

Sobre la actividad de alterne y su encuadramiento de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social

About hostess clubs activity and its professional classification in the general social security system

CARMEN ORTIZ LALLANA

MAGISTRADA DE LA SALA CIVIL Y PENAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA RIOJA

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

Resumen

Este estudio analiza un conjunto de sentencias de las Salas de lo contencioso administrativo de los TTSSJ de las distintas Comunidades Autónomas, relativas a la “actividad de alterne” y la inclusión de quienes la realizan en el Régimen General de la Seguridad Social. En ellas, se resuelve sobre las resoluciones de la TGSS por las que se acuerdan de oficio, tras la actuación de la ITSS, las altas en dicho Régimen, que encuadra a los trabajadores por cuenta ajena, que presten sus servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 ET. Se expone y valora la doctrina judicial sobre la naturaleza jurídica de la relación de los trabajadores de alterne o captadores de clientes y el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho precepto, en relación con la presunción de laboralidad contenida en artículo 8.1 ET, y se estudian las cuestiones conexas relativas a la actuación inspección, la caducidad del expediente tramitado, o el valor de las actas emitidas y la presunción de veracidad que les asiste; así como la eventual suspensión de la tramitación del procedimiento hasta que se resuelvan los procedimientos judiciales pendientes en otros órdenes jurisdiccionales (litispendencia o prejudicialidad); cuestiones para las que se proponen soluciones en sede judicial

Abstract

This research analyses a set of judgments pronounced by the Contentious-Administrative Chamber of the Supreme Courts of Justice in each autonomous community about the hostess clubs activity and the inclusion of its workers in the general social security system. Such judgments solve the resolutions of the General Social Security Treasury, which convene, of its own motion and after the intervention of the Labour and Social Security Inspectorate, the discharges of this system, which includes employed workers providing services under the conditions laid down in Article 1.1 of the Statute of Workers’ Rights (SWR). A judicial doctrine is set out and assessed about the legal nature of the connection between hostess clubs workers or customer recruiters and the compliance of the requirements laid down in the mentioned regulation, regarding the presumption of employment referred to in Article 8.1 of SWR. Moreover, the matters related to the intervention of the Inspectorate will be studied, along with the expiration of the handled records, or the assessment of the issued acts and their presumption of veracity; as well as the possible suspension of the proceeding until the pending legal proceedings in other jurisdictions (lis pendens or prejudice*) are solved; matters submitted to court.

Palabras clave

alterne; relación laboral; alta de oficio; presunción de veracidad; prejudicialidad

Keywords

Hostess clubs; professional relationship; discharge of its own motion; presumption of veracity; prejudice

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011 de 10 de octubre), con la finalidad de racionalizar la distribución competencial entre los órdenes jurisdiccionales en el ámbito de las relaciones laborales, excluye de la competencia del orden social determinados actos administrativos en materia de seguridad social vinculados con la actuación de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) y, más particularmente, las impugnaciones de los actos administrativos relativos a afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores (art. 3.f) LRJS); exclusión que avoca a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa (art.1, 2y 6 LJCA), reputándose de cuantía indeterminada los recursos “interpuestos contra actos, en materia de Seguridad Social, que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores” (art. 42.2 LJCA), como indica el ATS-Sala de Conflictos de competencia de 24.9.2014 (rec. 16/2014)” (Vid. S.TSJ del País Vasco, Bilbao, Oviedo, nº 402/2015, de 14 de septiembre de 2015, rec. 671/2014).

En este contexto competencial, es frecuente encontrar pronunciamientos de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas que, relativos a estas materias, y más particularmente a las Resoluciones de la TGSS que incorporan altas o bajas, al resolver sobre el fondo del asunto, entran a valorar cuestiones jurídicas de contenido laboral y se nutren de conceptos y categorías sustantivas propias del Derecho del Trabajo.

Es un conjunto de sentencias en las que, para resolver sobre el ajuste a derecho del encuadramiento del trabajador efectuado por la TGSS, es preciso analizar la naturaleza jurídica de la relación que une al trabajador con la empresa, debiendo acudir los Tribunales al enjuiciamiento de la existencia de contrato de trabajo y, por ende, al análisis del cumplimiento, ante el caso concreto, de los requisitos establecidos en los arts. 1.1 y 8.1 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) y la jurisprudencia y doctrina judicial del orden social que los interpreta.

Es el caso, entre otros, de los pronunciamientos judiciales que analizan la actividad de las “camareras de alterne” cuyo objetivo “es captar a clientes en un club o establecimiento público de diversión, animando al cliente a consumir con el consiguiente beneficio económico para el titular del mismo” (S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016¹, a los efectos de su eventual encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹ Vid también SS.TSJ de Baleares nº395/2000, de 23 de mayo de 2000, rec. 685/1997 (con remisión a la jurisprudencia del TS en cuanto al concepto) y nº 389/2000, de 19 de mayo de 2000, rec. 528/1997; S.TSJ de Canarias nº 1488/2000, de 13 de noviembre de 2000, rec. 1944/1996; SS, TSJ de Castilla la Mancha nº2229/1999, de 26 de julio de 1999, rec. 2232/1998 (con remisión a la jurisprudencia del TS en cuanto al concepto) y nº 1384/1999, de 10 de mayo de 1999, rec. 2288/1998 si bien, todas ellas, a propósito del Derecho de extranjería.

En estas sentencias, generalmente siguiendo las reglas del procedimiento ordinario², la demanda impugna la resolución administrativa dictada por la TGSS, que desestima el recurso de alzada presentado frente a una resolución anterior dictada por la Administración. Como consecuencia de esta resolución se procede al alta y/o baja de oficio en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de la empresa demandante a las trabajadoras, como consecuencia de la actuación practicada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el local de la empresa (SS.TSJ de Galicia, La Coruña, nº 745/2015, de 3 de diciembre de 2015, rec.4428/2014 y nº 416/2013, de 23 de mayo de 2013, rec. 4580/2012; S.TSJ de Asturias, Oviedo, nº 1297/2012, de 20 de diciembre de 2012, rec. 399/2012); SS.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012), nº 1842010, de 19 de febrero de 2010, rec. 1764/2006); S.TSJ de Extremadura, Cáceres, nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec. 316/2007); (SS.TSJ de Madrid nº 66/2015, de 5 de octubre de 2016, rec.66/2016, nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. nº31/2015, nº39/2016, de 25 de febrero de 2016, rec. nº111/2015, nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. nº515/2014 y nº 362/2015, de 2 de septiembre de 2015, rec. nº558/2014; S.TSJ del País Vasco, Bilbao, Oviedo, nº 402/2015, de 14 de septiembre de 2015, rec. 671/2014).

2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL OBJETO LITIGIOSO DE LAS SENTENCIAS

El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, prevé en su artículo 13, para todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que los actos de afiliación, altas y bajas puedan ser realizados de oficio por los correspondientes organismos de la Seguridad Social –función atribuida a la TGSS–, cuando las personas o entidades a quienes incumben tales obligaciones no las cumplieren; previsión reiterada también en los arts. 16.4 y 139.2 del mismo cuerpo legal.

En desarrollo de tales preceptos, el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, dispone en su artículo 3.1 que “Corresponden a la Tesorería General de la Seguridad Social las funciones de... ejecución y control directos de la gestión en orden a la inscripción de empresas, apertura de cuentas de cotización, formalización de la cobertura para la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en los términos establecidos en el presente Reglamento así como la toma de razón de la extinción de las empresas y la instrumentación de la afiliación, altas y bajas de los trabajadores o asimilados, variaciones de datos de unas y otros y asignación del número de la Seguridad Social a los ciudadanos. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de la función inspectora de la actuación de las empresas y demás sujetos responsables y de los trabajadores y beneficiarios respecto de las materias reguladas en este Reglamento, que se ejerce a través de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la cual además emitirá los informes que, en

² Resolviendo sobre recursos de apelación, Vid entre otras S.TSJ de Andalucía, Sevilla nº 1080/2006, de 10 de noviembre de 2006, rec.395/2006; S.TSJ de La Rioja nº 512/2005, de 29 de junio de 2005, rec 72/2005.

relación con las funciones atribuidas a la Tesorería General de la Seguridad Social, le sean solicitados por la misma”.

El Reglamento General regula, asimismo, la afiliación de oficio en su artículo 26, disponiendo: “1. La afiliación podrá efectuarse de oficio por las Direcciones Provinciales de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administraciones de la misma cuando, por consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social o por cualquier otro procedimiento, se compruebe el incumplimiento de la obligación de solicitar la afiliación por parte de los trabajadores o empresarios a los que incumbe tal obligación” y el artículo 29.1.3º del citado Reglamento previene, con respecto a las altas y bajas de los trabajadores: “El incumplimiento de las obligaciones de comunicar el ingreso o cese de los trabajadores por parte de las empresas o, en su caso, de los trabajadores obligados dará lugar a que sus altas o bajas puedan ser efectuadas de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma competente, de acuerdo con lo previsto para la afiliación en los artículos 26 y 33 de este Reglamento”.

De los preceptos transcritos se infiere que: Primero.- En ellos, a los que se suman las normas de creación y funcionamiento de la TGSS, se autoriza expresamente a ésta para practicar de oficio las altas y bajas a la Seguridad Social que procedan, cuando compruebe por consecuencia de de la actuación inspectora, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicio común o por cualquier otro procedimiento, el incumplimiento por quienes corresponda, ya sean empresarios o trabajadores, de las obligaciones que les incumben en esta materia (SS.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016, FJ SEGUNDO) . Segundo.- El alta de oficio es una actuación propia de la Tesorería General de la Seguridad Social, e independiente de las que pueda seguir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Tercero.- Dicha comprobación puede ser consecuencia de: a) La actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como es el caso; b) Los datos obrantes en las entidades gestoras o servicios comunes de la Seguridad Social, y c) Cualquier otro procedimiento; y que en estos dos últimos casos, el Servicio Común de la Seguridad Social debe dar cuenta a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tanto para las comprobaciones como para los demás efectos que procedan.(SS.TSJ de la Comunidad Valenciana nº 362/2015, de 2 de septiembre de 2015, rec. 558/2014, FJ SEGUNDO y nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec.515/2014 FJ SEGUNDO).

En las sentencias objeto de estudio en este comentario, se examina, como cuestión central, la conformidad o disconformidad a derecho de las actuaciones administrativas impugnadas, esto es, de las altas/bajas acordadas de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, practicadas en estos casos en el régimen General de la Seguridad Social, que se sustentan en la existencia de relación laboral (S.TS de la Comunidad Valenciana, Valencia nº503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012 y S.TS de Extremadura, Cáceres, nº29/2009, de 30 de enero de 2009, rec. 282/2008).

3. CUESTIONES CONEXAS CON LA IDENTIFICACIÓN DEL TIPO LABORAL

El enjuiciamiento de la cuestión litigiosa se realiza, en el conjunto de estas Resoluciones judiciales, sobre la base de la actuación inspectora a que remiten y, en orden a tal enjuiciamiento, ha de revisarse la virtualidad probatoria de aquella actuación, a fin de

determinar si de su contenido se infiere justificadamente la existencia de las relaciones laborales de las que traen causa las resoluciones administrativas sobre las que se resuelve.

Para este análisis, se toma como punto de partida que el ordenamiento jurídico otorga presunción de certeza a los hechos reseñados en los informes emitidos por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los supuestos concretos a que se refiere la Ley Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, consecuentes a comprobaciones efectuadas por la misma, sin perjuicio de su contradicción por los interesados en la forma que determinen las normas procedimentales aplicables. Respecto de la presunción de certeza o veracidad de los hechos descritos e informados por el inspector laboral, la doctrina jurisprudencial tiene declarado reiteradamente que ha de limitarse sólo a los hechos que por su objetividad hubiera percibido directamente el inspector, o a aquellos inmediatamente deducibles de los primeros o acreditados en virtud de medios de prueba referidos en la propia acta de inspección, sin que se reconozca la inicial infalibilidad o veracidad a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas. No obstante, la presunción de que se trata, por su misma naturaleza “*iuris tantum*”, cede y decae cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos. Por tanto, la presunción de certeza despliega la carga de la prueba al administrado, de modo que es éste quien debe acreditar con las pruebas precisas que los hechos descritos por la inspección no se ajustan a la realidad.

Por tanto, en estas sentencias, a menudo se dilucidan cuestiones conexas, de no menor importancia a los efectos de la resolución de la controversia central planteada, que pueden estar relacionadas con el *iter* procedimental seguido hasta llegar a la Resolución de alta por la TGSS y, más particularmente relativas al procedimiento seguido por la Inspección de Trabajo o al valor probatorio de las actas de infracción levantadas por ésta, o que pueden referirse a aspectos que afectan a alguna de las partes y que están pendientes de resolución en otro orden jurisdiccional.

3.1. Sobre la eventual suspensión del procedimiento ante la existencia de Prejudicialidad

Los demandantes pretenden pretender la suspensión de la tramitación del procedimiento hasta que se resuelvan los procedimientos judiciales pendientes, si los hubiere, en otros ordenes jurisdiccionales, alegando la existencia de litispendencia o prejudicialidad.

Cuando ello ocurre, fundan sus pretensiones en las disposiciones legales que, de una parte, atribuyen a cada orden jurisdiccional la facultad de conocer de los asuntos que no les estén atribuidos privativamente y la posibilidad de suspender el procedimiento ante la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, mientras no sea resuelta (art. 10 LOPJ) y, de otra parte, extienden la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo que tengan carácter constitucional y penal (art. 4 LJCA). Así lo recoge la S.TSJ del País Vasco, Bilbao nº402/2015, de 14 de septiembre de 2015, rec.671/2014, al afirmar que “El conocimiento de esta jurisdicción, como resulta del art. 4 de

la LJCA, se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes a este orden administrativo, pero directamente relacionadas con el recurso que nos ocupa”; razón por la cual, “La empresa recurrente ha venido insistiendo en que debía procederse a la paralización del procedimiento”.

Frente a tales alegaciones, la S.TSJ de Galicia, La Coruña, nº 745/2015, de 3 de diciembre de 2015, rec.4428/2014, desestima la invocada prejudicialidad penal “por la tramitación de un proceso por un posible delito contra los derechos de las referidas trabajadoras”, razonando que “se haya o no cometido ese delito en nada obsta al alta en la seguridad social”(FJ CUARTO); esto es, porque de la cuestión prejudicial invocada puede prescindirse para la debida decisión sobre la resolución administrativa impugnada y porque no condiciona directamente el contenido de ésta.

Igualmente desestimatoria de la prejudicialidad, en este caso social, es la S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016 en la que se recuerda cómo la Sala se pronunció sobre ello al resolver sobre la pieza separada formada al respecto y cuales fueron los razonamientos vertidos entonces, que renuevan su actualidad, para denegar tal pretensión. Los razonamientos son los siguientes: “No procede la suspensión del procedimiento seguido ante esta jurisdicción Contencioso-Administrativa, en tanto se resuelva el seguido ante la jurisdicción social, porque la emisión de oficio de alta se configura como un acto propio de la TGSS, procedimentalmente independiente, de manera que a partir de la resolución que la contiene se inicia un nuevo procedimiento, el correspondiente altas y bajas, el cual adquiere una trayectoria desvinculada del acto que, en origen, puedo motivarla. La TGSS tiene cobertura legal para acordar o emitir altas de oficio en virtud de las actuaciones o comprobaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, resolución y procedimiento el del alta de oficio distinto e independiente del procedimiento sancionador que se deduce de las Actas de infracción emitidas por la Inspección, objeto del procedimiento que se sigue en la jurisdicción social. En este sentido, es consolidado el criterio de independencia de los procedimientos sancionadores originados por las actas de infracción de los procedimientos de afiliación cuya competencia es del Servicio Común de la Seguridad Social. La facultad para de oficio declarar las altas de los trabajadores, corresponde a la TGSS, en virtud de la competencia que le atribuyen sus normas de creación y funcionamiento. Por tanto, es al Servicio Común de la Seguridad Social al que compete valorar la procedencia del alta de oficio, ya sea como consecuencia de un acta de infracción de la Inspección de Trabajo y SS, o como consecuencia de un informe, denuncia o cualquier otra motivación” (FJ TERCERO).

3.2. De la pretendida nulidad de la Resolución de Alta de oficio por caducidad del expediente de la Inspección

Dada la conexión existente entre el acta de infracción levantada por la ITSS –sobre cuyos efectos probatorios se volverá en adelante– y la Resolución de alta de oficio incoada por la TGSS, en la Sentencia del TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016, se resuelve sobre la cuestión planteada por el demandante, que solicita la declaración de nulidad de la Resolución impugnada por haberse producido la caducidad del expediente tramitado por la Inspección porque sostiene que esta última ha rebasado el plazo establecido desde que se giró visita hasta la fecha de redacción del acta y, por tanto, ha decaído la oportunidad de la Inspección de extender acta de infracción, al haber caducado ese derecho.

En la fundamentación jurídica de la sentencia se reproduce el contenido de los artículos 16.4 y 139.2 de la LGSS, así como los artículos 3.1, 26.1, 29.1.3ª y 35.1.2º del RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas, afiliación, alta y baja, variación de datos, para concluir que “en ellos se autoriza expresamente a la TGSS para practicar de oficio la afiliación, altas y bajas a la Seguridad Social que procedan, cuando compruebe, por consecuencia de la actuación inspectora, de los datos obrantes en las entidades gestoras y servicio común o por cualquier otro procedimiento, el incumplimiento por quienes correspondan –empresarios o trabajadores– de las obligaciones que les incumben en esta materia” y que “el procedimiento sancionador regulado en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social aprobado por el RDL 5/2000, y en el Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social¹ es distinto del procedimiento de alta de oficio en el Régimen correspondiente de Seguridad Social. Su tramitación y resolución son independientes y, por tanto, con contenido y efectos distintos. Por tanto, la pretendida caducidad de las Actas de la Inspección no puede ser objeto de este procedimiento”. Y ello, porque “compete al Servicio Común de la Seguridad Social valorar la procedencia del alta de oficio, ya sea como consecuencia de un acta de liquidación de la Inspección de Trabajo y SS, o como consecuencia de un informe, denuncia o cualquier otra motivación. El alta de oficio así producida se configura como un acto propio de la TGSS, procedimentalmente independiente, de manera que a partir de la resolución que la incorpora se inicia un nuevo procedimiento, el correspondiente a las altas, que adquiere una trayectoria desvinculada del acto que, en origen, pudo motivarla. Ese carácter autónomo de la decisión de la TGSS al producir un alta, ya sea de oficio o a instancia de parte, en relación con el contenido de las Actas de la Inspección y, con mayor motivo, de las denuncias o informes, de manera que su resolución sea fruto de la propia convicción de que, implica que de las mismas debe deducirse un alta de oficio, sin perjuicio del resultado final de las impugnaciones a que den lugar tanto las resoluciones judiciales como administrativas” (FJ TERCERO).

3.3. En relación con las Actas de la Inspección y la presunción de veracidad

El soporte probatorio para la verificación por la TGSS de la existencia de relación laboral, lo constituyen predominantemente las actas incoadas por la Inspección de Trabajo. De ahí que los demandantes formulen con frecuencia alegaciones encaminadas a destruir su presunción de veracidad, con la pretensión de anular el acta levantada y, como consecuencia de ello obtener la nulidad de la resolución administrativa por la que se procede al alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

Como expresan las Sentencias del TSJ de La Rioja nº 111/2016, de 7 de abril de 2016 rec.31/2015 y nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016, siguiendo jurisprudencia y doctrina judicial de nuestros tribunales, “las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como las promovidas por los Controladores Laborales (artículo 52.3 de la Ley 8/1988 sobre infracciones y sanciones del orden social), ya se refieran a infracciones en el ámbito laboral, ya determinen la práctica de liquidaciones de cotizaciones sociales, aparecen dotadas en cuanto a su descripción fáctica de una presunción de certeza que deriva del artículo 52.2 de la misma ley 8/1988 de 7 de abril, posteriormente recogida en los artículos 15 y 32.1.c) del Real Decreto 928/1988 de 14 de mayo (Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de cuotas de la Seguridad Social), y su última

actualización en el artículo 53.2 del nuevo Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y Sanciones del orden Social aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, con vigencia a partir del día 1 de enero de 2001; respecto de esa presunción, la doctrina jurisprudencial, de las que entre otras son exponentes las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1995 , 19 de enero de 1996 , 27 de mayo y 22 de julio de 1997 y 4 de marzo de 1998 , la ha limitado a sólo los hechos que por su objetividad hubiera percibido directamente el inspector o controlador laboral, o a aquellos inmediatamente deducibles de los primeros o acreditados en virtud de medios de prueba referidos en el propio acta, sin que se reconozca la inicial infalibilidad o veracidad a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas, si bien la presunción de que se trata, por su misma naturaleza “iuris tantum”, cede y decae cuando se aportan pruebas acreditativas de la falta de correspondencia entre lo consignado en el acta y la realidad de los hechos, en la medida que las que sean valoradas por el Tribunal posibiliten jurisdiccionalmente asentar su discrepancia con el soporte fáctico del acto controvertido; no se excluye así un control judicial de los medios empleados por el inspector o el controlador, requiriéndose asimismo que el contenido de las actas, de infracción o de liquidación, determine las “circunstancias del caso” y los “datos” que hayan servido para su elaboración, cuyo detalle deviene imprescindible para conformar la base del valor probatorio de las actas inspectores”. De otro lado, afirma el Tribunal Constitucional, en sentencia 169/1998 de 21 de julio con citas de otras del mismo órgano, que “tal valor probatorio sirve para rechazar la conculcación del derecho a la presunción de inocencia, que no conviene confundir con la presunción de validez de los actos administrativos, como tampoco la indefensión administrativa con la judicial, pues la traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno”(FJ TERCERO).

A la presunción de certeza de las actas y sobre su destrucción mediante prueba en contrario, se refiere la Sentencia STSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016 al señalar que “la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª), de 28 de febrero de 2012 (rec. nº 1616/2010) (...) tras la exégesis de las normas en que se ésta se apoya, dice: “Presunción de certeza que la Jurisprudencia viene reiteradamente fundando “en la existencia de una actividad de comprobación realizada por órganos de la Administración de actuación especializada, en aras del interés público y con garantías encaminadas a asegurar la necesaria imparcialidad” (por todas, STS de 5 de octubre y 26 de junio de 1997, 8 de mayo de 2000 y 4 de diciembre de 2009). El Tribunal Supremo tiene declarado que la presunción de certeza alcanza únicamente a los hechos comprobados por el Inspector actuante y reflejados en el acta, bien porque al constituir una realidad objetiva fueron susceptibles de percepción directa por aquél en la visita girada, o bien por haber sido comprobados por el Inspector documentalmente, o a través de testimonios o de otras pruebas válidamente obtenidas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellos en el acta levantada. Por tanto, la presunción es destruible por prueba en contrario, que alcanza a los hechos constatados por el Inspector y reflejados en el acta, pero no a opiniones, valoraciones o calificaciones jurídicas, extendiéndose también el control jurisdiccional a los medios empleados por aquél para llegar a las afirmaciones contenidas en el acta (STS 6 de mayo de 1993 y 8 de mayo de 2000). En definitiva, la inspección se halla autorizada para reflejar en las actas no sólo los hechos directamente constatados en aprehensión directa de los mismos, sino también aquellos datos o circunstancias obtenidas de forma indirecta, a través de otros medios, en cuanto se

consignen o precisen los medios de prueba manejados permitiendo el examen a posteriori sobre el acierto o no de la conclusión extraída por la Inspección” (FJ TERCERO).

En síntesis, “respecto de la prueba de la existencia de una relación laboral, sobre el valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo, una reiterada doctrina jurisprudencial declara que pueden constituir un medio de prueba válido para lograr el convencimiento del Tribunal sobre los hechos a que se refiere la documentación de la actuación inspectora sometida a control jurisdiccional, siempre que por su objetividad sean susceptibles de percepción directa por el Inspector actuante en la visita girada, y por ello resultan idóneos para ser acreditados con tal medio probatorio, y no se trate de una mera estimación no documentada por la Administración en el expediente, pudiendo serlo; así como que ese valor probatorio, de conformidad con lo establecido en la STC 76/1990, sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias” S.TSJ de Galicia, La Coruña, nº 745/2015, de 3 de diciembre de 2015, rec.4428/2014.FJ. CUARTO).

Así, las alegaciones efectuadas por la parte demandante no consiguen desvirtuar la presunción de veracidad de las Actas de la ITSS cuando “no existe prueba alguna que desvirtúe la presunción de veracidad y conformidad a (...) de la actuación administrativa recurrida” (S.TSJ de Asturias, Oviedo, nº 1297/2012, de 20 de diciembre de 2012, rec. 399/2012, FJ CUARTO), cuando se produce “la falta de proposición en debida forma de las pruebas a practicar en el proceso” (S.TSJ Galicia, La Coruña, nº 416/2013, de 23 de mayo de 2013, rec. 4580/2012, FJ TERCERO), cuando “la Inspección de Trabajo constató de forma directa la presencia de las trabajadoras en el referido establecimiento, y recogió sus manifestaciones sobre la actividad que desarrollaban, su horario, la forma de retribución y quién les indicaba las condiciones de trabajo” (S.TSJ de Galicia, La Coruña, nº 745/2015, de 3 de diciembre de 2015, rec.4428/2014, FJ CUARTO); cuando, tras exponer la jurisprudencia doctrina judicial y constitucional sobre la prueba de indicios y las condiciones a las que está sometida, cuya concurrencia “permitirá afirmar que tratamos una prueba indiciaria con virtualidad para enervar la presunción de inocencia” y “en otro caso estaremos ante “meras suposiciones” o “simples sospechas, rumores o conjeturas”, los datos “se han obtenido de las declaraciones de las trabajadoras y del camarero (que realizaba el control de las consumiciones)” S.TSJ de La Rioja nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. nº31/2015, FJ TERCERO); o cuando, “los hechos comprobados (...) derivan de que el del carácter de funcionario público imparcial y especializado de los integrantes de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y del hecho de que el Inspector entrevista a las señoritas, comprueba la forma de consumición y pago de las copas y la entrega del tiquet a aquellas, y ve como tales señoritas tienen su documentación en unas taquillas de la empresa, y finalmente examina los libros de la empresa, y frente a lo anterior el perjudicado tiene que acreditar que esos hechos no son ciertos o bien que el funcionario de la Inspección ha obrado por motivos espúeos o de enemistad que permitan concluir su falta de imparcialidad, y es el caso que esa prueba no se ha producido, porque las afirmaciones de la demanda son de la propia recurrente interesada y no pueden prevalecer sobre las apreciaciones personales de la Inspección, y de otra parte la testigo aportada no ofrece la suficiente credibilidad en la medida en que ella, al igual que la recurrente, fue objeto de la actuación inspectora, por lo que se desestima el Recurso en su integridad. S.TSJ de Madrid nº 277/2016, de 5 de octubre de 2016, rec. 66/2015, FJ CUARTO);

Más explícitamente, la presunción que implican las actas no se destruye por el reclamante cuando, frente a lo sostenido por éste, “los funcionarios actuantes tuvieron ocasión de constatar personalmente la presencia en dicho establecimiento de las personas que en esos momentos se encontraban ejerciendo algún tipo de actividad profesional y de tomar declaración de cada una de ellas, acerca de las condiciones con las que llevaban a cabo su específica actividad profesional –jornada de trabajo, descansos, horarios, retribución percibida por su trabajo incluidas comisiones por copas y procedimiento de pago–. Más concretamente se les preguntó acerca su identificación, documentación acreditativa de la misma y domicilio; sobre la fecha a partir de la cual ejercen su actividad en el establecimiento visitado, el horario que cumplen en dicho local y quien el marca el horario y si toman copas con los clientes, si perciben alguna comisión por el importa de las copas consumidas y cual es el procedimiento para su pago. Consta la identificación de estas personas, con su nombre, apellidos, nacionalidad y número de NIE o NIF. Se practicó y entregó durante la visita efectuada una citación para que esta empresa compareciera (...) en las oficinas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social aportando la documentación que se le requería en la misma y que se concreta. Se personó en fecha 18/2/16, se personó en nombre de la empresa el asesor laboral de y en representación de la misma, aportando parte de la documentación requerida mediante el oficio de citación, sin aportar el alta en Seguridad Social de las trabajadoras que realizaban tareas de alterne, un total de 12 en el momento de la visita inspectora efectuada. Los datos obrantes al expediente administrativo se obtienen de consultas efectuadas al fichero informático de la Seguridad Social; informe (...) de la Unidad Orgánica de la Policía Judicial de la Guardia Civil, informe de la oficina de Extranjería (...), de las manifestaciones y declaraciones efectuadas por las distintas personas que han intervenido en los diversos actos de instrucción del procedimiento de inspección, en concreto las realizadas, por el representante de la empresa y Administrador único de la empresa, que consta debidamente identificado, y por los propios trabajadores afectados” y “no se reconoce presunción de certeza a simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas del Inspector como pretende el reclamante, sino a hechos objetivos, de percepción directa o inmediatamente deducibles de las actuaciones inspectoras y medios de prueba reflejados, tanto declaraciones de interesados que constan en las mismas como análisis de documentos” S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016, FJ TERCERO)³.

4. LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN LABORAL DE ALTERNE

Las sentencias que integran este conjunto jurisprudencial examinan la conformidad a derecho de las actuaciones administrativas impugnadas, esto es, de las altas/bajas acordadas de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social sobre la base de la actuación inspectora y, cuando de altas en el Régimen General de la Seguridad Social se trata, el acto administrativo y el correlativo alta se fundan en la existencia de relación laboral. No en vano, se encuentran obligatoriamente incluidos en dicho Régimen General los trabajadores por cuenta ajena (o asimilados) en las distintas ramas de la actividad económica, que presten sus

³ Por el contrario, la presunción de certeza se desvirtúa cuando en el acta no consta el modo de extraer los datos (S.TSJ de Andalucía nº 2728/2014, de 20 de octubre de 2014, rec. 2647/2008), o cuando la conclusión obtenida no aparece respaldada por datos de hecho y no consta siquiera conversación alguna (S.TS nº 292/202, de 30 de enero de 2012, rec.1003/2011); ambas relativas a derecho de extranjería.

servicios en las condiciones establecidas en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (TRLET) (art. 7.1 a) al que remite el art. 97.1 TRLGSS).

Para comprobar si la relación existente entre las partes es laboral, debe analizarse si, de lo actuado y constatado en las Actas de la ITSS, se desprende la concurrencia de las notas propias y definidoras de la relación de trabajo ex Art. 1 TRLET: carácter personalísimo, voluntariedad (entendida como trabajo libremente prestado por el sujeto), subordinación o dependencia (sumisión al círculo rector u organizativo y disciplinario del empleador), retribución (percepción de un salario en cualquiera de las múltiples formas en que es posible) y ajenidad (cesión por el trabajador a otra persona, el empresario, de sus derechos sobre los frutos de su trabajo). Todo ello teniendo presente como ya se ha indicado que el Art. 8.1 TRLET establece una presunción de laboralidad para toda relación jurídica en virtud de la cual una persona preste un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro que lo recibe a cambio de una retribución que satisfice al primero.

La denominada actividad de alterne “tiene por finalidad el estímulo a los clientes de determinados establecimientos a hacer gasto en los mismos y puede constituir el objeto de un contrato de trabajo”⁴, lo que ya ha sido admitido por el Tribunal Supremo, “aceptando, por tanto, que tal actividad puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 17 de noviembre de 2004 , de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 19 de mayo de 1985 y 4 de febrero de 1988)”⁵. Lo que en realidad se plantea no es la exclusión genérica de esta actividad de alterne –que es la que aquí se considera– del ámbito laboral, si no que se trata de determinar si concurre en ella la nota de dependencia, (...) la presencia de las notas de ajenidad y del carácter retribuido del trabajo (Por todas S.TSJ de Extremadura, Cáceres. Nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec.316/2007).

4.1. Aspectos generales en la comprobación de las notas de laboralidad

En la comprobación por el Tribunal del cumplimiento de las características definitorias de la relación de trabajo, es doctrina judicial consolidada, que en la aplicación de la norma que las incorpora, de una parte, “el Tribunal pretende una aplicación de las normas ajustada a la realidad social de nuestro tiempo, y desprovista de tintes moralizantes” (...) valorando en su justa medida lo que resulta de las actuaciones” (S.TSJ Andalucía, Sevilla nº1080/2006, de 10 de noviembre de 2006, rec.395/2006), por lo que se impone un estudio casuístico del caso concreto (S.TSJ. de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec.759/2012). De otra parte, es irrelevante que la actividad de que se trata, en este caso de alterne, carezca de identificación en la normativa sectorial o convencional aplicable, pues es inadmisibles la afirmación de que “no existe clasificación profesional para el trabajo de alterne” (S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016) o “la tesis de que la ocupación de camarera de alterne “no aparece recogida en la Clasificación Nacional de Ocupaciones del Instituto Nacional de Empleo”, porque “la relación laboral no está limitada por las clasificaciones o incluso por aplicaciones

⁴ Sobre el concepto de Vid. S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016; SS.TSJ de Baleares nº 395/2000, de 23 de mayo de 2000, rec.685/1997 y nº 389/2000, de 19 de mayo de 2000, rec.528/1997; S.TSJ de Cantabria nº1264/1999, de 1 de septiembre de 1999, rec.1477/1998.

⁵ S.TSJ de Extremadura, Cáceres, nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec.316/2007

de Convenios Colectivos”, sino que existe cuando concurren las notas características del contrato de trabajo, es decir voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa) S.TSJ Andalucía, Sevilla nº 1080/2006, de 10 de noviembre de 2006, rec.395/2006).

Con carácter previo, al análisis de las notas definitorias de la relación laboral en la actividad de “camarero/a de alterne” o “captador/a de clientes”, debe advertirse la existencia de una abundante jurisprudencia y doctrina judicial que lo efectúa en materia de Extranjería, en interpretación de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, o su predecesora, LO 7/85 –dependiendo de la fecha de vigencia de una y otra en el momento de producirse los hechos–, a los efectos resolver sobre la expulsión del país del ciudadano extranjero, por encontrarse irregularmente en él (art. 53. a)⁶, a los efectos de justificar la existencia de “arraigo” en el lugar donde reside⁷, o por “carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales” (art. 26.1.f)⁸, en cuyo caso dicha actividad, si cumple los requisitos de laboralidad, es considerada lícita⁹. Esta actividad es examinada también desde la perspectiva del derecho administrativo sancionador para resolver sobre la eventual comisión de la infracción consistente en la utilización de trabajadores extranjeros sin permiso de trabajo (art. 54.1.d, en relación con el art 35.1.L.8/1988 7.c) TRLET)¹⁰. No obstante, el examen aquí realizado se centrará en los supuestos relativos a la calificación jurídica de esta actividad, a los efectos de su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social y, por tanto, en la doctrina judicial y jurisprudencial vertida en estos casos, aunque en todos los supuestos se compartan los conceptos y categorías jurídicas del Derecho del Trabajo.

⁶ Por todas, SS.TSJ de Navarra, de 20 de mayo de 2011, rec.103/2010 y nº 277/2005, de 11 de marzo de 2005, rec.7/2005; SS.TSJ del País Vasco nº 379/2013, de 12 de junio de 2013, rec.283/2011 y nº 522/2007, de 14 de septiembre de 2007, rec.1262/2006.

⁷ SS.TSJ de Navarra nº 213/2014, de 16 de abril de 2014, rec.33/2014 y nº 274/2011, de 9 de junio de 2011, rec.103/2011

⁸ SS.TSJ de Castilla la Mancha, nº 172/2014, de 23 de junio de 2014, rec.392/2012 y nº 436/2001, de 5 de junio de 2001, rec.1010/1998 ; SS.TSJ de Asturias, nº330/2000, de 10 de mayo de 2010, rec.103/2010, nº 644/2000, de 29 de septiembre de 2010, rec.1472/1997 y nº 406/2000, de 31 de mayo de 2010, rec.2321/1996, SS.TSJ de Baleares, nº 961/2000, de 21 de diciembre de 2000, rec.1735/1997, nº 713/2000, de 10 de octubre de 2000, rec.1438/1997, nº 395/2000, de 23 de mayo de 2000, rec.685/1997 SS.TSJ de Cantabria, nº252/2009, de 17 de abril de 2009, rec.342/2008 y nº 1944/2002, de 28 de octubre de 2002, rec.1023/2001; S.TSJ de Madrid, nº 290/2009, de 25 de febrero de 2019, rec.2933/2007

⁹ La actividad de alterne no es ilegal en SS.TSJ de Madrid, nº 322/2012, de 2 de marzo de 2012, rec.1030/2009, nº 438/2011, de 10 de mayo de 2011, rec.271/2010, nº 130/2011, de 15 de febrero de 2011, rec.391/2010, nº 10450/2010, de 3 de junio de 2010, rec.1766/209; SS.TSJ de Navarra nº 440/2002, de 27 de abril de 2004, rec.1360/2002, nº 438/2011. Tampoco puede ser considerada como un hecho negativo a los efectos de la expulsión SS.TSJ de Murcia, nº 71/2015, de 6 de febrero de 2015, rec.228/2014, nº 841/2014, de 24 de octubre de 2014, rec.137/2014, nº 639/2013, de 31 de julio de 2013, rec.69/2013, nº 857/2012, de 5 de octubre de 2012, rec.261/2010. Si es calificada como laboral, es una actividad lícita S.TSJ de Asturias, nº 887/2001, de 3 de octubre de 2001, rec.2402/1997; SS.TSJ de Castilla la Mancha, nº 1088/2000, de 26 de diciembre de 2000, rec.270/1998.

¹⁰ SS.TSJ de Extremadura, nº 29/2009, de 30 de enero de 2009, rec.282/2008 y nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec.316/2007; SS.TSJ de Madrid, nº 20147/2008, de 29 de septiembre de 2008, rec.165/2006 y nº 197/2007, de 21 de marzo de 2007, rec.281/2005; S.TSJ de Andalucía, nº 1364/2008, de 31 de marzo de 2008, rec.1277/2000; SS.TSJ de Asturias, nº 458/1999, de 4 de junio de 1999, rec.441/1997 y nº 451/1999, de 4 de junio de 1999, rec.442/1997.

4.2. La actividad del alterne: indicadores de laboralidad

Del contenido de las Actas de la Inspección, salvo que las partes aporten prueba suficiente para desvirtuar su contenido, se extraen los datos fácticos que sirven, primero a la Tesorería y después a los Tribunales, en caso de ser impugnada judicialmente la Resolución de aquella, para calificar la naturaleza jurídica de la relación que une al trabajador con la empresa y anudar a ella el alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

La primera constatación de la Inspección de Trabajo debe ser la verificación de que la actividad realizada encaja en el tipo del “camarero de alterne” o “captador de clientes” (SS.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016 y nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. 31/2015), consistente en incitar a los clientes a la consumición de copas, siendo la actividad de la empresa la venta de consumo de bebidas (S.TS de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº503/2015, de 3 de junio de 2015, rec.759/2012), y no en otro tipo de actividad, debiendo distinguirse la práctica alternadora y la prostitución, que conlleva la prestación de servicios de carácter sexual (SS.TS de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012 y nº 184/2010, de 19 de febrero de 2010, rec. 1764/2006).

Existe relación de trabajo cuando la prestación de servicios se realiza en forma remunerada, siendo frecuente en la actividad del alterne que la retribución sea a comisión, lo que no altera la condición laboral de la relación porque el art. 26.1 TRLET considera salario las percepciones económicas percibidas por la prestación de servicios laborales, cualquiera que sea la forma de remuneración, incluyendo, por tanto las comisiones.

Estas comisiones son retribuciones previamente pactadas, que implican parte de la consumición y que pueden consistir en el percibo “del 50 % del importe de la consumición a la que son invitadas por el cliente, cuyo valor es muy superior al valor del mercado –las consumiciones que realiza el cliente son más económicas”– (SS.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016 y nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec.31/2015; S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia nº 66/2015, de 5 de octubre de 2016, rec.66/2015), o en el percibo de una cantidad fija “por cada copa que toma el cliente con las señoritas” (SS.TSJ de Madrid nº395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014, nº277/2016, de 5 de octubre de 2016, rec. 66/2015 y nº 362/2015, de 2 de septiembre de 2015, rec.558/2014). En todos estos casos, la forma de abono de las cantidades se realiza “pagando el cliente a la empresa la totalidad la totalidad de la consumición, entregando el camarero un tiquet a la señorita, cambiando la empresa al día siguiente los tiquets por el importe de la comisión por la consumición de cada una de las señoritas” (también S.TSJ de La Rioja nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. 31/2015).

La ajeneidad 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 (sentencias de 29 de enero de 1991 y 25 de enero de 2000), 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, lo que tiene encaje en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 26.1 y 29.2 del mismo texto legal” (SS.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de

febrero de 2018, rec.232/2016 y nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. 31/2015; S.TS de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012).

Pero la ajeneidad concurre en los medios y riesgos, tanto en los recursos materiales como en los personales, cuyo coste y explotación asume la empleadora, sin aportación por los trabajadores de medios ajenos a la propia empresa. “La trabajadora sólo aporta su trabajo personal, como es su habilidad para captar clientes que consuman productos de la empresa” (SS.TSJ de Madrid nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014). Concurre también en los resultados, cuya titularidad corresponde a la empresa, que quien proporciona las copas y percibe su precio, que ella misma fija (S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 184/2010, de 19 de febrero de 2010, rec. 1764/2006). “Los trabajos se realizan para lucro de la empresa” (...). “En este caso, el consumo es la bebida, de este consumo la empresa se beneficia en una cantidad y en otra la trabajadora que incita al cliente al consumo; esta cantidad por copa es el salario de la trabajadora, y el beneficio empresarial sería el resto de la cantidad que se cobra por copa”. (S.TSJ de Madrid nº395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014 y nº 277/2016, de 5 de octubre de 2016, rec. 66/2015).

Tal vez la nota más decisiva para la caracterización de la relación laboral sea la dependencia en el sentido de inclusión de las alternadoras en el círculo rector y organizativo del empleador, que esta inclusión se aprecie “hay que tener en consideración la existencia de un horario y con ello de una obligación de permanencia, lo que concluye que las trabajadoras estaban efectivamente sometidas a disciplina laboral”. En idéntico sentido, “la sentencia del T.S.J. de Valencia de 27 de Junio de 2007 (EDJ 2007/183220) y la sentencia del T.S.J. de Castilla-La Mancha de 29 de Diciembre de 2006 (EDJ 2006/393423) señalan que “Sobre la actividad de alterne que se efectuaba en el centro de trabajo visitado, el Tribunal Supremo –Sala de lo Social– en Sentencias de 21 de julio de 1995 y 11 de diciembre de 2001, esta última inadmitiendo un recurso de casación de unificación de doctrina, distingue entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, afirmando el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajeneidad 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” (S.TSJ de Extremadura, Cáceres, nº13/2009, de 20 de enero de 2009, rec. 316/2007).

Indicadores de dependencia son, como se ha dicho, la existencia de un horario y con ello de una obligación de permanencia, que en estos casos suele coincidir con la apertura y cierre del establecimiento al público (S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 184/2010, de 19 de febrero de 2010, rec 1764/2006), o en un acudir a la prestación de servicios todos los días de la semana en horario determinado –lunes a jueves desde las 17,30 hasta las 3,30 horas del día siguiente, ampliándose hasta las 4:00 horas los viernes y los sábados– (S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016. También STSJ Madrid nº 39/2016, de 25 de febrero de 2016, rec. 111/2015), pero también el disfrute de un día de descanso a elección de las trabajadoras (S.TSJ de La Rioja nº 39/2018, de 8 de febrero de 2018, rec.232/2016).

Indicadores claros de la existencia de dependencia son, a juicio de nuestros Tribunales, que las trabajadoras estén alojadas en el establecimiento en el que sólo pueden alojarse ellas que y reciban manutención, (STSJ de La Rioja nº 111/2016, de 7 de abril de 2016, rec. nº 31/2015); que ese alojamiento sea pagado en alquiler (S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012); que dispongan de vestuarios para guardar sus cosas (S.TSJ del País Vasco, Bilbao, nº 402/2015, de 19 de septiembre de 2015, rec. 402/2015), o de taquillas (S.TSJ de Madrid nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014 y nº277/2016, de 5 de octubre de 2016, rec.66/2015); o que el empresario imponga normas de conducta, como no consumir alcohol (S.TSJ de Madrid nº 395/2015, de 30 de septiembre de 2015, rec. 515/2014 y S.TSJ de la Comunidad Valenciana, Valencia, nº 503/2015, de 3 de junio de 2015, rec. 759/2012).

No obstante, “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” (S.TSJ de Extremadura, Cáceres, nº 13/2009, de 20 de enero de 2009, rec. 316/2007. En este mismo sentido S.TSJ de Madrid, nº 39/2016, de 25 de febrero de 2016, rec. 111/2015).

5. CONCLUSIONES

5.1. La actividad de alterne, consistente en captar clientes en un club o establecimiento público de diversión, animándolos a consumir con el consiguiente beneficio económico para el titular del mismo”, es susceptible de encuadramiento, de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el Régimen General de la Seguridad Social, cuando la actividad realizada cumple los requisitos establecidos en los arts. 1.1 y 8.1 TRLET, puesto que se encuentran obligatoriamente incluidos en dicho régimen los trabajadores por cuenta ajena (o asimilados) que presten sus servicios en las condiciones establecidas en los mencionados preceptos (art. 7.1.a) en relación con el art.97.1 TRLGSS).

5.2. La verificación del cumplimiento de los requisitos de laboralidad, que se cimenta en buena medida en la actuación practicada por la ITSS, constituye en estos casos la cuestión objeto de litigio, que guarda estrecha conexión con el contenido de las Actas levantadas por la Inspección. Éstas, en cuanto soporte probatorio de la relación existente entre empresario y trabajador, son objeto de controversia cuando se trata de desvirtuar la presunción de veracidad iuris tantum que les asiste, al combatirse, mediante prueba en contrario, la necesaria intermediación y aun la propia actuación de los inspectores; porque ese valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias.

5.3. En ocasiones, las actas de la Inspección son objeto de discrepancia entre las partes, cuando su nulidad se funda en la denuncia de irregularidades en el procedimiento inspector, al pretenderse caducado el expediente tramitado por aquella; nulidad que, de

producirse, conduciría a la correlativa nulidad del alta practicada de oficio en el Régimen General. Pero la cuestión se solventa mediante la doctrina judicial, según la cual el alta de oficio es una actuación propia de la Tesorería General de la Seguridad Social, e independiente de las que pueda seguir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El procedimiento sancionador para la imposición de sanciones por infracciones de orden social es distinto del procedimiento de alta de oficio en el Régimen correspondiente de Seguridad Social. Su tramitación y resolución son independientes y, por tanto, con contenido y efectos distintos. Por tanto, la pretendida caducidad de las Actas de la Inspección no puede ser objeto de este procedimiento. El alta de oficio a partir de la resolución que la incorpora inicia un nuevo procedimiento, el correspondiente a las altas, que adquiere una trayectoria desvinculada del acto que, en origen, pudo motivarla.

5.4. Con relativa frecuencia se insta la suspensión de la tramitación del procedimiento de impugnación de la Resolución que incorpora el alta, hasta que se resuelvan los procedimientos judiciales pendientes, si los hubiere, en otros ordenes jurisdiccionales, sobre cuestiones directamente relacionadas con la que nos ocupa. En estos casos, la prejudicialidad penal es denegada, conforme a lo dispuesto en el art. 10 LOPJ, ante la tramitación de un proceso por posible delito contra los derechos de las referidas trabajadoras, razonando que se haya o no cometido ese delito en nada obsta al alta en la seguridad social, porque de la cuestión prejudicial invocada puede prescindirse para la debida decisión sobre la resolución administrativa impugnada y porque no condiciona directamente el contenido de ésta. Cuando de prejudicialidad social se trata debe acudir a la configuración del alta de oficio como un acto propio de la TGSS, procedimentalmente independiente del invocado respecto de las Actas de infracción de la ITSS.

5.5. Cuando se trata de la calificación de la actividad de alterne, amparada en la relación jurídica de laboralidad, que sustenta el alta de oficio, la doctrina judicial pretende una aplicación de las normas ajustada a la realidad social de nuestro tiempo, y desprovista de tintes moralizantes, valorando en su justa medida lo que resulta de las actuaciones y efectuando un estudio casuístico del caso concreto. En esta tarea, es irrelevante que la actividad de alterne carezca de identificación en la normativa sectorial o convencional aplicable, porque la relación laboral no está limitada por las clasificaciones o incluso por aplicaciones de Convenios Colectivos, sino que existe cuando concurren las notas características del contrato de trabajo, es decir voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa. No obstante, la doctrina judicial explica cómo, 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.