



Roj: **STSJ GAL 281/2015 - ECLI:ES:TSJGAL:2015:281**

Id Cendoj: **15030340012015100156**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **28/01/2015**

Nº de Recurso: **4557/2013**

Nº de Resolución: **333/2015**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ GAL 281/2015,**
STS 1445/2017

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 36057 44 4 2013 0002197

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0004557 /2013-MJC

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: P.OFICIO AUTORIDAD LABORAL 0000438/2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de VIGO

Recurrente/s: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Abogado/a: SERV. JURIDICO SEG. SOCIAL(PROVINCIAL)

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: INVERSIONES COMODIN SL

Abogado/a: MARIA DEL CARMEN ARGIZ VILAR

Procurador/a: JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. ANTONIO J. GARCÍA AMOR

ILMA. SRA.Dª BEATRIZ RAMA INSUA

ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a veintiocho de Enero de dos mil quince.

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 ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0004557/2013, formalizado por el/la D/Dª Letrado de la Seguridad Social, en nombre y representación de TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia número 565/2013 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 2 de VIGO en el procedimiento P.OFICIO AUTORIDAD LABORAL 0000438/2013, seguidos a instancia de TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a INVERSIONES COMODIN SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ANTONIO J. GARCÍA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL presentó demanda contra INVERSIONES COMODIN SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 565/2013, de fecha veintisiete de Septiembre de dos mil trece .

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

PRIMERO .- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Vigo extendió acta de infracción el 22 de noviembre de 2012 a la empresa INVERSIONES COMODÍN SL, por la prestación de servicios de varias personas, por la falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social./ **SEGUNDO** .- En el acta de infracción se especifica que sobre ellas lo que sigue: 1.- Aurora , nacida en Colombia el NUM000 /1969, con nacionalidad española y DNI nº NUM001 . A preguntas del funcionario actuante manifiesta que realiza actividades de alterne, esto es, atraer y tratar con los clientes que les invitan a copas, siendo el precio de dichas copas de 30 euros, de los cuales 20 son para ella, cantidades que le son abonadas por el cliente cuando paga al camarero del establecimiento cuando abona las consumiciones. En el local es conocida por " Aurora " y manifiesta que viene prestando servicios de alterne en este club desde el día anterior con un horario de 22:00 a 03:00 ó 04:00 horas. Se aloja en el hotel del complejo./2.- Maite , nacida en Colombia el NUM002 /1971, con NIE NUM003 y R. Familiar Comunitario válido hasta 10/11/2015, que se aloja también en el establecimiento y que manifiesta prestar servicios de alterne en el club desde hace una semana y con horario de 18:00 a 04:00 aproximadamente, recibiendo por ello 20 euros del precio total de la copa (30 euros), que le abona el cliente al hacer efectiva la consumición al camarero. En el club se la conoce como " Maite " ./3.- Amalia , nacional de la R. Dominicana, con NIE NUM004 y R. Familiar comunitario válida hasta 11/08/2014. Tiene su domicilio en la C/ DIRECCION000 , nº NUM005 - NUM006 de Vigo. Manifiesta que realiza actividades de alterne en el club desde hace 21 días, con horario aproximado de 16:30 a 04:00 horas y que cobra 20 euros de los 30 que cuesta la copa que le paga el cliente y que éste le entrega al abonar la consumición al camarero. En el club es conocida con el alias de Amatista ./4.- Margarita , nacida en la República Dominicana el NUM007 /1991 y con NIE NUM008 . Se aloja en el hotel anexo y dice prestar servicios de alterne en el club desde abril de 2012 con un horario aproximado de 18:00 a 04:30 horas, siendo el precio de la copa de 30 euros, de los que 20 corresponden a su comisión y 10 al establecimiento, cantidades que abona el cliente al pagar la consumición. Es titular de Residencia de Larga Duración (RLD) que le autoriza a trabajar, válido hasta 29/10/2015. En el club se hace llamar " Canela " ./5.- Antonia , nacida en Colombia el NUM009 /1974, tiene nacionalidad española y DNI nº NUM010 . Tiene su domicilio en C/ DIRECCION001 , NUM011 - NUM012 de La Coruña, aunque se aloja en el hotel. Manifiesta llevar 15 días trabajando en el club, realizando la actividad de alterne, con un horario aproximado de 17:00 a 03:00 horas y recibiendo 20 euros de cada 30 que cuesta la copa a que le invita el cliente, siendo los otros 10 para el club, cantidad que le entrega el cliente al hacer efectiva la consumición en barra. Señala también que estuvo de alta en el REEH hasta diciembre de 2009, dato que se constata posteriormente./6.- Marisol , nacional de Nigeria, con NIE NUM013 . Es titular de Autorización de Residencia y Trabajo válida hasta 30/03/2012 y manifiesta realizar la actividad de alterne en el club desde hace un mes, con horario aproximado de 17:00 a 4:30 horas. Se aloja en el hotel y percibe, al igual que sus compañeras, 20 euros de los 30 que cuesta la copa y que le entrega el cliente al pagar los 10 restantes al camarero. Figuró de alta en la Seguridad Social hasta 09/05/2012. En el club se hace llamar " Pitusa " ./7.- Asunción , nacida en Colombia el NUM014 /1976. Tiene Autorización de trabajo permanente por RLD. y se aloja en el establecimiento, manifestando a preguntas de la funcionaria actuante que empezó a trabajar como alternadora hace una semana, con horario de 18:00 a 04:00 horas, percibiendo la misma remuneración que sus compañeras y en sus mismos términos. En el club se conoce con el nombre de " Pecas " . Estuvo de alta en la Seguridad Social y fue perceptora del subsidio por desempleo hasta 13/03/2012./8.- Leocadia , de nacionalidad dominicana y con NIE NUM015 . Es titular de Autorización de Residencia y Trabajo por cuenta ajena (la renovación) válida hasta 02/02/2013. A preguntas



de la funcionaria dice haber comenzado a realizar la actividad de alterne en el club desde hace una semana con horario de 20:00 a 03:00 horas y percibe por ello 20 euros de los 30 que cuesta la copa, cantidad que le entrega el cliente al hacer efectiva la consumición, siendo los 10 restantes para el club. Se hace llamar " Flaca " y añade que se encuentra de alta en el R. General como empleada de hogar./ **TERCERO** .- La empresa fue sancionada por ocho faltas graves, con una multa de 25.008 €./ **CUARTO** .- El 1 de febrero de 2013 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social instó a la Tesorería General de la Seguridad Social para que presentara demanda de oficio.

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

Que desestimo la demanda de oficio interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social por falta de legitimación activa, en la ha sido parte la empresa INVERSIONES COMODÍN SL.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 9 de diciembre de 2013.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 28 de enero de 2015 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda sobre relación laboral por falta de legitimación activa de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) demandante.

La TGSS recurre dicho pronunciamiento. A tal fin, solicita su nulidad, así como revisar los hechos probados y el derecho que aplicó.

SEGUNDO.- Con base en el artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y cita de los artículos 148.d) LRJS , 31 de la Ley General de Seguridad Social (-LGSS- redactado por la disposición final 3ª de la Ley 26/2009 de 23- 12), 48 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (-LISOS - redactado por la disposición final 12ª de la Ley 26/2009), el Real Decreto 928/2008 (redactado por Real Decreto 772/2011 de 3-6), artículos 4.1.a.1º, 18 bis y 19 del Real Decreto 772/2011 , pues la intención del legislador es atribuir al órgano competente para decidir por razón de la materia la facultad de formular demanda de oficio en los expedientes sancionadores en el ámbito de la Administración General del Estado, de ahí que el término "autoridad laboral" del artículo 148 LRJS no esté concebido como una entidad única para todos los casos en que legalmente se emplea sino, principalmente, para referirse al órgano o administración competente en cada caso, bien en función de la materia bien en función de la decisión que deba adoptarse o esté ya adoptada, es decir, acudiendo a la naturaleza y objeto del procedimiento de oficio de oficio que regula el citado artículo 148 LRJS , de modo tal que en el contexto normativo de referencia y ponderando la finalidad del tipo de procedimiento actual, la autoridad interesada en obtener la decisión jurisdiccional coincida con la llama a resolver el procedimiento administrativo sancionados, en el caso la TGSS.

TERCERO.- I. La jurisprudencia (TS s. 9-4-2003) declara que la legitimación activa es un concepto que se corresponde con la titularidad de la posición habilitante para formular pretensiones, como presupuesto necesario para que el órgano jurisdiccional pueda actuar el derecho material, cualidad que, de ordinario, radica en la afirmación de la titularidad del derecho subjetivo material de quien acciona, aunque en ocasiones la ley es la que admite de manera expresa la posibilidad de ejercitar pretensiones sin necesidad de justificar la titularidad del derecho subjetivo, lo cual sucede con la denominada legitimación extraordinaria, si bien en tales supuestos la legitimación precisa inexcusablemente de una cobertura legal que de manera inequívoca la atribuya a sujetos determinados, como sucede en los casos de legitimación de la autoridad laboral o del Ministerio Fiscal.

II. La doctrina expuesta nos lleva a compartir el criterio de instancia, toda vez que:

a] El artículo 63 LGSS configura la TGSS como servicio común de la Seguridad Social, que residencia los recursos financieros del sistema de protección y cuya custodia le corresponde, rigiéndose en su actuación por los principios de solidaridad financiera y de caja única; es decir, carece de competencias ejecutivas, como de contrario sucede con las entidades gestoras de la Seguridad Social (art. 57 LGSS).

b] No obstante el artículo 48.6 LISOS , la pretensión de demanda es ajena a las facultades de la TGSS en cuanto persigue frente "Inversiones Comodín" SL obtener <<.....sentencia en la que se declare que los trabajadores a los que se refiere el Acta de 22/11/2012 prestan servicios de naturaleza laboral para la empresa demandada>>, finalidad que, de apreciarse, integraría presupuesto necesario para el ejercicio efectivo de la



gestión recaudatoria de los recursos de la Seguridad Social que legalmente tiene atribuida (art. 18 y siguientes LGSS).

c] El artículo 148.b) y d) LRJS prevé la actuación de la Autoridad Laboral, dependiendo de la naturaleza de la prestación, a solicitud de la entidad gestora e incluso de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social.

d] En el ámbito de la normativa general sobre sanciones a empresarios, el artículo 39.6 LISOS prevé el inicio del expediente mediante acta de la Inspección, mientras que el artículo 48.1 y 6 LISOS atribuyen la competencia sancionadora a los órganos de la Administración General del Estado o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente atendiendo, principalmente, a la cuantía de la sanción impuesta; en aplicación de dicha normativa, la jurisprudencia estima Autoridad Laboral competente, y para ser parte en los procesos instados a virtud de aquella comunicación con el fin de ejercer potestad sancionadora en donde previamente se discute la naturaleza de la relación laboral, a la Dirección General de Trabajo, de la Comunidad de Madrid o de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social (TS ss, 12-12-2007 , 21-10-2004 , 31-1-97 , respectivamente).

e] La Inspección de Trabajo y Seguridad Social no sólo está legitimada para presentar comunicaciones iniciales orientadas a iniciar procedimientos de oficio sino que está obligada a hacerlo según el artículo art. 7.12 Ley 42/97 de 14-11 (Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), al prever como medida derivada de la acción inspectora "Proponer a su respectivo jefe la formulación de demandas de oficio ante la Jurisdicción de lo Social en la forma prevista en la Ley reguladora de dicho Orden Jurisdiccional", norma desarrollada por el artículo 6.1 RD 928/2008 que, respecto de la iniciación del procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social, señala "De conformidad con lo establecido en la Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social podrán proponer al Jefe de la Inspección Provincial o al Jefe de la respectiva Unidad especializada la formulación de demandas de oficio ante los Juzgados de lo Social en la forma prevista por el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril".

De ello resulta que con independencia de atribuir o no a la Inspección la cualidad de Autoridad Laboral, tampoco en los términos del artículo 148.d) LRJS (iniciación de oficio por consecuencia "de las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del artículo 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora"), en cualquier caso no han de confundirse las funciones de los órganos administrativos ("políticos"), de los que depende la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y las facultades de la Inspección, pues esta última constituye "un servicio público al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas de orden social y exigir las responsabilidades pertinentes, así como el asesoramiento y, en su caso, arbitraje, mediación y conciliación en dichas materias" (art. 1.2 Ley 42/97).

En la tramitación del proceso sancionador encaja el procedimiento de oficio, que normalmente tiene como finalidad declarar que la relación que justifica la infracción es o no una relación laboral, ahora objeto litigioso y que excede las facultades de la entidad demandante (TGSS) según indicamos, lo que también impide su apreciación como Autoridad Laboral a efectos del artículo 148 y siguientes LRJS .

f] El RD 772/2011 en cuanto modifica el RD 928/98 (Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social) no altera las consideraciones anteriores, tal como resulta, entre otros, de su artículo 19 (Procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional social, derivado de comunicaciones de la autoridad laboral).

Por todo ello,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo, de 27 de septiembre de 2013 en autos nº 438/2013, que confirmamos.

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.