



Roj: **STS 3494/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3494**

Id Cendoj: **28079120012023100614**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2023**

Nº de Recurso: **629/2021**

Nº de Resolución: **642/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 642/2023

Fecha de sentencia: 24/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 629/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/04/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 629/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 642/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D.^a Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de julio de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación num 629/21 por infracción de ley, interpuesto por D. Juan Pedro , representado por el procurador D. Antonio Javier García Blanco, bajo la dirección letrada de D. Pablo Punte Zomeño contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 4 de noviembre de 2020 (Rollo Apelación 316/20), por delito contra los derechos de los trabajadores, que revocó la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de julio de 2020. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 44 de Madrid incoó Procedimiento Abreviado num. 299/18, por delito contra los derechos de los trabajadores y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (PO 1288/18), que con fecha 24 de julio de 2020, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOSPROBADOS:** " Juan Pedro , mayor de edad y sin antecedentes penales, es el propietario del club de alterne y prostitución "Cubas", sito en la calle Cáncer s/n de Madrid, local en el que trabajaban varias mujeres y realizaban actividades de alterne y prostitución, las cuales cobraban el 50% de las consumiciones de los clientes, a partir de la segunda copa, y entregaban al acusado el 30% del servicio de prostitución que prestaban a los clientes.

El 25 de enero de 2018, sobre las 21,30 horas, se personaron en el establecimiento agentes de Policía Nacional, el subinspector de Trabajo y personal de la ONG APRAMP, encontrando a 16 mujeres trabajando, de las cuales 5 estaban en reservados en los que había camas; 11 de las mujeres no estaban dadas de alta en la Seguridad Social y 4 no tenían permiso de trabajo.

Las mujeres referidas se encontraban de forma voluntaria realizando la actividad lucrativa de carácter sexual".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos ABSOLVER y ABSOLVEMOS a Juan Pedro del delito CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES por el que venía siendo acusado.

Se declaran de oficio las costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer RECURSO DE APELACIÓN, ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, en el plazo de DIEZ DIAS, a contar desde su notificación".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal, dictándose sentencia por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 4 de noviembre de 2020 y cuya parte dispositiva es la siguiente: "Que debemos estimar como estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada con fecha 24 de julio de 2020, por la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Madrid, debiendo REVOCAR como REVOCAMOS la misma, dictando la presente, en su lugar, por la que debemos CONDENAR como CONDENAMOS al acusado Juan Pedro , como autor de un -delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el artículo 311. 2.b) del Código Penal, sin concurrir en su conducta circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN y MULTA DE SIETE MESES, con una cuota diaria de 12 euros y la responsabilidad personal subsidiaria, en caso de impago, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias insatisfechas, así como a la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Igualmente, el acusado deberá indemnizar a la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad de 115,24 euros (ciento quince euros con veinticuatro céntimos) en concepto de responsabilidad civil.

Todo ello, con expresa imposición al acusado de las costas devengadas en la primera instancia y declarándose de oficio las causadas como consecuencia del presente recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que deberá ser preparado, de conformidad con el art. 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de esta sentencia".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Juan Pedro , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por D. Juan Pedro se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**



ÚNICO.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849, 1º de la LECRIM, por aplicación indebida del artículo 311 del CP .

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiariamente su desestimación. La Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 25 de abril de 2023, habiéndose prolongado la deliberación hasta el redactado de esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre Juan Pedro contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso de apelación contra la que en su día pronunció la Sección 2ª de la Audiencia Provincial también de Madrid, y le condenó como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el artículo 311. 2. b) del Código Penal.

Plantea el recurso un único motivo que invoca el artículo 849.1 LECRIM para denunciar indebida aplicación del artículo 311 CP.

Alega el recurrente que la sentencia que combate se opone a la doctrina sentada por la STS 162/2019, de 26 de marzo y aborda además una cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias. Entiende que la controversia a dilucidar es si se incurre en la tipicidad del artículo 311 CP por no dar de alta en la Seguridad Social a las mujeres empleadas, en aquellos casos en que además de la actividad de alterne se ejerce la prostitución en el mismo establecimiento. Arguye el recurrente que, tratándose que un delito contra los derechos de los trabajadores, debe prevalecer la línea interpretativa que marca la jurisprudencia de la Sala de lo Social de este Tribunal, que ha distinguido entre el ejercicio aislado del alterne reconocido como actividad laboral, de aquellos casos en los que se ejerce conjuntamente con la prostitución, supuestos en el que aquel pierde su consideración de relación laboral generadora de la obligación de dar alta en la Seguridad Social.

1. Los hechos que la sentencia recurrida declara probados, y que, en atención al cauce casacional utilizado, nos vinculan, afirman que el ahora recurrente era propietario del club de alterne y prostitución "Cubas", local en el que trabajaban varias mujeres y realizaban actividades de alterne y prostitución, las cuales cobraban el 50% de las consumiciones de los clientes, a partir de la segunda copa, y entregaban al acusado el 30% del servicio de prostitución que libremente convenían con aquellos.

El 2 de enero de 2018, sobre las 21:30 horas se personaron en el establecimiento agentes de la Policía Nacional, un subinspector de trabajo y personal de la ONG "APRAM", encontrando 16 mujeres trabajando, de las cuales 5 estaban en reservados en los que había camas; 11 de las mujeres no estaban dadas de alta en la Seguridad Social y 4 no tenían permiso de trabajo. Las mujeres referidas se encontraban de forma voluntaria realizando la actividad lucrativa de carácter sexual.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid absolvió al ahora recurrente por las razones expuestas en el Fundamento Jurídico Segundo, que podemos resumir en que entendió que al ejercerse en el local principalmente la actividad de prostitución, y ésta no ser susceptible de configurar una relación laboral, los hechos por los que el Ministerio Fiscal acusaba no eran constitutivos de delito.

La Sala de Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, revocó tal sentencia y condenó al ahora recurrente como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores contemplado en el art. 311, 2 b) del Código Penal, exponiendo las razones de su decisión en el Fundamento Jurídico Quinto.

2. El criterio expuesto por el Tribunal de apelación ha de ser respaldado. Ninguna duda suscita el que la actividad de alterne en pubs, clubs, etc., tiene cobertura en el ámbito de la regulación laboral y obliga al empleador a comunicar el alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social cuando se realice por cuenta ajena, de forma retribuida y dependiente. Distinto tratamiento soportan las actividades consideradas como prostitución. En la prostitución no hay relación laboral y consecuentemente permanece extramuros de la regulación laboral en sentido estricto, lo que veta el acceso al régimen de la Seguridad Social de las personas que la desarrollan por cuenta de un tercero.

La prestación de contenido sexual en que consiste la prostitución en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes o instrucciones del empresario sobre con quién, cómo, cuándo y dónde debe realizarse la misma, resulta contraria a la dignidad humana, que se erige como fundamento de nuestro orden constitucional (artículo 10 CE).



La prestación sexual bajo régimen de disciplina empresarial cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad. Reconocer que alguien pueda ostentar potestades de control, ordenación y sanción sobre el contenido y ejercicio de los derechos a la libertad sexual e intimidad corporal de otra persona supondría, sencillamente, negar tales derechos, hacerlos irreconocibles. Y ello, como lógica consecuencia, impide que dicha relación pueda ser considerada objeto de un contrato de trabajo.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Sala Cuarta de este Tribunal ha calificado el objeto de ilícito y, en lógica consecuencia, ha negado que pueda reconocerse la existencia de un contrato laboral en aquellos supuestos en los que se identifica una actividad de prostitución por cuenta ajena, lo que afecta igualmente a los actos de alterne que se consideran puramente accesorios o instrumentales de aquella (entre otras STS 29 de octubre 2013, rec. 61/2013; Auto de 18 de junio de 2014, rec. 2590/2013; Auto 11 de septiembre 2014, rec 232/2014; Auto de 15 de diciembre 2015, rec. 1413/2015; auto de 11 de mayo de 2016, rec. 2833/2015).

Fuera de esos supuestos de accesoriedad o instrumentalización, el alterne por cuenta ajena genera una relación laboral de la que surge para el empleador obligación de dar de alta en la Seguridad Social. La STS, de la Sala de lo Social, de unificación de doctrina, 1084/2016, de 21 de diciembre, reafirma la laboralidad de la actividad de "alterne" desligada del ejercicio de la prostitución por cuenta ajena; y la STS, de Pleno, de la Sala de lo Social, 584/2021, de 1 de julio en la que, si bien se excluye a la prostitución por cuenta ajena como relación laboral, se declara legal la constitución del Sindicato OTRAS, cuyo ámbito funcional de representación y actividad sindical se refiere a "actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes", entre las que cabe encontrar la de "alterne".

3. La sentencia de esta Sala Segunda que el recurso invoca, STS 162/2019, de 26 de marzo, en línea con la jurisprudencia de la Sala de lo Social, entendió que existía base para condenar por un delito del artículo 311 2 b CP, en un supuesto en el que la actividad de alterne - entendida como aquella consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndoles a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones- aparecía desvinculada del ejercicio de la prostitución.

En el caso que nos ocupa, ya lo hemos dicho, el relato de hechos afirma que en el local del recurrente "trabajaban varias mujeres y realizaban actividades de alterne y prostitución", añadiendo que cobraban por la primera actividad el 50% de las consumiciones de los clientes a partir de la segunda copa. Podemos afirmar, por lo tanto, que entre las mujeres que allí trabajaban en la actividad de alterne, y el dueño del club existía esa relación de dependencia y ajenidad que configuran una relación laboral, por lo que el incumplimiento de la obligación de darlas de alta en la Seguridad Social que el relato de hechos probados describe conduce a su subsunción en el tipo penal aplicado.

Otra cosa es que también se desarrollaran actividades relacionadas con la prostitución.

El recurrente esgrime en favor de su tesis que aboca a la atipicidad de los hechos, que la STS 162/2019, de 26 de marzo, excluyó como hipótesis verificada el ejercicio de la prostitución. No le falta razón, pero tampoco a la Fiscal al impugnar el recurso, cuando destaca que la secuencia fáctica que sustenta la sentencia 162/2019, que constriñe su pronunciamiento en cuanto que la divergencia casacional que resuelve sobre este punto se plantea a través de un motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, afirma sin ambages que en el establecimiento donde se desarrollaba la actividad allí contemplada, estaba "dedicado a la actividad de alterne y prostitución". Siendo ello cierto, en la fundamentación jurídica la citada aclara como clave de bóveda de su decisión, que no se afirmaba con rotundidad que las mujeres que prestaban servicios de alterne se dedicaran singularmente a la prostitución y, mucho menos, que lo hicieran por cuenta ajena. Y este último es el punto que permite el deslinde, el ejercicio de la prostitución, no ya libremente aceptado, sino desvinculado de cualquier nota de dependencia y subordinación a un empleador, no contamina de ilicitud una anexa actividad de alterne.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la STS 792/2022, de 29 de septiembre, que entendió que convergían los presupuestos de tipicidad del artículo 311. 2 b en un caso en el que se desarrollaba la actividad de alterne consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndose a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones, dotada de las condiciones de dependencia y ajenidad, con independencia de que, además del alterne, en algunos casos, pueda existir una actividad libre y voluntaria de ejercicio de la prostitución. En palabras que tomamos de la STS 34/2013 de 25 de enero, que sigue esa misma orientación, "de conformidad a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -vid. STJUE, de 20 de noviembre de 2001, caso Jany y otros, Asunto C-268/99, (F.49); STJUE 16 diciembre 2010, caso Josemans, Asunto C-317/09, (F.77); STJUE, de 1 octubre 2015, caso Harmsen c. Burgemeester van Amsterder (F .77); STJUE 8 mayo 2019, caso PL c. Landespolizaidirektion Tirol, Asunto C-230/18 (F.37)- la prostitución por cuenta propia no puede afirmarse que esté prohibida por el derecho internacional o el Derecho de la Unión siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce bajos las siguientes condiciones: inexistencia de cualquier vínculo de subordinación en la elección de dicha actividad y en las



condiciones de trabajo y de retribución; ejercicio bajo responsabilidad propia; recepción íntegra y directa por quien la presta de la remuneración pactada".

Ha quedado de esta manera trazada una línea jurisprudencial que han consolidado otras resoluciones de esta misma Sala Segunda, como las SSTS 890/2022, de 11 de noviembre; la ya citada 34/2013 de 25 de enero; o la 237/2023, de 30 de marzo.

4. Por tanto, en coincidencia con lo argumentado por el Tribunal de apelación, el hecho de que las personas que desempeñaban la actividad laboral de "alterne" que se declara probada pudieran, además, ejercer eventualmente la prostitución por cuenta propia, no tinta a aquella de ilicitud causal y, en consecuencia, no diluye las obligaciones del empresario de darles de alta en la Seguridad Social por la actividad lícita efectivamente ejecutada.

El recurso se desestima.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, la parte recurrente soportará las costas de este recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Juan Pedro , contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 4 de noviembre de 2020 (Rollo Apelación 316/20).

Comuníquese a dicho Tribunal Superior de Justicia esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo del Arco Ana María Ferrer García

Vicente Magro Servet Ángel Luis Hurtado Adrián