

**Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª).****Sentencia núm. 459/2008 de 12 marzo****AS\2008\1243**

CONTRATO DE TRABAJO: desestimación: señoritas de «alterne»: ejercicio de la prostitución y percepción directa de los clientes de una cantidad por cada consumición.

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 6467/2007

Ponente: Ilmo. Sr. D. luis fernando de castro mejuto

El TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por el «Abogado del Estado (Inspección de Trabajo y Seguridad Social)» demandante, contra la Sentencia de 19-10-2007 del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Vigo, dictada en procedimiento de oficio.

A CORUÑA, DOCE DE MARZO DE DOS MIL OCHO.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación número 0006467 /2007 interpuesto por INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Jdo. de lo Social núm. 005 de VIGO siendo Ponente el/a Ilmo./a. Sr./a. D/Dña. LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO**

Que según consta en autos se presentó demanda por INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL en reclamación de OTROS DCHOS. LABORALES siendo demandado PAMIFRAN, SL. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 0000539 /2007 sentencia con fecha diecinueve de octubre de dos mil siete por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO

Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra extendió el día 29 de marzo de 2007 sendas actas de infracción con los números 368/07 y 369/07, frente a la entidad PAMIFRAN, SL, por considerar que la citada entidad recibía la prestación de servicios de 14 ciudadanas extranjeras careciendo de permiso de trabajo y por falta de alta en el Régimen General de la Seguridad Social de otras dos trabajadoras. Dichas actas se extendieron tras la visita girada por dos Subinspectoras de Empleo y Seguridad Social, junto con miembros del Grupo Operativo de Extranjeros de la Comisaría de Pontevedra y de la Guardia Civil de la Comandancia de Pontevedra, en el "Hotel Club Ciro" de la empresa PAMIFRAN, SL, sito en la calle Paredes número 1 de Vilaboa. Segundo.- En el acta de infracción número 368/07 se identificaban a las mujeres afectadas y se recogieron las siguientes circunstancias: "1. Inmaculada, brasileña con pasaporte NUM000, alias Santa. 2. Julieta, brasileña, alias Samanta, indocumentada. 3. Frida, paraguaya, alias Rata, con pasaporte NUM001. 4. María Inés, brasileña, con pasaporte NUM002. Valentina, rumana, alias Monja, con pasaporte NUM003. Trinidad, rumana, alias Víbora, con pasaporte NUM004. 7. María Antonieta, rumana, alias Gordi, con pasaporte NUM005. 8. María Esther, paraguaya, con pasaporte NUM006. 9. Laura, brasileña, con pasaporte NUM007. 10. Lourdes, brasileña, con pasaporte NUM008. 11. Mónica, brasileña, con pasaporte NUM009. 12. Nieves, brasileña, con pasaporte NUM010. 13. Marí Luz, brasileña, alias Bombi con pasaporte NUM011. 14. Antonieta, brasileña alias

Melones, con pasaporte NUM012. A excepción de Encarna que dijo prestar servicios como camarera de habitaciones, aunque a veces servía copas, con un salario pactado de 1500 euros/mes, dichas trabajadoras, que vestían de forma sexy, mas o menos uniforme, con bodys, conjuntos de dos piezas, zapatos de plataforma,... manifestaron encontrarse en dicho establecimiento para tomar copas con los clientes coincidiendo la mayoría en sus declaraciones al señalar que del precio total de la copa que giraba sobre los 30 euros ellas obtenían 20 y la casa 10, si bien indicaron que dicha cantidad les era abonada por el propio cliente al mismo tiempo que abonaba la consumición, entregando los 10 euros correspondientes al camarero y los 20 restantes a ellas. Así pues dichas personas realizaban una actividad de alterne entendiendo por tal el trato con los clientes del local estimulándoles a hacer gasto en los mismos en su compañía, actividad que se realiza en el horario de apertura del establecimiento, entre las 20:00 horas y las 4:00 aproximadamente, según manifestaciones de las chicas que no obstante dicen entrar y salir cuando quieren. Que casi la totalidad de las chicas identificadas se aloja en habitaciones de apartamentos sitios en Paredes (Vilaboa) que les son subarrendadas por la misma empresa Pamífran, SL, por la cantidad de 50 euros día, tal y como consta en los correspondientes contratos aportados por la empresa a petición de esta Inspección, y cuya copia se adjunta al expediente. Todos los contratos solicitados aportados, que eran los vigentes en la fecha de la visita inspectora, están suscritas con mujeres extranjeras, adjuntándose a los mismos un documento, cuya copia también se une al expediente, firmado por cada una de las subarrendatarias, manifestando que su estancia en el Hotel Ciros Club es como cliente, no percibiendo ningún descuento o comisión por las bebidas consumidas en la cafetería del mismo, documento que resulta al menos atípico cuando se firma un contrato de esta naturaleza o cuando algún cliente se aloja en un hotel o establecimiento similar". En el acta de infracción número 369/07 se recogieron las siguientes circunstancias: "1. Marta, de nacionalidad rusa con NIE NUM013, alias Gatita. 2. Aurora, de nacionalidad brasileña con NIE NUM014, alias Aurora. Los alias que algunas de las trabajadoras manifiestan voluntariamente a la Guardia Civil son los nombres con los que son conocidas en el establecimiento, que se recogen en las actas de la Guardia Civil que aquí se incorporan junto con su identificación legal. Dichas trabajadoras que vestían de forma sexy más o menos uniforme, con bodys, conjuntos de dos piezas, zapatos de plataforma,..., manifestaron encontrarse en dicho establecimiento para tomar copas con los clientes coincidiendo con la mayoría de las trabajadoras extranjeras sin permiso de trabajo en sus declaraciones al señalar, que del precio total de la copa que giraba sobre 30 euros ellas obtenían 20 y la casa 10, sí bien indicaron que dicha cantidad les era abonada por el propio cliente al mismo tiempo que abonaba la consumición, entregando los 10 euros correspondientes al camarero y los 20 restantes a ellas. Así pues dichas personas realizaban una actividad de alterne entendiendo por tal el trato con los clientes del local estimulándoles a hacer gasto en los mismos en su compañía, actividad que se realiza en el horario de apertura del establecimiento, entre las 20:00 y las 4:00 aproximadamente, según manifestaciones de las chicas que no obstante dicen entrar y salir cuando quieren. Que ambas trabajadoras se alojan en habitaciones de apartamentos sitios en Paredes (Vilaboa) que les son subarrendadas por la misma empresa Pamífran, SL, por la cantidad de 50 euros día, tal y como consta en los correspondientes contratos aportados por la empresa a petición de esta Inspección y cuya copia se adjunta al expediente. Todos los contratos solicitados y aportados, que eran los vigentes en la fecha de la visita inspectora, están suscritos con mujeres extranjeras, adjuntándose a los mismos un documento, cuya hoja también se une al expediente, firmado por cada una de las subarrendatarias, manifestando que su estancia en el Hotel Ciros Club es como cliente, no percibiendo ningún descuento o comisión por las bebidas consumidas en la cafetería del mismo, documento que resulta al menos atípico cuando se firma un contrato de esta naturaleza o cuando algún cliente se aloja en un hotel o establecimiento similar". Tercero.- Las mujeres identificadas en las actas de infracción ejercían la prostitución en las habitaciones alquiladas y ubicadas en el club Ciros hotel. Mientras se encontraban en el bar del club hablando con los clientes, percibían directamente de éstos una cantidad por cada consumición efectuada. Cuarto. - El día 14 de agosto de 2007 se presentó ante el Juzgado Decano de Vigo, escrito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social instando procedimiento de oficio".

TERCERO

Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente:

FALLO: Que DESESTIMANDO el PROCEDIMIENTO DE OFICIO instado por escrito de las INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, en el que han sido parte la ABOGACÍA DEL ESTADO y PAMIFRAN, SL, debo absolver y absuelvo a ésta última de las pretensiones deducidas en su contra

CUARTO

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al

Ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Recorre la Abogacía del Estado la desestimación de la demanda de oficio presentada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aquietándose al relato de los hechos declarados probados y denunciando -vía artículo 191.c) [LPL \(RCL 1995. 1144, 1563\)](#) - la infracción de jurisprudencia, en concreto, [SSTS 25/02/84 \(RJ 1984. 923\)](#) , [14/05/85 \(RJ 1985. 2712\)](#) y [04/02/88 \(RJ 1988. 571\)](#) .

SEGUNDO

1.- La censura no puede tener acogida, ya que conforme a la jurisprudencia ([SSTS 21/07/95 \[RJ 1995. 5948\]](#) y [11/12/01 ; SSTSJ Navarra 15/10/03 \[AS 2003. 4009\]](#) ; y [Castilla y León/Burgos 31/03/05 \[AS 2005. 2720\]](#)) podemos 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 no se desconoce, 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 (artículo 1.1 [ET \[RCL 1995. 997\]](#)), presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro (artículo 8.1 ET). Si se dan esas condiciones, la actividad de alterne ha de considerarse laboral ([SSTS 04/02/88 \[RJ 1988. 571\]](#) ; [21/10/87 \[RJ 1987. 7172\]](#) ; [14/05/85 \[RJ 1985. 2712\]](#) ; [25/02/84 \[RJ 1984. 923\]](#) y [03/03/81 \[RJ 1981. 1301\]](#)); siquiera conviene destacar 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. Fuera de esos supuestos, aquel alterne ha de considerarse por cuenta propia y, por ende, ajeno a una relación laboral.

Para lo que nos interesa aquí, la ajenidad consiste, según la doctrina científica y la jurisprudencia, en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador [[SSTS 29/01/91 \(RJ 1991. 190\)](#) ; [25/01/00 \(RJ 2000. 1312\)](#)], y es claro que es este último el que se apropia del beneficio producido por estímulo del consumo de los clientes a cargo de las «alternadoras» y retribuye el trabajo del que deriva ese beneficio mediante una comisión en el gasto, que tiene encaje en el artículo 1.1 ET en relación con los artículos 26.1 y 29.2 ET (STS 17/11/04 - [rec. 6006/03 \[RJ 2005. 858\]](#) -). No obstante, la dependencia 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» ([STSJ Castilla y León/Burgos 31/03/05 \[AS 2005. 2720\]](#)).

2.- Mas esa ampliación del concepto del alterne por cuenta ajena (por el cauce de relajar el cumplimiento de sus requisitos) no puede conducirnos a la conclusión pretendida por el recurrente, dado que en el incólume ordinal tercero se afirma que las mujeres identificadas ejercían la prostitución y percibían directamente de los clientes una cantidad por cada consumición efectuada. Esto supone dos conclusiones: primera, que la actividad principal de las personas identificadas en las Actas de Infracción es de imposible inclusión en el mundo laboral (objeto ilícito), pues determinaría, de concurrir rasgos de dependencia y ajenidad, la calificación del comportamiento como delictivo; y segundo, que el empresario ni ejerce control ni retribuye ese alterne -dependerá de un precio acordado previamente, de lo que sea habitual en esos ambientes o de la liberalidad del cliente-, pese a que indudablemente se beneficia de él (cuanto más consumo, más ganancias) y obliga a esas «alternadoras» a adaptarse al horario de apertura del local (dato obvio al tratarse de un establecimiento abierto al público). Sin embargo, al no pretenderse la alteración del relato histórico de la Sentencia, hemos de ceñirnos a ése para extraer las conclusiones jurídicas debidas y resulta que ni existe amenidad.

FALLAMOS

En consecuencia,

Que con desestimación del recurso interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO, confirmamos la sentencia que con fecha 19/10/07 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social núm. Cinco de los de Vigo, y por la que se rechazó la demanda formulada y se absolvió a la entidad

«PAMIFRAN SL».

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, haciéndoles saber que contra la misma, sólo cabe Recurso de Casación para unificación de doctrina que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de esta Sentencia y de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 218 y siguientes de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#). Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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 la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.