

**Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª).****Sentencia núm. 7214/2008 de 2 octubre****AS\2008\2392**

CONTRATO DE TRABAJO: existencia: señoritas de «alterne»: concurrencia de la actividad de alterne, en que se dan todos los requisitos esenciales que configuran el contrato de trabajo, con la de prostitución.

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 943/2006

Ponente: Ilmo. Sr. D. andreu enfedaque i marco

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Tarragona, de fecha 20-07-2007, dictada en el procedimiento de oficio instado contra la empresa «Dos más tres cinco, SL» y otros, en reclamación de existencia de relación laboral, que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica

Barcelona, 2 d'octubre de 2008

La Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 7214/2008

En el recurs de suplicació interposat per Subdelegación de Gobierno de Tarragona a la sentència del Jutjat Social 2 Tarragona de data 20/ 07/ 2007 dictada en el procediment núm. 943/2006 en el qual s'ha recorregut contra la part. Dos mas tres cinco, SL, i

Eduarne ha actuat com a ponent Il·lm. Sr. ANDREU ENFEDAQUE MARCO.

ANTECEDENTS DE FET**PRIMER**

En data 31/ 10/ 2006 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Procediments d'ofici, en la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 20 junio 2007, que contenia la decisió següent:

"Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Subdelegación de Gobierno de Tarragona contra DOS MAS TRES CINCO, S.L, Eduarne, María Rosario, Gonzalo, Francisca, Silvia, Carolina, Mariana, Ana María, Flor, Susana, Daniela, Patricia, Bárbara, Margarita, Andrea, Luisa, Alejandra, Laura, María Dolores, Gloria, María Rosa, Y Guadalupe, debo declarar y declaro que la relación que une a Dos Más Tres Cinco, SL y Gonzalo y María Rosario es laboral, condenando a los demandados a estar y pasar por esta resolución. "

SEGON

En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

PRIMERO.- "Dos Más Tres Cinco, SL" es la sociedad mercantil que explota el Club "Brigitte", sito en la carretera nacional C-31 Km 155,5 de Cunit.

(exp. admvo: acta de infracción)

SEGUNDO.- La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción en materia de extranjería núm. 689/06, el 14 de agosto de 2006 a la empresa demandada "Dos Más Tres Cinco, SL", proponiendo sanción de 132.460,30 euros por dar ocupación a 22 extranjeros, uno como camarero, otra como limpiadora y 20 como camareras de alterne, todos sin permiso de trabajo, salvo María Rosario con permiso para trabajar como empleada del Hogar.

Los extranjeros a los que se refiere el acta de infracción son:

- María Rosario con NIE NUM000.
- Gonzalo número de pasaporte NUM001 de nacionalidad brasileña.
- Francisca, eslovaca, con número de pasaporte NUM002.
- Silvia, rumana, indocumentada.
- Carolina, venezolana, con núm. de pasaporte NUM003.
- Mariana, de nacionalidad polaca y con pasaporte NUM004.
- Ana María, lituana y carta identidad NUM005.
- Flor, brasileña, pasaporte núm. NUM006.
- Susana, brasileña, pasaporte núm. NUM007.
- Daniela, brasileña, pasaporte núm. NUM008.
- Patricia, brasileña, pasaporte NUM009.
- Bárbara, lituana y pasaporte NUM010.
- Margarita, de nacionalidad brasileña y pasaporte NUM011.
- Andrea, brasileña, pasaporte núm. NUM012
- Luisa, colombiana y núm. de pasaporte NUM013.
- Alejandra, brasileña, pasaporte núm. NUM014.
- Laura, rumana, núm. de pasaporte NUM015.
- María Dolores, rumana, núm. pasaporte NUM016.
- Edurne, rumana, núm. de pasaporte NUM017.
- Gloria, rumana, núm. de pasaporte NUM018.
- María Rosa, brasileña, pasaporte CS.
- Guadalupe, de nacionalidad venezolana y con pasaporte
núm. NUM019.

Se da por reproducido el contenido del acta de infracción que obra en el expediente administrativo adjunto a la demanda.

TERCERO.-La mayoría de las trabajadoras codemandadas, salvo María Rosario y Gonzalo, acudían al Club "Brigitte" en horario de 19:00 a 4:00 horas, o a 4:30 en fines de semana, disponiendo de un día libre a la semana que no fuera sábado o domingo. Algunas trabajadoras hacían un horario más extenso.

Las demandadas se cambiaban en el club, poniéndose ropa diferente de la que usan para salir a la calle, guardándola en taquillas individualizadas con un número.

Alternaban con los clientes para incitarles a consumir bebidas y a invitarlas, percibiendo a cambio la mitad del valor de la copa.

El porcentaje de la copa, un 50% de su valor, les era entregado por el camarero una vez abonada la bebida por el cliente.

(acta de infracción, interrogatorio de Carlos Miguel)

CUARTO.- Las codemandadas, salvo María Rosario y Gonzalo, ejercían la prostitución en el local con los clientes que allí acudían, y con los que alternaban en el bar del club.

Pagaban a la empresa demandada un importe por el alquiler de la habitación.

(interrogatorio de Carlos Miguel, licencia de actividad de la mercantil demandada)

QUINTO.- Gonzalo es el cuñado de Eduardo, trabajador por cuenta y orden de "Dos Más Tres Cinco, SL", con categoría profesional de camarero.

El 26.3.06, día de la visita de la Inspección de Trabajo al Club "Brigitte", reconoce la mercantil demandada que estaba sustituyendo a un camarero enfermo.

(Acta de infracción)

SEXTO.- María Rosario se encontraba el 26.3.06 en el Club "Brigitte", realizando la limpieza de las habitaciones y la entrega de toallas a los clientes.

(Acta de infracción, interrogatorio de Carlos Miguel)

TERCER

Contra aquesta sentència la part. demandant va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part. contrària que el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER

L'Advocacia de l'Estat recorre la sentència dictada pel Jutjat Social respecte de la no apreciació de relació laboral entre l'empresa i diverses persones que figuren com a recorregudes, una de les quals, Edurne impugna el recurs, així com també l'empresa.

L'únic motiu del recurs de l'Estat denuncia infracció de l'article 53.2 de la [LISOS \(RCL 2000. 1804. 2136 \)](#), respecte del valor probatori d'els actes de la Inspecció de Treball, així com de l'article 150.3 [LPL \(RCL 1995. 1144. 1563 \)](#) amb relació amb el 148.2.d), i també de l'article 1.1 de l' [Estatut dels Treballadors \(RCL 1995. 997 \)](#), en no haver apreciat relació laboral entre l'empresa i les persones de les quals la sentència afirma que la seva activitat consistia en dedicar-se a la prostitució en el local propietat de l'empresa.

L'Estat, tot denunciant la vulneració de normes processals en matèria de valoració de la prova i en concret de presumpció de certesa i inversió de la càrrega de la mateixa respecte dels fets que figuren en l'informe de la Inspecció de Treball i que serveixen de base a la resolució administrativa que ha donat origen a aquest procediment d'ofici, hauria d'haver atacat els fets provats de la sentència doncs no es possible en aquest especial recurs de suplicació la modificació dels mateixos si el recurs no s'interposa a l'empara de l' apartat b) de l'article 191 LPL i amb el fonament probatori que en el mateix s'indica. Per això, la Sala s'haurà de limitar a examinar, a partir dels inatcats fets provats, la part. del recurs que fa referència a normes de caràcter substantiu i, el que constitueix l'essència d'aquest procediment, si existia relació laboral entre l'empresa i les persones que es prostituïen en el local de la mateixa, sense que, d'altra banda, en tractar-se de qüestions relacionades amb la competència d'aquest ordre jurisdiccional sigui exigible al Tribunal una vinculació literal amb els dits fets provats, podent examinar la totalitat de la prova practicada a judici en el que sigui imprescindible. Val a dir a més que en el fet provat primer de la sentència, in fine, es dona per reproduït el contingut de l'acta d'infracció que consta en l'expedient administratiu adjunt a la demanda.

SEGON

Hem de donar la raó al recurrent. L'únic argument del Jutjat per a establir la inexistència de relació laboral es considerar que l'activitat d'"alterne" que duïen a terme les noies del club era de caràcter marginal i dependent de l'activitat de prostitució que constituïa la finalitat principal del negoci i que essent il.legal la dita activitat, aquesta il.legalitat impedeix la qualificació com a laboral de la prestació de serveis. La Sala no pot compartir aquesta apreciació doncs establerta en els fets provats de forma indiscutible la subordinació, alienitat, dependència i retribució de l'activitat de les noies a disposició dels clients en el Club explotat per l'empresa demandada, doncs les mateixes acompanyaven els clients que es volien relacionar amb elles percebent com a salari en forma de comissió el cinquanta per cent del preu de les begudes que els eren servides a l'establiment, estaven subjectes a horari fixat per l'establiment, residien

fora del mateix, fruïen d'un dia de festa setmanal però que no podia ser ni dissabte ni diumenge, no tenien autonomia per acceptar o no la relació amb els clients i estaven sotmeses a les indicacions i normes establertes en el Club. En cap moment ha quedat demostrat que tots els clients que es relacionaven amb les noies i consumien begudes necessàriament fessin ús de serveis sexuals sota pagament per part de les mateixes de manera que es podés sostenir el caràcter absolutament marginal de l'activitat de companyia o "alterne" que les noies proporcionaven, activitat de cap manera il·lícita ni qualificable de prostitució. En aquesta situació, el fet de que en alguns o en molts dels casos les noies oferissin els seus serveis sexuals a canvi de retribució, ja pel seu propi compte utilitzant les instal·lacions de l'establiment i abonant a l'empresa una quantitat, ja per compte del mateix establiment, percebent quantitats de l'empresa per tal concepte de cap manera pot viciar la relació no constitutiva de prostitució i perfectament incardinable en el camp de la relació laboral, doncs el contrari seria afegir a la indesitjable explotació del propi cos, contrari a la dignitat de la persona, ja es faci pel propi compte ja, amb major gravetat quan, com semblen indicar els indicis, es fa per compte d'un tercer que s'en gaudeix del tràfic carnal, la inhibició de les normes de protecció laboral d'epersones que duïen a terme de forma clara i diàfana una activitat de prestació lícita de serveis i que es veurien no per altre motiu que l'exercici de la prostitució amb un grau major o menor de llibertat personal (cal recordar que es tracta d'estrangeres sense permís de treball ni de residència, alguna d'elles del tot indocumentada i moltes d'edat molt jove), foragitades de la protecció dels seus drets laborals i de seguretat social, amb l'incomprensible benefici dels qui reben els seus serveis i aconseguixen els seus guanys amb costos molt inferiors als que tindrien si observessin la normativa laboral, fiscal i d'assegurança social. Es produiria doncs la paradoxa de que un determinat establiment dedicat exclusivament a les consumicions amb companyia i sense permetre activitat de prostitució, hauria d'assumir les despeses i limitacions, en concret respecte de la contractació de persones estrangeres, derivades del caràcter lícit de la seva activitat, que incidirien en els seus costos i competitivitat en el sector mentre els que es beneficien de la prostitució aliena, com es sabut manta vegada limitada en la seva llibertat real per situacions socials i culturals extremes, podrien amb impunitat fruir de serveis de caràcter laboral prestats per les prostitutes mantenint-se totalment al marge de les seves conseqüències en l'àmbit social i fiscal, el que afectaria també la lliure competència i, el que és més important, situaria els treballadors alhora prostituïts, absolutament fora de la protecció del sistema social i per tant en una situació de major desavantatge.

TERCER

Tot això portarà a la estimació del recurs interposat i per tant a la revocació de la sentència del Jutjat Social, reconeixent per tant la relació laboral de l'empresa també amb la resta de treballadores mencionada a la demanda d'ofici.

DECISIÓ

Atesos els preceptes legals esmentats, els seus concordants i demès disposicions de general i pertinent aplicació,

ESTIMEM el recurs de suplicació interposat per L'Advocacia de l'Estat contra la sentència de 20 de juliol de 2007 del Jutjat Social número 2 de Tarragona, que REVOQUEM en el sentit de declarar també l'existència de relació laboral de la resta de demandants amb la demandada "Dos más tres cinco, SL"

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs de cassació per a la unificació de doctrina, que s'ha de preparar en aquesta Sala en els deu dies següents a la notificació, amb els requisits previstos als números 2 i 3 de l'article 219 de la [Llei de procediment laboral \(RCL 1995, 1144, 1563 \)](#).

Notifiqueu aquesta resolució a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i expediu-ne un testimoni que quedarà unit al rotlle. Incorporeu l'original al llibre de sentències corresponent.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, el Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.