

**Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo Social, Sección 1ª).****Sentencia núm. 96/2008 de 14 abril****AS\2008\1748****CONTRATO DE TRABAJO:** existencia: señoritas de «alterne»: ejercicio de la prostitución en las habitaciones del propio local hostelero.**INSPECCION DE TRABAJO:** actas: presunción de certeza: alcance.**Jurisdicción:** Social

Recurso de Suplicación núm. 103/2008

Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo

El TSJ desestima el recurso interpuesto por la empresa demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pamplona, dictada en autos promovidos en reclamación de oficio, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a CATORCE DE ABRIL de dos mil ocho.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de suplicación interpuesto por DON Andrés, en nombre y representación de BELA 2004, SL, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social NÚM. 1 de Pamplona/Iruña sobre RELACION LABORAL, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON VÍCTOR CUBERO ROMEO, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO**

Ante el Juzgado de lo Social núm. TRES de los de Navarra, se presentó demanda por la INSPECCION PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare que la relación jurídica existente entre la empresa demandada "Bela 2004, SL" y las trabajadoras también demandadas y a la que se refieren el Acta de Liquidación núm. 30/06 y el Acta de Infracción núm. 422/06, levntadas por la Inspección de Trabajo, es de naturaleza laboral.

SEGUNDO

Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO

Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que, previa desestimación de la excepción de incompetencia de la jurisdicción social opuesta por la empresa BELA 2004, SL., y con estimación de la demanda de procedimiento de oficio formulada por el DIRECTOR TERRITORIAL-JEFE DE LA INSPECCIÓN PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE NAVARRA contra la empresa BELA 2004, SL y Jose Miguel, Paula, Aurora, Leticia, Almudena, Gema y Teresa, debo declarar y declaro que la relación jurídica que vincula a ambas partes, a quienes se refiere el acta de infracción NÚM. 422/2006 extendida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Navarra, es una relación de naturaleza laboral.

CUARTO

En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO. - Con fecha 20 de julio de 2006 se levantó por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Navarra a la demandada BELA 2004, SL act de liquidación 30/06 y acta de infracción nº 422/06 en materia de seguridad social en las que se proponía una liquidación de cuotas a la SS. por importe de 1.261,41 €, así como una sanción de 4.000 euros por haber contratado los servicios de las trabajadoras extranjeras que se relacionan en dicha acta sin haber sido dada de alta y cotizado al régimen general de la seguridad social.-SEGUNDO.- Notificada dicha acta a la entidad mercantil demandada, por ésta se presentó escrito de alegaciones (escrito que obra en autos y se da por reproducido) oponiéndose a la misma y solicitando su anulación por entender que no se había incurrido en la vulneración legal señalada en el acta al no ser de naturaleza laboral la relación existente entre la empresa y las trabajadoras que se citan en el acta, por inexistencia de los requisitos del art. 1.1 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#) . Se dice que las codemandadas ejercitaban la actividad de alterne por cuenta propia y no por cuenta de BELA 2004, así como la actividad de prostitución.- TERCERO.- Solicitado informe al Subinspector de Empleo y Seguridad Social actuante el mismo lo emitió entendiendo que la relación es laboral por concurrir todas las notas características de la misma, señalando en el último párrafo de dicho informe la procedencia, dadas las alegaciones de la empresa, de incoar el procedimiento de oficio a que se refiere el arto 149.1 de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#) . CUARTO.- En las actas de infracción y liquidación e informe posterior elaborado por el subinspector actuante se recoge lo siguiente: El día 16-6-06 a las 00'10 horas se efectúa visita conjunta de varios miembros del Grupo Operativo de Extranjeros de la Policía Nacional y Subdirectores de la Inspección de Trabajo al centro de trabajo de "Hotel Prlvate", del que es titular la empresa BELA 2004, SL - C.I.F.: B-31816622, que en ese momento se encontraba abierto al público y con varios clientes en su interior.- En el control de empleo que se lleva a cabo se identificó a varios trabajadores de la empresa, dedicados a diversas tareas, como encargados, camareros, porteros o chicas de alterne.- Entre los trabajadores identificados se encontraban las que a continuación se detallan, quienes declaran lo siguiente- Jesús, DNI NUM000, con la categoría de camarero, que comenzó a prestar servicios en la empresa el lunes de la semana anterior con una jornada de 19,00 horas a 6,00 horas.- Jose Miguel, de nacionalidad brasileña, con N.I.E. NUM001, que vive habitualmente vive en El Ferrol y empezó a trabajar en la empresa el 5-6-06.- Paula, NIE NUM002, de nacionalidad brasileña, con tarjeta de familiar de residente comunitario, quién vive habitualmente en Burgos y lleva trabajando en el local desde hace dos meses.- Aurora, NIE NUM003, de nacionalidad colombiana, que tiene autorización temporal para trabajar por cuenta ajena 1ª renovación para cualquier actividad y de ámbito nacional, que vive habitualmente en La Coruña y lleva trabajando en la empresa una semana.- Leticia, NIE NUM004, de nacionalidad colombiana, titular de una autorización temporal para trabajar por cuenta ajena, 2º renovación, para cualquier actividad y de ámbito nacional, que vive habitualmente en La Coruña y lleva trabajando en la empresa una semana.- Almudena, de nacionalidad dominicana, NIE NUM005, con tarjeta de familiar de residente comunitario, que vive habitualmente en Santander y lleva trabajando dos días.- Gema, de nacionalidad colombiana, con NIE NUM006, con autorización temporal para trabajar por cuenta ajena, 1ª renovación, que vive habitualmente en Ponferrada y empezó a trabajar en la empresa este mismo día.- Teresa, NIE NUM007, de nacionalidad rumana, con tarjeta de familiar de residente comunitario, que vive habitualmente en Irún y lleva trabajando en la empresa diez días.- En el momento de la visita se encuentran en el local ocho clientes y, al menos, junto a cuatro de ellos se encuentra alguna de las chicas de alterne tomando alguna consumición.-Todas las trabajadoras identificadas visten ropas llamativas y ceñidas con grandes escotes, transparencias y faldas o pantalones muy cortos, ninguna de ellas lleva ropa de abrigo, como chaquetas o cazadoras ni bolso, ni lugar dónde guardar monedero alguno.- En el improbable caso de que las referidas alternadoras cobrasen directamente a los clientes su servicio de compañía, dada la escasa indumentaria que visten y la falta de bolso o cartera no tendrían lugar donde guardar el dinero recibido.- Para poder aportar los documentos identificativos todas las chicas se van por una escalera, que conduce a las habitaciones, tras lo cual vuelven con una cartera en la mano en la que se encuentra la documentación requerida.- Por otro lado debe tenerse en cuenta que los precios de las bebidas en este local son inusitadamente elevados para un bar de copas ordinario, siendo mas acorde con los que habitualmente se encuentran en Clubes de alterne, actividad a la que es público y notorio que se dedica el Hotel- Club Prlvate.- Todas las trabajadoras declaran que realizan la actividad de alterne por la cual son retribuidas, si bien la mayoría indica que recibe el 50% de las consumiciones como pago de sus servicios, algunas de ellas manifiestan que perciben el 100% del precio de la copa que ellas se toman con los clientes.- Y en el acta también se recoge que: No pudiendo dar por finalizada la actuación inspectora, se entrega a Ernesto, que se identifica como encargado del local, citación para que la empresa comparezca en las oficinas de esta Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social el día 22-6-06 a las 13,30 horas con diversa documentación- La mayor parte de ellas no se encuentra en estos momentos de alta en empresa alguna, ni, a pesar de ser preguntada al respecto, declaran tener ningún trabajo, en el caso de alguna de ellas se comprueba que si han estado empleadas por cuenta ajena, y en algún caso en otro club de alterne.- En la fecha indicada comparece Ismael

acompañado de su abogado, Andrés, que en esta ocasión, a diferencia de lo manifestado en la actuación de este mismo Subinspector de fecha 23-6-05, aporta el alta en el Régimen General de la Seguridad Social de Jesús de fecha 21-6-06 presentada en la Tesorería General de la Seguridad Social el 20-6-06, reconoce que las declaraciones de los trabajadores son ciertas, alega que el alta de Jesús no pudo ser tramitada en la fecha oportuna al encontrarse el de viaje, y que la empresa tiene una doble actividad, por un lado alquilando habitaciones a las chicas de alterne, con el correspondiente servicio de limpieza, lavandería y de comidas y por otro como local de alterne.- Tanto el empresario como su abogado alegan que la actividad de alterne que realizan las mujeres identificadas lo es por cuenta propia y no por cuenta de BELA 2004 SL, en cuanto que no reciben instrucciones o no tienen horario.- Ni en la comparecencia de los representantes empresariales de fecha 30-6-06 ni en el momento de la visita, se aportan los permisos de trabajo de las citadas trabajadoras y de los datos obrantes en el Departamento de Extranjeros del Área de trabajo de la Delegación del Gobierno de Navarra se comprueba que las citadas trabajadoras carecen de permiso de trabajo y de residencia. - Con anterioridad a la presentación de la presente demanda de procedimiento de oficio se interpuso por la dirección territorial de la inspección de trabajo y seguridad social de Navarra sendas demandas de oficio correspondientes a las actas de infracción 518 y 519/05 y acta de liquidación núm. 43/045 que una vez acumuladas dieron lugar al procedimiento 767/05 tramitado en este juzgado habiendo recaído sentencia estimatoria de la demanda, sentencia que fue recurrida en suplicación ante el TSJ de Navarra. Posteriormente se levanto a la misma empresa con fecha 20 de julio de 2007 acta de infracción núm. 421/06 en materia de trabajadores extranjeros, que dio lugar al procedimiento 670/06 que se tramita en el Juzgado de lo social núm. 3, con motivo de la misma actuación inspectora que provoco el levantamiento del acta de infracción 422/06 origen del presente procedimiento."

QUINTO

Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la Empresa demandada, se formalizó mediante escrito en el que se consignan cuatro motivos, el primero al amparo del artículo 191.b) de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#) para revisar los hechos declarados probados, y los tres siguientes amparados en el artículo 191.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando infracción de los artículos 1261, 1271 y 1273, del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#); infracción del artículo 53.2 del [Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto \(RCL 2000, 1804, 2136 \)](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social; e infracción del artículo 1º y 8.1 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997 \)](#).

SEXTO

Evacuado traslado del recurso fue impugnado por el Abogado del Estado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

De nuevo se somete a la consideración de este Tribunal Superior la existencia o no de relación laboral entre las personas que ejercen la actividad denominada de alterne y la empresa. El Sr. Letrado de las recurrentes manifiesta en la parte expositiva de su escrito de recurso su discrepancia con las innumerables resoluciones judiciales dictadas en este ámbito autonómico, por entender que ello no se corresponde con la realidad en la que se producen este tipo de relaciones. Insiste, una vez más el Sr. Letrado de las interesadas que las personas que practican la actividad de alterne como medio para ejercer la prostitución, no desean en modo alguno contar con ninguna relación de tipo laboral que "les ampare", de manera que se está vulnerando el principio de autonomía de la voluntad, pues no se tiene en cuenta la voluntad de los contratantes, estableciéndose unas presunciones que -a su juicio- son contrarias a la realidad social.

A modo como lo hace la parte recurrente, esta Sala también entiende que resulta necesario efectuar, con carácter previo, algunas consideraciones sobre la institución de las presunciones. Téngase en cuenta que la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \)](#) deroga los preceptos del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#) y traslada esta materia a su propio articulado, regulándola en el Capítulo VI dedicado a los medios de prueba (artículos 385 y 386). Debiendo destacarse desde un principio que las presunciones no son un medio de prueba (como se preocupa el legislador de entrever cuando titula el Capítulo VI «De los medios de prueba y las presunciones»). Se trata, como dice la doctrina procesalista-Montero Aroca- de un método para la fijación de determinados hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero no configuran un verdadero medio de prueba; de manera que las presunciones no pueden proponerse como medio de prueba, ni se practican, sino que se resuelven en un razonamiento que puede haber sido hecho en general por el Legislador o en particular por el Juez; aunque resulta también

evidente que tiene efectos probatorios y por ello se podrían calificar como "método para probar", en cuanto sirven para dar por probado un hecho a partir de la demostración de otro. Así, en toda presunción se puede distinguir un «hecho indicio»- del que parte la presunción- y un «hecho presunto»- que será el deducido del anterior-; y una vez demostrado el hecho indicio se tiene por cierto el hecho presunto. De manera que se produce una modificación en el objeto de la prueba porque la prueba de un hecho se modifica por la del otro.

Gramaticalmente la expresión "presunción" es sinónima de sospechar o conjeturar alguna cosa. En una noción vulgar de presunción aparece ésta como una actividad mental valorativa incompatible con una plena seguridad. La presunción, al envolver siempre la posibilidad de error, que se acepta de antemano, aparece como algo más imperfecto que la creencia, en la que se excluye todo error.

La vacilación, la duda y la sospecha son anteriores en el entendimiento humano a la creencia, que se produce cuando aquéllas desaparecen; en cambio, en la presunción, en la sospecha y en la conjetura, la persona puesta ante un dilema, se decanta frente a una de las proposiciones contradictorias, pero sin salir plenamente de su vacilación, sin decidirse a aceptarla plenamente, y admitiendo siempre la posibilidad de error. La presunción, en esta acepción vulgar de sospecha o conjetura, puede constituir una etapa previa de la convicción judicial, pero mientras no sea superada ha de carecer de toda trascendencia jurídica. Mientras la presunción, en su aspecto jurídico constituye un instrumento normal para conseguir la convicción judicial.

Actualmente la doctrina y la Jurisprudencia vienen mostrando su desconfianza hacia la presunción, a la que se considera como prueba supletoria o de segundo grado, a la que sólo puede acudir en defecto de otros medios probatorios.

Hoy día existe una tendencia a considerar el indicio como verdadero medio de prueba distinto de la presunción, llegando a afirmarse que si la presunción es el resultado de la operación lógica del Juez y se forma con las reglas generales de la experiencia, no puede ser una prueba ni es dable confundirla con los indicios, que son hechos y que tienen indudablemente el carácter de prueba. De ahí que se proponga la prueba de indicios, considerando como indicio un hecho conocido del que se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógico-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos y técnicos, mientras que la presunción es un juicio del legislador o del Juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cual es el modo normal, cómo suceden las cosas y los hechos; de forma que las presunciones de hombre no son en realidad tales, sino reglas para el criterio del juez (*devis et chandía*).

Estas breves consideraciones sirven de respuesta a las efectuadas por el recurrente en la parte preliminar de su recurso, teniendo en cuenta que toda conducta humana, en cuanto expresión de libertad, debe tener su cobertura jurídica dentro de un sistema concebido como un conjunto de normas coherentes; coherencia que, aunque no pueda definirse con precisión, debe estar basada en asunciones axiológicas comunes y cuyas reglas legales no solo son consistentes, sino que además están ordenadas axiológicamente de manera armoniosa.

SEGUNDO

Entrando propiamente a resolver el recurso, el primer motivo de Suplicación se articula al amparo del apartado b) del artículo 191 de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#) para que sea adicionado un nuevo hecho declarado probado a la relación fáctica, que debería figurar con el ordinal Quinto y del siguiente tenor literal: "A la luz del examen de la prueba documental aportada por la empresa codemandada, consistente en los contratos de hospedaje, se considera acreditado que las codemandadas estaban en calidad de huéspedes en el hotel. Circunstancia que fue ratificada posteriormente por las codemandadas que comparecieron en el acto del juicio oral".

Es doctrina jurisprudencial reiterada en relación con la documental que permite postular una revisión de hechos probados, en sede de suplicación, que:

1) Debe indicarse con detalle, el concreto documento obrante en los autos que, en opinión de la parte recurrente, sirvan de soporte a la revisión fáctica pretendida en el motivo, de tal modo que, por ejemplo, no cabe una invocación genérica o inespecífica de la documental obrante en los autos ([STS de 11-7-96 \[RJ 1996, 5774 \]](#)).

2) Deben tener, realmente, tal cualidad los documentos que sean señalados, de tal modo que no cabe basarse en el contenido de la prueba testifical o en el interrogatorio de partes (artículo 299, 1, 1º [LECiv \[RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892 \]](#)), pues pese a que se encuentre resumen suficiente de las mismas en el acta de juicio [como obliga el artículo 89, 1, c), 1º de la Ley Procesal Laboral], no pierden

por ello su concreta cualidad probatoria ([STS de 16-5-90 \[RJ 1990, 4346 \]](#)), no transformándose por lo tanto en prueba documental.

3) No cabe acogerse a meras fotocopias que no estén adveradas con su original, pues carecen, a estos efectos de Suplicación, de esa naturaleza de documento (así, [SSTS de 19-12-89 \[RJ 1989, 9049 \]](#), [2-11-90 \[RJ 1990, 8543 \]](#), [25-2-91 \[RJ 1991, 869 \]](#) o [25-1-01 \[RJ 2001, 2065 \]](#), entre otras).

4) Además, el soporte documental que sirva de base al motivo, debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que se desprenda ineluctablemente la modificación pretendida del mismo, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones ([SSTS de 19-7-85 \[RJ 1985, 3819 \]](#) o de [14-7-95 \[RJ 1995, 6259 \]](#)).

Pues bien, en el presente caso, se pretende la modificación del relato histórico de la Sentencia combatida, en base a una serie de contratos de hospedaje que obran en los folios 264 a 273 de los autos, pretensión que debe ser desestimada al tratarse de meros documentos privados sin fuerza suficiente para poder desvirtuar las conclusiones fácticas del Juzgador de instancia, y que, además, sin duda, han sido convenientemente valorados por el Magistrado sentenciador.

TERCERO

El motivo de derecho, correctamente amparado en el artículo 191 c) de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#), denuncia infracción de los artículos 1261, 1271 y 1273, del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#), por entender que los servicios desempeñados por las recurrentes son contrarios a la Ley y están fuera del comercio de los hombres. Y no deja de ser paradójico que se diga, a modo de argumentación jurídica, que el acceso carnal se encuentra fuera del comercio de los hombres, cuando es la primera y más visible nota característica de esta clase de actividad.

El discurso del recurrente entiende que ante la imposibilidad de dar de alta en la Seguridad Social a un trabajador en la ocupación que pretende la Inspección de Trabajo, se encuentra ante una situación de indefensión que implica, por un lado, la imposición de una sanción por la Administración, y, por otro, se le impide contratar trabajadores para desarrollar dicha actividad. En segundo término, no niega el recurrente, "puesto que resulta obvio, que en el establecimiento se ejerce la prostitución. Tal extremo, además, fue reconocido por las propias codemandadas en el acto del juicio oral, quienes afirmaron expresamente que efectivamente, además de ejercer la actividad de alterne, ofrecen sus servicios de carácter sexual en las habitaciones del establecimiento". Concluyendo que carece totalmente de sentido que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social inicie una actuación sancionadora al objeto de ser reconocida la actividad de alterne con finalidad de lucro mediante la prostitución como objeto lícito de la actividad laboral.

Pues bien, debe decirse:

1) que la calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto ([SSTS, entre otras muchas, 11-12-1989 \[RJ 1989, 8947 \]](#) y [29-12-1999 \[RJ 2000, 1427 \]](#)).

2) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente" ([STS 7-6-1986 \[RJ 1986, 3487 \]](#)); en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

3) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación; de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra; estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

4) los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo ([STS 23-10-1989 \[RJ 1989. 7310\]](#)), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones ([STS 20-9-1995 \[RJ 1995. 6784\]](#)), la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad ([SS.TS 8-10-1992 \[RJ 1992. 7622\]](#) y [22-4-1996 \[RJ 1996. 3334\]](#)), y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

5) indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados ([STS 31-3-1997 \[RJ 1997. 3578\]](#)), la adopción por parte del empresario -y no del trabajador- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender ([STS 11-4-1990 \[RJ 1990. 3460\]](#) y [29-12-1999 \[RJ 2000. 1427\]](#)), el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS 20-9-1995), y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS 23-10-1989).

Así mismo, y aunque referida al derogado artículo 1253 del [Código Civil \(LEG 1889. 27\)](#) , siguen siendo válidas las consideraciones generales, tanto doctrinales como jurisprudenciales, sobre esta mal llamada prueba de presunciones.

La estructura, pues, de la presunción judicial se compone de los siguientes elementos:

La afirmación base de la presunción, que el precepto legal identifica como "hecho demostrado", que no requiere alegación expresa por las partes, al no ser hecho inmediatamente relevante para las mismas, y debe ser objeto de prueba positiva en el proceso, debiendo ser propuestos a su respecto los diversos medios de prueba, y pudiendo ser acreditado incluso mediante presunciones, en cuyo caso la afirmación base de la segunda presunción constituye a su vez la afirmación presumida de la primera (praesuntio de praesuntione non admittitur)

La afirmación presumida, que es la realmente relevante para el juicio de hecho de la sentencia, necesita por consiguiente ser alegada en el proceso, y aunque pueda ser objeto de algún medio de prueba, el resultado negativo de las pruebas practicadas al respecto no impide que la afirmación presumida pueda probarse a través del razonamiento presuntivo partiendo de la afirmación base, cuya prueba es imprescindible para que pueda formarse la presunción. El art. 1253 CC se refiere a la afirmación base como al "hecho que se trata de deducir".

Por último el enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida constituye el elemento diferencial entre la presunción legal y la presunción judicial. Al ser elegido y aplicado el enlace por parte del Juez como culminación de la actividad probatoria se han designado estas presunciones como presunciones de hombre, presunciones judiciales o, como presunciones de hecho. Era precisamente en torno al enlace donde se centra el contenido normativo de aquel art. 1253 Cc, cuya estructura determina las dos siguientes consecuencias prácticas:

Que no existe presunción, sino simple actividad lógica, deductiva o inductiva, en aquéllos supuestos en que no aparezcan externamente dos hechos claramente diferenciados, de los cuales sólo el segundo -hecho consecuencia o presumido-, sea relevante para la consecuencia jurídica perseguida en el proceso. Cuando se presuma sin más un hecho determinado por el Juez, no nos hallamos ante una presunción judicial, sino ante una simple sospecha o conjetura. Cuando el Juez extraiga de un hecho importante para el proceso una determinada consecuencia, no estamos frente a una presunción, sino ante una relación de causalidad.

Que, teniendo el elemento esencial de la presunción naturaleza interna, al formarse la presunción partiendo del razonamiento lógico deductivo-inductivo del Juez, la presunción carece de procedimiento externo probatorio, lo que explica su ausencia de regulación en la LECiv y permite su utilización por el Juez sin necesidad de proposición por las partes litigantes, cuya actividad probatoria debe centrarse esencialmente en la demostración de la afirmación base y en la argumentación sobre la existencia del enlace.

El Tribunal Supremo interpretando el derogado artículo 1253 del [Código Civil \(LEG 1889. 27\)](#) , ha establecido las siguientes reglas:

1ª Al no concretar precepto alguno las reglas del criterio humano, es el Tribunal sentenciador el

llamado a escoger las que entiende pertinentes para apreciar que el enlace entre los hechos probados y los presumidos, sin que dichas reglas puedan fijarse, lo que sería opuesto al sentido que envuelve el vocablo "criterio", norma de conocimiento y verdad al que quiere la Ley se ajuste la estimación de ese delicadísimo juicio de razón.

2ª Las reglas del criterio humano no son otras que las de la lógica, es decir, la recta razón.

3ª El enlace no consiste en la sola y vaga referencia de un hecho a otro, sino en la conexión y congruencia entre ambos, de suerte que la realidad de uno conduzca al conocimiento del otro, por ser la relación concordante y no poder aplicarse a varias circunstancias.

CUARTO

Por la vía del apartado c) del artículo 191 de la [Ley Procesal Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#), se denuncia la infracción del artículo 53.2 del [Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto \(RCL 2000, 1804, 2136 \)](#), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el entendimiento de que el Acta de la Inspección de Trabajo de la que dimanen las presentes actuaciones no goza de la presunción de veracidad que le confiere la Ley puesto que no está levantada conforme a los requisitos exigidos, ya que, en la misma, no se identifica la fuente de las informaciones.

El art. 53.2 del texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones del orden social, otorga una presunción de certeza a «los hechos constatados por los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción y de liquidación "y" a los hechos reseñados en informes emitidos consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma», sin perjuicio de la posibilidad de aportar pruebas en contrario y en este sentido y en relación con estas actas, el [TS en Sentencia de 28-10-97 \(RJ 1997, 7081 \)](#), siguiendo el criterio sustentado por el [Auto del Tribunal Constitucional 7/89 de 13 de enero \(RTC 1989, 7 AUTO\)](#), afirma que «la doctrina de este Tribunal al interpretar el alcance de estos preceptos viene atribuyendo a las actas levantadas por la Inspección de Trabajo por lo que se refiere a los hechos recogidos en las mismas, una presunción de veracidad iuris tantum cuyo fundamento se encuentra en la imparcialidad y especialización que en principio debe reconocerse al Inspector actuante ([SS. 24 de enero \[RJ 1989, 236 \]](#), [28 de marzo \[RJ 1989, 2140 \]](#), [6 de abril \[RJ 1989, 2820 \]](#), y [4 de mayo de 1989 \[RJ 1989, 3603 \]](#), [18 de enero \[RJ 1991, 265 \]](#) y [18 de marzo de 1991 \[RJ 1991, 3183 \]](#)) presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia en lo que respecta a las actas de infracción, ya que el art. 52-2 de la [Ley 8/88 \(RCL 1988, 780 \)](#) se limita a atribuir a tales actas por la propia naturaleza de la actuación inspectora el carácter de prueba de cargo dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario». Esta concepción de «presunción iuris tantum» aparece reflejada en Sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, las de fechas [31-5-1985 \(RJ 1985, 2798 \)](#), [2-4-1984 \(RJ 1984, 2021 \)](#), [16-4-1984 \(RJ 1984, 2097 \)](#), [29-10-1987 \(RJ 1987, 7412 \)](#) y más recientemente [17-4-2002 \(RJ 2002, 6762 \)](#).

De ello se deduce que la presunción a que se refiere el bloque normativo regulador puede ser claramente desvirtuada, mediante prueba en contrario, por parte de quien discrepe de tal conclusión fáctica del funcionario actuante. Que es quien, por tanto, tiene la carga de la prueba, que debe de realizar mediante la utilización de medios de prueba adecuados de los permitidos en derecho, de los que se pueda alcanzar tal desvirtuación. Pero, si no se ha conseguido ello, como es el caso, y tampoco es viable alcanzar tal finalidad en revisión de los mismos, en este trámite extraordinario de Suplicación, conforme ha ocurrido, al quedar confirmada la narración judicial de los hechos tenidos como probados, carece entonces de consistencia la alegación de la parte. En definitiva, no se ha destruido la presunción iuris tantum de veracidad de las afirmaciones contenidas en el acta de la Inspección.

QUINTO

Correctamente amparado en el artículo 191 c) de la [Ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#), alega el accionante infracción del artículo 1º y 8.1 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997 \)](#) por entender que en la relación habida entre partes no concurren las notas caracterizadoras de una relación laboral.

El contrato de trabajo resulta definido en el artículo 1º y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores cuando, al señalar el ámbito objetivo de dicha Ley, dispone 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, denominada empleador o empresario». Por otro lado, el artículo 8.1 del propio Estatuto de los Trabajadores consagra la libertad de forma para la celebración del contrato de trabajo y una presunción «iuris tantum» de existencia del mismo, al decir: «El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un

servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél».

De la exégesis normativa, se deducen las siguientes notas características del contrato de trabajo:

A) El objeto del mismo consiste en la prestación voluntaria de servicios retribuidos. La voluntariedad es indispensable, puesto que se trata de un contrato (artículos 1254, 1258 y 1261 del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) . La deuda contractual del trabajador es una deuda de actividad (prestar sus servicios) y no de resultado, y además se trata de un quehacer personal, lo que ha llevado a decir que este contrato se celebra «intuitu personae», de manera que no puede tener el trabajador la facultad de designar libremente un sustituto sin necesidad de aprobación del empleador sin que se desnaturalice el carácter laboral de la relación, salvo que tal facultad carezca de entidad suficiente en la ejecución práctica del contrato. La retribución, que constituye el objeto de la obligación primordial del empresario, viene entendida en el amplio sentido del artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores («la totalidad de las percepciones económicas, en dinero o en especie»). Tal obligación deriva inmediatamente de la prestación de los servicios y es independiente de los beneficios que ésta reporte al empresario.

B) Es esencial al contrato la ajenidad («por cuenta ajena»), es decir, que los frutos del trabajo se transfieren «ab initio» al empresario por el hecho del contrato y éste asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios, de manera que la posibilidad de beneficios o pérdidas se imputan sólo al empresario, existiendo para el trabajador una ajenidad de los riesgos.

C) Los servicios, para que sean laborales, han de ser prestados «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona» que los retribuye, bastando con que el trabajador se halle comprendido en el círculo rector y disciplinario del empresario, sin que para ello sea preciso que esté sometido a jornada laboral predeterminada, ni a horario fijo, ni a exclusividad en su tarea, como tuvo ocasión de señalar el Tribunal Supremo en [Sentencia de 6 mayo 1986 \(RJ 1986, 2491\)](#) , entre otras. En definitiva se trata de que el trabajo se realice «bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue», como reafirma el artículo 20.1 del Estatuto de los Trabajadores. En esto consiste la clásica nota de dependencia o subordinación.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sus [sentencias de 14 noviembre 1983 \(RJ 1983, 5595\)](#) y [10 abril 1984 \(RJ 1984, 2064\)](#) , entre otras muchas, tiene declarado que la determinación de si una relación «inter partes» tiene o no naturaleza laboral, no depende ni de cómo la denominen ni la conciben las partes, ni de ninguna decisión o resolución administrativa, sino que tan sólo compete a los órganos judiciales, que han de atender a su verdadero contenido obligacional para determinar la auténtica naturaleza de aquélla.

De otra parte, la calificación de la relación que vincula a las partes debe hacerse a la luz del criterio jurisprudencial ampliamente reiterado que pone de manifiesto cómo los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes, debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido, manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el «nomen iuris» empleado por los contratantes; siendo así que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de estas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de las concurrencias de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual ([Sentencias del Tribunal Supremo de 11-6-1990 \[RJ 1990, 5048\]](#) y [5-7-1990 \[RJ 1990, 6059\]](#) , entre otras).

Y para determinar la existencia de una relación laboral lo esencial es establecer la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia a las que se refiere el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, y por tanto con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma ([STS de 16-2-1990 \[RJ 1990, 1099\]](#)).

SEXTO

Como antes se dijo, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, en [Sentencias de 15-10-2003 \(AS 2003, 4009\)](#) , [28-5-2004 \(AS 2004, 2096\)](#) , [13 \(PROV 2005, 67319\)](#) y [29 de diciembre 2004 \(AS 2005, 242\)](#) y [30 de junio de 2005 \(AS 2005, 2015\)](#) , acerca de la actividad de alterne en locales o clubes, poniendo de manifiesto que 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 \(RCL 1995, 997\)](#)), presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro (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 [4-2-1988 \(RJ 1988, 571\)](#) , [21-10-1987 \(RJ 1987, 7172\)](#) , [14-5-1985 \(RJ 1985, 2712\)](#) , [25-2-1984 \(RJ 1984, 923\)](#) y [3-3-1981 \(RJ 1981, 1301\)](#) . 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.

En concreto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-10-1987 especifica, para un supuesto similar al ahora enjuiciado que «la relación entre empresa y trabajadora viene comprendida en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, pues actuaba dentro del ámbito organizativo de la empresa, por lo que es patente la competencia del orden jurisdiccional laboral para conocer de la reclamación planteada, pues como señala la Sentencia de la Sala de 25 de febrero de 1984 -(que cita la de 3 de marzo de 1981)- se reúnen los requisitos de prestación voluntaria de trabajo por cuenta ajena y bajo dependencia de otra persona -entendida como inclusión en el círculo directivo empresarial- y percepción de retribución, sin que la libertad de horario y asistencia sea trascendente para calificar de arrendamiento de servicios la relación entre las partes», siendo refrendada esta inclusión en el orden laboral por la Sentencia de la Sala Contencioso- Administrativa del más Alto Tribunal, al afirmar que sobre la figura concreta del captador/a de clientes o camarero/a de alterne, ya el orden jurisdiccional social ha venido reconociendo su acogida en el ámbito del contrato de trabajo (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 mayo 1985, 21 octubre 1987 y 4 febrero 1988).

La razón fundamental de la doctrina contenida en las sentencias anteriores 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.

En cuanto al 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, 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.

En definitiva, concurren en el presente caso los requisitos de: a) prestación voluntaria de servicios, b) realizado por cuenta ajena, c) percepción de una retribución cualquiera que sea su forma y d) realización de la prestación bajo la dependencia de otra persona, por lo que no cabe duda, siendo las circunstancias en las que se encontraban las denominadas alternadoras las descritas en la inalterada redacción de los hechos probados, de la naturaleza laboral de su relación, que debe estar plenamente sometida a las normas del derecho del trabajo, como así lo tiene declarado este Tribunal Superior de Justicia en sus sentencias de 29 de diciembre de 2004 y [de junio de 2007 \(AS 2007, 3631\)](#) . Razones todas ellas que nos llevan a la desestimación del motivo.

SÉPTIMO

Las anteriores consideraciones conducen a la desestimación del Recurso y a la íntegra confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Navarra que debe confirmarse en su integridad, en plena coincidencia con lo resuelto por este Tribunal Superior en su sentencia de 8 de noviembre de 2006 .

F A L L A M O S

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por la representación letrada de BELA 2004, SL, frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. UNO de los de Navarra, en el Procedimiento núm. 845/06, seguido a instancia de la INSPECCION PROVINCIAL DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, contra BELA 2004, SL, DOÑA Jose Miguel, DOÑA Paula, DOÑA Leticia, DOÑA Gema, DOÑA Almudena, DOÑA Teresa y DOÑA Aurora sobre RELACION LABORAL, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social

del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación debiendo, la parte condenada si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita, constituir un depósito de 300,51 €. en la cuenta corriente que a nombre de la Presidencia de la Sala IV del Tribunal Supremo figura abierta en la oficina del Banco Español de Crédito (Banesto), calle Barquillo, núm. 49 de Madrid, bajo el núm. 2410000066010308 debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de la Sala al tiempo de personarse en ella.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.