



Roj: **STSJ M 4264/2016 - ECLI:ES:TSJM:2016:4264**

Id Cendoj: **28079340042016100349**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **20/04/2016**

Nº de Recurso: **673/2015**

Nº de Resolución: **356/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA VIRGINIA GARCIA ALARCON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34002650

NIG : 28.079.00.4-2015/0018262

Procedimiento Recurso de Suplicación 673/2015

ORIGEN: Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid Procedimiento impugnación sanciones (art.114 y ss LPL) 411/2015

Materia : Materias laborales individuales

C.A.

Sentencia número: 356/2016

Ilmas. Sras.

Dña. MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dña. CONCEPCIÓN R. URESTE GARCÍA

Dña. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN

En Madrid, a 20 de abril de 2016

Habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

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 **673/2015** formalizado por el letrado Don José Castro De Antonio en nombre y representación de **DON Landelino (CLUB PRIVATE)** , contra la sentencia número 203/2015 de fecha 15 de junio , aclarada por auto de 22 de junio 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de los de Madrid , en sus autos número 411/2015, seguidos a instancia del recurrente frente a la **TESORERÍA GENERAL**



DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación por sanción administrativa, ha sido Magistrada-Ponente la Ilma. Sra. **DÑA. M. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN** .

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 en calidad de expresamente declarados probados:

"1)- *D. Landelino* , con DNI NUM000 , es el titular de la empresa (CLUB PRIVATE) cuyo centro de trabajo se halla en la Avda. de Madrid 36 de Alcalá de Henares, con horario de apertura de lunes a sábado, de 17h a 5,30h.

2)-En fecha 28-1-14, sobre las 23h, la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL gira visita en dicho centro de trabajo, y comprueba que se hallan prestando servicios como "chicas de alterne" las siguientes personas: María Antonieta , Antonieta , Catalina , Esmeralda , Hortensia , Marcelina , Paulina , Sonia , María Inés , Ascension , Claudia y Estibaliz .

Dichas personas acuden a la empresa todos los días de la semana, en un horario de 17 a 5,30h y abonan a la empresa 40 euros diarios por permanecer en el Club y pagan 5 euros al titular de la taquilla en concepto de alquiler.

Cada copa que toma el cliente, le supone a la señorita una comisión del 50% de lo que paga el cliente, la cual le abona la empresa al final de la noche.

3)- *Por Acta de Infracción de fecha 12-6-14, la Inspección de Trabajo propone la imposición a la empresa de una multa de 56.268 euros (4.689 euros por cada uno de las doce trabajadoras afectadas) por una falta grave en su grado mínimo por unos hechos tipificados en el art. 22,2 del RD Legislativo 5/2000 , así como la sanción accesoria prevista en el art. 46 LISOS de pérdida automática de ayudas y bonificaciones y en general de los beneficios de los programas de empleo desde 28-1-14.*

4)-*Por propuesta de resolución administrativa de fecha 6-10-14 se acuerda confirmar la sanción impuesta; y por resolución de la Jefa de Unidad de Impugnaciones de 1-11-14 se acuerda confirmar dicha sanción.*

5)-*Habiéndose interpuesto recurso de alzada contra la citada resolución administrativa, por resolución de la del Director Provincial del Ministerio de Empleo y S. Social de fecha 3-3-15 se acuerda desestimar el mismo y confirmar la resolución recurrida.*

6)-*Habiéndose incoado diligencias penales, por auto de 4-11-14 del Juzgado de Instrucción nº 9 de Alcalá de Henares , se acuerda el archivo de las actuaciones por no aparecer debidamente justificada la perpetración del delito.*

7)-*En el VILEM de la empresa consta de alta un total de 13 trabajadores en plantilla.*

8)-*Las testigos que han depuesto llevan más de cinco años en España y no constan de alta en alguna empresa, percibiendo los ingresos de los servicios que prestan a los clientes."*

TERCERO: En la resolución recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo:

" *Que desestimando totalmente la demanda interpuesta por la empresa D. Landelino (CLUB PRIVATE) frente a TGSS debo CONFIRMAR Y CONFIRMO la sanción impuesta a la parte actora por resolución administrativa de fecha 6-10-14 consistente en una multa de una multa de 56.268 euros por una falta grave en su grado mínimo, así como la sanción accesoria prevista en el art. 46 LISOS de pérdida automática de ayudas y bonificaciones y en general de los beneficios de los programas de empleo desde 28-1-14."*

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante formalizándolo posteriormente, habiendo sido impugnado por el LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 27 de octubre de 2015 dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.



SEXTO: Nombrada Magistrada-Ponente, se dispuso el pase de los autos a la misma para su conocimiento y estudio, señalándose el día 20 de abril de 2016 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 .- Con amparo en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa el recurrente la modificación del hecho probado segundo sobre la base de la prueba testifical que cita, el acta de manifestación notarial de las mismas personas y otra más, así como por considerar que las imputaciones contenidas en el acta de la Inspección de trabajo que se reflejan en dicho ordinal, no han sido constatadas directamente por el inspector, ni puede, a su juicio, entenderse la existencia de una relación laboral sobre la base de las entrevistas que mantiene con esas personas, porque el acta no recoge las supuestas declaraciones sino solo la conclusión del inspector, aduciendo también que falta concreción no habiéndose concretado el supuesto horario, ni quien ni cómo les paga la supuesta comisión por el consumo de bebidas por parte de los clientes en el establecimiento de la empresa.

La modificación se rechaza porque el acta de la Inspección de Trabajo goza de presunción de veracidad y se ha corroborado con la prueba testifical practicada para cuya valoración es soberana la juzgadora a quo, no siendo susceptible de revisión en sede de recurso y careciendo de valor las manifestaciones vertidas ante notario ya que éste no da fe de la veracidad de las mismas sino exclusivamente de lo que los comparecientes dicen, lo cual tampoco tiene valor de prueba testifical si no se ratifica en el acto del juicio en aplicación de los principios de inmediación y contradicción.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se denuncia por el recurrente la infracción de los artículos 24 de la Constitución , 1.1 del Estatuto de los Trabajadores , 151.8 de la citada ley procesal, 137.3 de la LRJPAC, 17.5 del Real Decreto 1398/1993, disposición adicional 4.2 de la Ley 42/1997 , 15 y 32.1.c) del Real Decreto 928/1998 y 53.2 del Real decreto legislativo 5/2000 , alegando que el fundamento de derecho primero de la sentencia declara que el hecho probado segundo resulta de *"una valoración conjunta de la prueba practicada por la parte demandada, en concreto del acta de inspección en relación a la testifical practicada"*; a pesar de que, a su juicio, en las testificales practicadas tales hechos han sido negados de forma expresa y absoluta y la única referencia de la sentencia al caso concreto en una sanción tan grave, se encuentra en tres pequeños párrafos del fundamento de derecho cuarto que se basa exclusivamente en el hecho probado aludido, señalando que si bien las actas de la Inspección de Trabajo gozan de presunción de certeza, no es absoluta sino iuris tantum, por lo que considera que se han desvirtuado con los interrogatorios traídos a colación en el acto del juicio oral y con la prueba documental número 3 aportada, por lo que le resulta difícil creer que se le pueda otorgar mayor presunción de veracidad al acta de infracción que no recoge las supuestas entrevistas mantenidas con la señoras que cita, que a los propios interrogatorios de las mismas y el acta de manifestación aportada, desvirtuando tales hechos, cuestionando el contenido del acta de la Inspección de trabajo y remitiéndose a la jurisprudencia que cita.

Por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se alega la presunción de certeza de los hechos constatados por la Inspección de trabajo, conforme a la disposición adicional cuarta de la ley 42/97 , el artículo 53.2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 y 3l artículo 15 del Real Decreto 928/1998 , afirmando que no ha quedado desvirtuada tal presunción, lo que efectivamente es así, ya que como hemos dicho el acta notarial carece en sí misma de todo valor probatorio y la prueba testifical que ha sido practicada en el acto del juicio ha sido valorada por la juzgadora a quo sin que resulte desvirtuada por ninguna prueba documental obrante en autos, por lo que la presunción de veracidad de dicha acta prevalece.

Inalterado el relato de probados hemos de estar al contenido del mismo, del que resulta que en el centro de trabajo del que es titular el ahora recurrente, el Inspector de Trabajo constató que prestaban sus servicios doce señoras, sin dar de alta en seguridad social.

Tal y como pone de manifiesto la magistrada de instancia el artículo 100 de la Ley General de la Seguridad Social , vigente a la fecha del acta señala que:

"1. los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General.

2. En el caso de que el empresario incumpla las obligaciones que le impone el apartado anterior, el trabajador podrá instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Dicho organismo podrá, también, efectuar tales actos de oficio en los supuestos a que se refiere el apartado 4 del art. 13 de esta ley".

el art. 102 de la misma norma establece:

"1. El cumplimiento de las obligaciones que se establecen en los artículos anteriores se ajustará, en cuanto a la forma, plazos y procedimiento, a las normas reglamentarias.

2. La afiliación y altas sucesivas solicitadas fuera de plazo por el empresario o el trabajador no tendrán efecto retroactivo alguno. Cuando tales actos se practiquen de oficio, su eficacia temporal e imputación de responsabilidades resultantes serán las que se determinan en la presente Ley y sus disposiciones de aplicación y desarrollo."

y el artículo 323 del Reglamento de Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas, y variaciones de datos de los trabajadores, Real Decreto 84/1996 de 26 de enero dispone que:

"Las solicitudes de alta, baja y variaciones de datos de los trabajadores deberán formularse en los plazos siguientes: 1º. Las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los sesenta días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma.

En los casos excepcionales en que no hubiere podido preverse con antelación dicha iniciación, si el día o días anteriores a la misma fueren inhábiles o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles, deberán remitirse, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, por telegrama, fax o por cualquier otro medio electrónico, informático o telemático, los documentos para el alta inicial o sucesiva debidamente cumplimentados o, si ello no fuere posible por no disponer de los modelos reglamentarios, se remitirán, asimismo, con carácter previo y por dicho medio o cualquier otro procedimiento electrónico, informático o telemático, los datos que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social."

Normativa ésta que el Inspector de Trabajo ha constatado que el recurrente ha incumplido, debiéndose tener en cuenta que lo que se combate en este recurso es la veracidad del acta de la Inspección, pero no la naturaleza de la relación existente entre aquél y las personas que se hallaban trabajando en su empresa, siendo de aplicación la jurisprudencia al respecto que recoge la sentencia del TSJ Navarra Sala de lo Social, sec. 1ª, de 1-9-2015, nº 353/2015, rec. 340/2015 :

Como señala la sentencia de esta Sala de 15 de octubre de 2.003 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), presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro (art. 8.1 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 1.987 , 14 de mayo de 1985 , 25 de febrero de 1984 y 3 de marzo de 1981 . Conviene reseñar que en todas ellas la organización empresarial 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 y 13 de noviembre de 2001, y Andalucía/Málaga de 14 de julio de 2000 o 5 de octubre de 2001 , en supuestos similares al de los presentes autos, 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.

Conforme a reiterada jurisprudencia (así, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de julio de 1995, Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Burgos de 31 de marzo de 2005) cabe distinguir entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, afirmando el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajenidad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. 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. Como ya se ha indicado, 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."



Doctrina conforme a la cual la relación habida entre el recurrente y las señoras que trabajan como chicas de alterne en su empresa, ha de calificarse de laboral, tal y como acertadamente pone de manifiesto la magistrada de instancia que en su fundamentación jurídica:

En este mismo sentido, la STSJ Valencia de 23-4-13 señala que los datos fácticos que concurren en la prestación de servicios de las codemandadas para la empresa recurrente y que se acaban de reseñar, revelan que las denominadas "camareras de alterne" (el objeto de la prestación consiste en el alterne con clientes para promover la consumición por parte de éstos), estaban sujetas a un horario, que por mucho que fuera flexible debía desarrollarse dentro del horario de apertura del establecimiento; el trabajo de las demandantes era voluntario y remunerado, ya que percibían un porcentaje de las bebidas consumidas, no cobrando directamente las consumiciones del cliente sino que las copas eran cobradas por el empleador, quien diariamente y al final de la jornada, retribuía a las trabajadoras en función de las consumiciones (cuyo precio no fijan las trabajadoras) que habían tomado con los clientes (abonando un porcentaje tasado, el 50%). Por otra parte constituye dato de importancia el que el titular del negocio era el que facilitaba tanto los medios personales (camareros) como los materiales (bebidas, local) para que las camareras de alterne pudieran llevar a cabo su trabajo de captación de clientes, por lo que se ha de concluir tal y como efectúa la Magistrada de instancia, que en la prestación de servicios llevada a cabo por las codemandadas concurren las notas de dependencia, ajenidad y retribución características de la relación laboral, bien entendido (insistimos) que la misma es la captación de clientes para el consumo de bebidas en el establecimiento citado, lo que constituye la prestación de servicios de aquéllas.

Por lo que efectivamente la sanción impuesta es conforme a derecho y proporcionada a las circunstancias del caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22,2 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que considera falta grave:

"No solicitar la afiliación inicial o el alta de los trabajadores que ingresen a su servicio, o solicitar la misma, como consecuencia de actuación inspectora, fuera del plazo establecido"

Falta en la que ha incurrido el recurrente y que se ha sancionado con el grado mínimo al no concurrir circunstancias que agraven la responsabilidad administrativa, por lo que el recurso no puede tener favorable acogida.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el Recurso de Suplicación número **673/2015** formalizado por el letrado Don José Castro De Antonio en nombre y representación de DON Landelino (CLUB PRIVATE), contra la sentencia número 203/2015 de fecha 15 de junio, aclarada por auto de 22 de junio 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de los de Madrid, en sus autos número 411/2015, seguidos a instancia del recurrente frente a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en reclamación por sanción administrativa y confirmamos la resolución impugnada, condenando al recurrente al pago de los honorarios del letrado de la parte recurrida en cuantía de 500 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 de este Tribunal Superior de Justicia.

MODO DE IMPUGNACIÓN : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-000673-15 que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274



2. 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.
3. En el campo *BENEFICIARIO* , se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.
4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA* ", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000067315) , pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvase los autos originales 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.

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.