cuando en la sentencia se reconozca al beneficiario el derecho a percibir prestaciones, el condenado al pago de la misma deberá ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social el capital-coste de la pensión o el importe de la prestación a la que haya sido condenado en el fallo, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala (art. 230/2 de la LRJS).

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el , por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal, doy fe.