



Roj: **STSJ M 8713/2018 - ECLI:ES:TSJM:2018:8713**

Id Cendoj: **28079340052018100449**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **27/07/2018**

Nº de Recurso: **732/2017**

Nº de Resolución: **464/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ALICIA CATALA PELLON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

R. S. 732/17 TP

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 05 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931935

Fax: 914931960

34002650

NIG : 28.079.00.4-2016/0025761

Procedimiento Recurso de Suplicación 732/2017

ORIGEN:

Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid Impugnación de actos administrativos en materia laboral y Seg. Social, excluidos los prestacionales 547/2016

Materia : Materias laborales individuales

Sentencia número: 464

Ilmos. Sres

Dña. MARIA AURORA DE LA CUEVA ALEU

PRESIDENTE

Dña. MARIA BEGOÑA HERNANI FERNANDEZ

Dña. ALICIA CATALA PELLON

En Madrid a veintisiete de julio de dos mil dieciocho habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 5 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, 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 **732/2017**, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JOSE JORGE FERNANDEZ MATEOS en nombre y representación de ASESORIA BUNGA,S.L, contra la sentencia de fecha veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de Madrid en sus autos número



Impugnación de actos administrativos en materia laboral y Seg. Social, excluidos los prestacionales 547/2016, seguidos a instancia de ASESORIA BUNGA,S.L frente a TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), en reclamación por Materias laborales individuales, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dña. ALICIA CATALA PELLON, 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 en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO. Actividad inspectora, procedimiento sancionador y resolución impugnada:

El día 27.02.2015, a las 0:20 horas, se efectuó visita de inspección junto con miembros de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, al centro de trabajo de la empresa demandante sito en el la Calle José Lázaro Galdino 2 de Madrid. El día 22.07.2015 se expide el acta de infracción que obra en las actuaciones y su contenido se tiene por íntegramente reproducido. En lo que interesa destacar en ella, se identifican en el "club bunga" 9 personas (Felisa , Florinda , Gloria , Gregoria , Inocencia , Isidora , Josefa y Juliana), que entrevistadas por separado, coincidieron en manifestar que percibían una cantidad de dinero por cada consumición que tomaba el cliente con ellas (en concreto, manifestaron que cada copa que abonaba el cliente le supone un porcentaje del 50% del precio pagado por el cliente, porcentaje que reconocía la titular de la empresa Dña. Leticia presente en el centro de trabajo durante la entrevista), y que su horario de trabajo venía determinado por el horario de apertura del establecimiento (señalaron que acudían a trabajar a las 21:00 horas y estaban en el establecimiento hasta las 3:00 o 4:00 de la mañana siguiente) de 17:00 a 4:00 horas, salvo los sábados y domingos que terminaban a las 5:00 horas), y que ninguna de las personas interesaban portaba documentación en su bolso teniendo que subir a la habitación y las taquillas a buscarlas). En el acta se concluye que la empresa tenía trabajando en el local "club Bunga" a esas 9 personas sin alta, ni cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, apreciando la naturaleza laboral de la relación existente entre la demandante y las citadas señoras entrevistadas. A raíz de ello y tras alegaciones de fecha 18.08.2015, la Unidad Inspectora propuso imponer a la citada mercantil una sanción por falta grave, en su grado mínimo, con multa en cuantía de 42.201 euros (3.126,00 euros por cada uno de las 9 personas entrevistadas con el recargo del 50%: 4.689 euros por trabajadora). Mediante resolución de fecha 6.11.2015, el Jefe de la Unidad Especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, formula propuesta de resolución, confirmando la pertinencia de imposición de la citada sanción y sus accesorias. El 30.11.2015 se dicta resolución acordando la imposición de la sanción propuesta.

II. Con fecha 14.01.2016, la parte actora interpone recurso de alzada, que se desestima por resolución de fecha 8.4.2016.

SEGUNDO. Hechos probados relativos a la falta imputada: El día 27.02.2015 a las 0:20 horas, Felisa , Florinda , Gloria , Gregoria , Inocencia , Isidora , Josefa y Juliana realizaban en el "Club Bunga", regentado por la empresa demandada, la actividad consistente en incitar a los clientes al consumo de bebidas, percibiendo de la demandante una parte del importe abonado por el cliente por la bebida, sin que la empresa hubiere procedido al alta y cotización en la Seguridad Social correspondiente.

La empresa tenía suscrito contrato de obra o servicio determinado a tiempo parcial con Inocencia de fecha 9.04.2014 como masajista, contrato que quedo rescindido por baja voluntaria en fecha 4.3.2015. Con posterioridad a la visita inspectora suscribió contrato con Josefa de fecha 18.03.2015 para prestar servicios como masajista.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por ASESORIA BUNGA,, S.L. contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y, declarando ajustada a derecho la resolución impugnada, absuelvo a la demandada de la pretensión deducida en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte ASESORIA BUNGA,S.L, 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, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 17/10/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 25/07/2018 para los actos de votación y fallo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia, ha desestimado la demanda formulada en materia de impugnación de resolución administrativa de imposición de sanción, por la Asesoría Bunga, S.L., contra la Tesorería General de la Seguridad Social, básicamente, porque considera que, en el caso, la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, debe desplegar toda su fuerza, en tanto los hechos reflejados en la misma, no fueron en ningún momento desacreditados por la demandante, ahora recurrente y razonando, en síntesis, que las trabajadoras afectadas, acudían al establecimiento de la demandada todos los días en el horario de apertura del local; contaban con una taquilla en la que depositaban sus objetos personales; y cobraban del establecimiento el 50% de lo abonado por el cliente a la empresa en concepto de consumición; sin poner para el desarrollo de su trabajo, ningún útil ni herramienta, y sí solo su trabajo personal, consistente en captar clientes para que consuman productos de la empresa, lo cual, evidencia la *"...existencia de las notas definitorias de una relación laboral: voluntaria, retribuida, ajena y dependiente, percibiendo las afectadas una retribución a comisión de la empresa, a quien le pagaban las consumiciones los clientes, prestando servicios dentro del ámbito organizativo de la empresa, con sujeción a horario, lucrándose la empleadora de su actividad, existiendo un riesgo empresarial derivado del propio mantenimiento del club, lo que, por aplicación del art. 1.1 del ET y de la citada doctrina jurisprudencial, obliga a desestimar el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de instancia..."*.

Dicho pronunciamiento, ha sido recurrido en suplicación por la representación Letrada de la parte actora, formulando recurso, de conformidad con los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS e impugnándolo la de la Administración de la Seguridad Social.

SEGUNDO .- En sede de revisión fáctica, se pretende:

En primer lugar, que se suprima la parte del ordinal primero que expresa lo siguiente :<< ... El día 27.02.2015, a las 0:20 horas, se efectuó visita de inspección junto con miembros de la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, al centro de trabajo de la empresa demandante sito en el la Calle José Lázaro Galdino 2 de Madrid. El día 22.07.2015 se expide el acta de infracción que obra en las actuaciones y su contenido se tiene por íntegramente reproducido. En lo que interesa destacar en ella, se identifican en el "club bunga" 9 personas (Felisa , Florinda , Gloria , Gregoria , Inocencia , Isidora , Josefa y Juliana), que entrevistadas por separado, coincidieron en manifestar que percibían una cantidad de dinero por cada consumición que tomaba el cliente con ellas (en concreto, manifestaron que cada copa que abonaba el cliente le supone un porcentaje del 50% del precio pagado por el cliente, porcentaje que reconocía la titular de la empresa Dña. Leticia presente en el centro de trabajo durante la entrevista), y que su horario de trabajo venía determinado por el horario de apertura del establecimiento...>>.

Se aduce que ni es cierto que las señoras referidas en el acta, recibieran una comisión del 50% de las copas que toman con los clientes, ni que fueran entrevistadas por separado coincidiendo en manifestar que percibían una cantidad de dinero por cada consumición que el cliente tomara con ellas, ni que exista una relación laboral entre las <<chicas que alternan con el cliente y la empresa tal y como pusieron de manifiesto tanto durante la visita de inspección como en el acto del juicio cuando declararon como testigos el día de la vista y así figura en sus declaraciones recogidas en los autos>>.

En segundo lugar, se pretende la supresión de la parte del hecho segundo que expresa que <<... El día 27.02.2015 a las 0:20 horas, Felisa , Florinda , Gloria , Gregoria , Inocencia , Isidora , Josefa y Juliana realizaban en el "Club Bunga", regentado por la empresa demandada, la actividad consistente en incitar a los clientes al consumo de bebidas, percibiendo de la demandante una parte del importe abonado por el cliente por la bebida, sin que la empresa hubiere procedido al alta y cotización en la Seguridad Social correspondiente. La empresa tenía suscrito contrato de obra o servicio determinado a tiempo parcial con Inocencia de fecha 9.04.2014 como masajista, contrato que quedo rescindido por baja voluntaria en fecha 4.3.2015. Con posterioridad a la visita inspectora suscribió contrato con Josefa de fecha 18.03.2015 para prestar servicios como masajista...>>.



Igualmente, se razona, además de reiterarse la empresa en las alegaciones antes efectuadas, que hay dos personas como Doña Inocencia y Doña Josefa, que han trabajado como manicurista y como masajista, estando dadas de alta y cobrando puntualmente su salario, tal y como se deduce de sus nóminas y contratos aportados en el día de la vista.

Ninguna de las dos pretensiones merece favorable acogida, no solo porque, como se ve, no se identifica con precisión, ningún documento del que pueda derivar ninguna de las alegaciones contenidas para conseguir el éxito de las dos eliminaciones, sino porque la parte se limita a mostrar discrepancia con todo cuanto la Magistrada de instancia ha considerado probado a través del acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que no es un documento hábil a los efectos del recurso de suplicación, como así lo declaran, las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1996, RS nº 2429/1994 y 12 de julio de 2017, Rec. nº 278/2016, entre otras muchas, sin obviarse que la pretensión también se pretende amparar en las testificales practicadas en la vista y dicho medio de prueba, es igualmente inidóneo a los fines del recurso.

TERCERO.- Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción de los artículos 1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores y la doctrina contenida en algunas Salas de suplicación, que no constituyen jurisprudencia, a los efectos del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, de conformidad con el artículo 1.6 del Código Civil, argumentando, que no concurren las notas de dependencia y ajenidad, porque no consta acreditado que el propietario del Club inspeccionado ejerciera sobre las señoras que estaban alternando en el local, cierto control o que retribuyese su actividad mediante el pago de una comisión sobre las consumiciones efectuadas por los clientes y que más bien al contrario, resulta que no cobraban salario, no se les proporcionaba ningún medio a cargo de la empresa, ni taquilla, ni teléfono, ni habituación, acudían al local cuando querían, sin horario ni fijación de jornada no obedecían las ordenes de la empresa y dos de las personas relacionadas en el acta, estaban dadas de alta en la empresa el día de la inspección, porque eran las únicas que tenían una relación laboral con la empresa recurrente.

Del firme, ya, relato fáctico consta que el 27 de febrero de 2015 a las 0:20 horas, las nueve señoras que se relacionan en el hecho probado segundo del relato fáctico, realizaban en el "Club Bunga", regentado por la empresa demandada, la actividad consistente en incitar a los clientes al consumo de bebidas, percibiendo de la demandante una parte del importe abonado por el cliente por la bebida, sin que la empresa hubiere procedido al alta y cotización en la Seguridad Social correspondiente. La empresa tenía suscrito contrato de obra o servicio determinado a tiempo parcial con Doña Inocencia de fecha 9 de abril de 2014, como masajista, contrato que quedo rescindido por baja voluntaria en fecha 4 de marzo de 2015 y con posterioridad a la visita inspectora, suscribió contrato con Doña Josefa de fecha 18 de marzo de 2015, para prestar servicios como masajista.

Tal y como brillantemente razona la Magistrada de instancia, el artículo 32. 3. 1 del Reglamento de Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas, y variaciones de datos de los trabajadores, aprobado por 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."

Precepto, cuyo incumplimiento justifica la sanción impuesta, entre otras cosas, porque la relación laboral ha quedado sobradamente acreditada, limitándose la recurrente a estructurar todo el recurso sobre peticiones de principio que no han tenido reflejo en el relato fáctico, que, más bien al contrario, declara probado que, en este caso, la actividad desarrollada por las nueve señoras a las que se alude en el acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, era laboral y como dice la Sección Cuarta de este Tribunal en sentencia de 20 de abril de 2016, RS nº 673/2015 <<... 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...>>.

En el mismo sentido, la sentencia de la Sección Primera de esta Sala de 2 de febrero de 2018, RS nº 1015/2017, cuando en ella se argumenta que <<... 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)...>>.

Por todo ello, el recurso decae, debiendo dictarse un pronunciamiento que confirme el atinado fallo recurrido.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación Letrada de Asesoría Bunga, S.L., contra la sentencia de 21 de septiembre de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 26 de los de Madrid, en autos nº 547/2016 promovidos por la recurrente contra la Tesorería General de la Seguridad Social, confirmándola íntegramente y en todos los pronunciamientos que contiene. Condenamos en costas a la recurrente, al no gozar del beneficio de justicia gratuita, que comprenderán los honorarios de la representación Letrada, que, en este recurso, ha actuado en defensa de la parte actora, en cuantía que fijamos en 600 euros. Dese a los depósitos y consignaciones, el destino legal.

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 Publico 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 2876-0000-00-0732-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, 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).

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 2876- 0000-00-0732-17.



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, devuélvanse 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 el día 27/7/18 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ