



Roj: **STS 3488/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3488**

Id Cendoj: **28079120012022100767**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/09/2022**

Nº de Recurso: **4939/2020**

Nº de Resolución: **792/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CANT 805/2020,**
STS 3488/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 792/2022

Fecha de sentencia: 29/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4939/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria

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

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4939/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 792/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.^a Ana María Ferrer García



D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 29 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 4939/2020, interpuesto por las representaciones procesales de **D. Isidoro , D. Jaime Y HOTELES CÁNTABRO GALLEGOS, S.L.U.** , contra la sentencia dictada el 24 de septiembre de 2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el Rollo de Sala nº 8/2020, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 10 de junio de 2020 dictada en el procedimiento abreviado nº 33/2019 dimanante de la Audiencia Provincial de Santander, Sección Primera por la que fueron condenados los recurrentes D. Isidoro y D. Jaime como autores responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, habiendo sido parte en el presente procedimiento los condenados recurrentes anteriormente citados representados por la procuradora D^a. María Abellán Albertos; y defendidos por el letrado D. Luis Alberto Aldecoa Heres, y Hoteles Cántabro Gallegos S.L.U, representados por el procurador D. Jorge Laguna Alonso, y defendidos por el letrado D. Cándido Conde-Pumpido Varela; y como parte recurrida la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social; interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado número 1 de Medio Cudeyo, tramitó procedimiento abreviado núm. 30/2018 por delito contra los derechos de los trabajadores, contra D. Isidoro y D. Jaime ; una vez concluso lo remitió a la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Santander, (proc. abreviado nº 33/2019) y dictó Sentencia en fecha 10 de junio de 2020 que contiene los siguientes hechos probados : "PRIMERO: El 16 de mayo de 2017, un equipo de la Unidad Orgánica de Policía Judicial de la Guardia Civil en colaboración con inspectores de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, se personaron en el Club de Alterne "NEW BORGIA", sito en el B^o La Cabrita nº 26 de la localidad de Heras, establecimiento explotado por la mercantil HOTELES CANTABRO-GALLEGOS S.L. CIF 32470916, con la finalidad de realizar una visita en el marco de las actividades inspectoras y de lucha contra el crimen organizado y la trata de seres humanos que les son propias. La sociedad HOTELES CANTABRO-GALLEGOS S.L era propiedad del acusado Jaime , mayor de edad y sin indecentes penales, quien fue administrador único hasta el 25 de mayo de dos mil diecisiete y el acusado Isidoro , mayor de edad y sin antecedentes penales, se ocupaba de la gestión y administración del negocio quien, a partir del 25 de mayo de dos mil diecisiete, pasó a ser el administrador único al comprarle las acciones al otro acusado.

SEGUNDO: En la inspección del día 16 de mayo de 2017 se constató que en el club de alterne NEW BORGIA se encontraban prestando diversos servicios un total de veinticinco personas de las cuales, veintiuna de ellas no estaban dadas de alta en la seguridad social y se dedicaban a la actividad de "alterne" y otras siete carecían de permiso para trabajar en España. En concreto; A.- las que carecían de permiso para trabajar en España eran : 1º.- (Agueda , Ecuador, pasaporte NUM000 ;2º.- Amanda , dominicana, NIE NUM001 , 3º. Ángeles , colombiana, pasaporte NUM002 , 4º.- Asunción , argentina, NIE NUM003 ; 5º.- Carina , Paraguay, NIE NUM004 ; 6º.- Claudia , Brasil, pasaporte NUM005 ; y 7º.- Cristina , colombiana, pasaporte NUM006) y B- hasta un total las mujeres que desarrollaban la actividad de alterne sin estar dadas de alta en la seguridad social eran : 1º.- Elisenda , Ecuador, NIE NUM007 ; 2º.- Erica , dominicana nacionalizada española, DNI NUM008 ;3º.- Fermina , rumana, NIE NUM009 ; 4º.- Gracia , rumana, NIE NUM010 ; 5º.- Hortensia , rumana, carta de identidad NUM011 ; 6º.- Leocadia , CNI NUM012 ; 7º. Lorenza , dominicana, NIE NUM013 ; 8º.- Magdalena , nacida en Colombia, con CNI NUM014 ;9º.- Mariola nacida en Rumanía Rumania, CNI NUM015 .- Mercedes , nacida en Rumanía, CNI NUM016 ;11º. Nicolasa , de nacionalidad Rumana con CNI NUM017 ;12º.- Olga nacida en Rumanía, CNI NUM018 ;13º.- Pilar , Rumana, CNI NUM019 y ; 14º.- Rosario , Rumana, CNI NUM020).

Estas veintiuna mujeres ejercían labores de "alterne" captando clientes para incentivar el consumo de bebidas y recibiendo una retribución consistente en una comisión por cada copa en función del precio, siendo establecidas previamente estas cantidades por la empresa y pagadas a las chicas por ésta, no por los clientes. El Club fijaba el horario de las **trabajadoras**, con la flexibilidad propia de su actividad entre las 17:00 y las 5:00 horas a.m., coincidiendo con el de apertura y cierre del local. Algunas disponían de habitaciones para pernoctar en el establecimiento por las que no pagaban nada si no las utilizaban para realizar ningún servicio. Todas las mujeres vestían ropas de similares características, llamativas y provocativas.

TERCERO: Ambos acusados conocían la obligación de todo empresario de dar de alta en la Seguridad social a sus empleados. La Inspección de Trabajo levantó las correspondientes Actas de Infracción grave y muy grave y se incoaron expedientes sancionadores por la contratación de 14 **trabajadoras** sin alta en la Seguridad Social, de una plantilla de veinte trabajadores, y por tener siete **trabajadoras** sin permiso de trabajo." (sic)



SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debemos condenar y condenamos a Isidoro y a Jaime como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos de 2 años de prisión, accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administrador de industria o comercio por el mismo periodo de 2 y multa de 8 meses con una cuota diaria de 10 euros, con aplicación del artículo 53 el C.P en caso de impago. Asimismo, se acuerda la suspensión de la actividad de club de alterne- discoteca NEW BORGIA por tiempo de dos años. Se impone a los condenados el abono de las costas causadas por mitad e iguales partes.

Contra la presente sentencia cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el tiempo y forma previstos en el artículo 846 ter 1.y 3. de La Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por las representaciones procesales de los condenados, y de Hoteles Cántabro-Gallegos, S.L.U., oponiéndose al mismo en Ministerio Fiscal, y la Tesorería General de la Seguridad Social en su condición de Acusación Particular, dictándose sentencia núm. 9/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 24 de septiembre de 2020, en el rollo de apelación núm. 8/2020, cuyo Fallo es el siguiente: "Se desestima el recurso de apelación interpuesto por D. Isidoro y D. Jaime frente a la sentencia de fecha 10 de junio de 2020, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cantabria y se confirma la sentencia apelada. Se imponen a los apelantes las costas devengadas en esta instancia, incluidas las de la Acusación Particular.

Notifíquese esta la presente Sentencia a las partes, haciéndoles saber que la presente resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN**, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, presentado ante este Tribunal dentro de los **CINCO** días siguientes al de la última notificación, y que deberá contener los requisitos exigidos en el art 856 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones de D. Isidoro, D. Jaime; y de Hoteles Cántabro-Gallegos, S.L.U., que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, las representaciones legales de los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes motivos de casación:

Recurso de D. Isidoro y D. Jaime

Motivo único.- Al amparo del art. 849.1 LECRIM. por indebida aplicación del art. 311.2 b) del CP.

Recurso de Hoteles Cántabro-Gallegos S.L.U.

Motivo primero.- Por infracción de Ley, al amparo del apartado 1 del art.849 LECRIM, en relación con el art. 5.4 LOPJ, por indebida aplicación del art. 318 del CP, en relación con los arts. 129, 31 y 31 bis del mismo texto legal.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del apartado 1 del art. 849 de la LECRIM, por indebida aplicación del art. 311.2 del CP.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del apartado 1 del art. 849 de la LECRIM, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por indebida aplicación del art. 311.2 del CP en relación con el art. 14 CP.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 22 de febrero de 2021, y la Tesorería General de la Seguridad Social como acusación particular, interesaron la desestimación de todos los motivos, y por ende, la inadmisión de los recursos; la Sala los admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 28 de septiembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 155/2020, 10 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, condenó a los acusados Isidoro y a Jaime como autores penalmente responsables de un delito contra los derechos de los trabajadores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la



responsabilidad criminal, a las penas, a cada uno de ellos, de 2 años de prisión, accesorias de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para el ejercicio del cargo de administrador de industria o comercio por el mismo periodo de 2 años y multa de 8 meses, con una cuota diaria de 10 euros.

Añade la parte dispositiva lo siguiente: "asimismo, se acuerda la suspensión de la actividad de club de alterne-discoteca New Borgia por tiempo de dos años".

Contra esta sentencia se interpuso por los acusados Isidoro y Jaime recurso de apelación, que fue resuelto por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria mediante la sentencia desestimatoria con núm. 9/2020, 24 de septiembre.

Se interpone ahora contra esta última resolución recurso por ambos acusados, impugnación que se concentra en un único motivo.

También se hace valer recurso de casación por la representación legal de *Hoteles Cantabro-Gallegos S.L.*, que formaliza ahora tres motivos.

2.- El primer y único motivo entablado por ambos acusados invoca como cobertura el art. 849.1 de la LECrim. Denuncia la indebida aplicación del art. 311.2 b) del CP.

A juicio de la defensa, los hechos declarados probados carecen de relevancia típica, ya que la actividad que se desarrollaba en el *Hotel New Borgia* consistía en el ejercicio simultáneo del alterne y la prostitución, actividad "...de imposible escisión". A partir de esta premisa, la defensa invoca el auto de la Sala de lo Social fechado el 17 de julio de 2018, dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al resolver el recurso núm. 3336/2017, así como sendos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales de Valencia y Pontevedra.

Añade el recurrente que "...las mujeres que allí se encontraban no trabajaban para el hotel. No recibían ninguna orden de nadie ni cobraban comisión alguna". Se limitaban, por tanto, a ejercer "...la prostitución por su cuenta en el hotel y para esa actividad es absolutamente indispensable que alternen con los clientes puesto que es la forma de captación que tiene para su actividad principal, que es la prostitución".

El motivo no es acogible.

De entrada, porque no se atiene a una premisa metodológica que condiciona la viabilidad del recurso de casación cuando se articula por la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, a saber, la aceptación del hecho probado.

Pues bien, en él puede leerse -frente a lo que afirma la defensa- que "...en el club de alterne NEW BORGIA se encontraban prestando diversos servicios un total de veinticinco personas de las cuales, veintiuna de ellas no estaban dadas de alta en la seguridad social y se dedicaban a la actividad de "alterne" y otras siete carecían de permiso para trabajar en España". Añade el Tribunal de instancia que "...estas veintiuna mujeres ejercían labores de "alterne" captando clientes para incentivar el consumo de bebidas y recibiendo una retribución consistente en una comisión por cada copa en función del precio, siendo establecidas previamente estas cantidades por la empresa y pagadas a las chicas por ésta, no por los clientes. El Club fijaba el horario de las **trabajadoras**, con la flexibilidad propia de su actividad entre las 17:00 y las 5:00 horas a.m., coincidiendo con el de apertura y cierre del local. Algunas disponían de habitaciones para pernoctar en el establecimiento por las que no pagaban nada si no las utilizaban para realizar ningún servicio. Todas las mujeres vestían ropas de similares características, llamativas y provocativas".

Por consiguiente, más allá de la reivindicada inescindibilidad entre el alterne y el ejercicio de la prostitución, lo cierto es que la Audiencia Provincial ha delimitado claramente -idea luego reforzada en el FJ 1º- entre una labor de alterne, claramente reglamentada en la relación entre las mujeres y la empresa para la que trabajaban, respecto de retribución y horarios, y una prostitución ocasional que era fruto siempre de una decisión personal, libre y voluntaria de cada una de ellas.

Y la sentencia dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia, verdadero objeto del presente recurso, rechaza la argumentación de la defensa con un razonamiento que esta Sala hace propio: "... la calificación jurídica de una situación jurídicamente compleja está determinada no por la escindibilidad o inescindibilidad de los elementos que la integran, sino por la relación de prevalencia existente entre los mismos. (...) La sentencia apelada declara probado que los servicios de la actividad de alterne se realizaban de forma voluntaria y remunerada (comisiones y alojamiento) por cuenta del 'New Borgia' y en el ámbito de su organización y dirección (horario de trabajo y uniforme), es decir la sentencia describe los elementos ajenidad y dependencia propios de una relación laboral por cuenta ajena. Esa relación de trabajo por la actividad de alterne permitía a las mujeres en cuestión acceder al ejercicio de la prostitución en las mismas habitaciones que la empresa ponía a su disposición como alojamiento gratuito. La condición de prestadora de servicios de alterne era la



que permitía el ejercicio de la prostitución en el hotel, previo pago de lo pactado a la empresa por cada uno de los servicios. En esta relación, el ejercicio por cuenta propia de la prostitución era una actividad subordinada a la prestación de los servicios de alterne por cuenta ajena".

Con independencia de lo expuesto, la jurisprudencia de esta Sala ya ha dado respuesta a la cuestión suscitada por la defensa. En efecto, la STS 162/2019, 26 de marzo, aborda un problema de similitudes características fácticas y jurídicas al que hoy centra nuestro interés: "... en el relato fáctico de la sentencia de instancia -decíamos entonces- aun cuando se afirma inicialmente que el club Model's estaba dedicado a la actividad de "alterne y prostitución", también afirma en relación con las mujeres que fueron identificadas y de las que se afirma que no estaban dadas de alta en la Seguridad Social, se declara que "se encontraban como camareras de alterne, captadoras de clientes para las distintas actividades de la empresa" y en la fundamentación jurídica se insiste en que las mujeres "llevaban a efecto una actividad de alterne".

Seguíamos entonces razonando en los siguientes términos: "... el artículo 311.2 sanciona penalmente a quien dé ocupación simultánea a una pluralidad de trabajadores sin comunicar su alta al régimen de la Seguridad Social que corresponda o, en su caso, sin haber obtenido la correspondiente autorización de trabajo. No cabe duda de que en este caso la actividad desarrollada tiene connotaciones singulares, que han dado lugar a cuestionar si se trata de una actividad lícita y si puede dar lugar a una relación laboral.

Este dilema se ha planteado en muchas otras ocasiones anteriores y la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo se mantiene constante. De un lado, se define la actividad de alterne como aquella consistente en la captación y entretenimiento de clientes, induciéndose a realizar consumiciones y obteniendo por ello una contraprestación de las propias consumiciones. La actividad será de prostitución cuando además de esa actividad de alterne se lleve a cabo el ejercicio de la prostitución. Desde la perspectiva de la jurisdicción social en el primer caso no cabe duda de que es factible la existencia de una relación laboral, si se dan las notas que caracterizan dicha relación (dependencia y ajenidad) y en el segundo caso no cabe la existencia de relación laboral por ilicitud de la causa, conforme a los artículos 1.271. 1.275 y concordantes de la LECrim .

En efecto, la Sala IV de este alto tribunal ha señalado "[...] el hecho de concertar entre las partes una actividad consistente en prestar servicios, mediante la permanencia en un determinado periodo de tiempo en el local, sometida a horario para la captación de clientes, al objeto de consumir bebidas, evidencia una actividad en la que concurren las notas tipificadoras de toda relación laboral, cuales son la prestación de servicios por cuenta ajena, habitualidad en los mismos, dependencia, retribución y jornada; llegando a precisar que la relación que mantienen las sonoritas de alterne con el titular del establecimiento donde desempeñan su cometido es de naturaleza laboral. [...]" (SSTS. 1390/2004 de 22 de noviembre y 1084/2016, de 21 de diciembre y 1.099/2016, de 21 de diciembre)".

Y después de invocar la constante doctrina de la Sala IV -frente a la cita del auto al que se refiere el recurrente en su motivo, cuya eficacia vinculante es correctamente descartada en el FJ 7º de la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia- precisábamos lo siguiente: "en la jurisdicción penal este problema tiene otros matices.

Ha habido una tendencia jurisprudencial a ampliar el marco de la protección penal a las relaciones concernientes a personas que estén en situación de desprotección por más que no tuvieran las condiciones exigibles legalmente para intervenir en un contrato de trabajo. Es el caso de los inmigrantes clandestinos o el caso de determinadas actividades cuya licitud puede ser cuestionada, como las que se desarrollan en los locales de alterne. En muchos casos estas personas son sometidas a condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana y manifiestamente abusivas, y no es razonable excluirlas de la protección penal.

Por esa razón y en relación con el artículo 312.2 del Código Penal hay abundantes precedentes en que al empresario que en su establecimiento desarrolla actividades de prostitución en condiciones de trabajo contrarias a la dignidad humana, desconociendo los derechos laborales de las personas explotadas, comete no sólo el delito que corresponda por la explotación de la prostitución sino también un delito contra los derechos de los trabajadores, por más que éstos no tengan las condiciones necesarias para ser sujetos de una relación laboral.

Citaremos por su expresividad la STS 208/2010, de 18 de marzo en la que se recuerda (con cita de la STS 372/2005, de 17 de marzo) que "[...] la conducta que describe el art. 312.2, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad al contratar a trabajadores extranjeros, que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo. No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución[...]"



En la sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su art. 1 califica el Estado de "social"), en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores.

Más recientemente la STS 425/2009, de 14 de abril, señaló que "[...] la jurisprudencia interpretativa del artículo 312 del Código Penal, siempre ha incluido en su contenido, al empleador que atenta contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, independientemente de que estos sean legales o ilegales. Lo valorable, a efectos punitivos, son las condiciones de trabajo impuestas. Siempre se ha considerado que comprende a todas aquellas personas que presten servicios remunerados por cuenta ajena, entre las que se deben incluir, según sentencia de esta Sala, de 18 de Julio de 2003, las conocidas como chicas de alterne[...]" (en igual sentido SSTs 995/2000, 438/2004, 221/2005, 372/2005, 1360/2009, 308/2010, 503/2010, 160/211 y 378/211).

En la sentencia que acabamos de citar, con abundante cita de precedentes tanto de las Sala II y IV del Tribunal Supremo como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se insiste en que la actividad de "alterne" puede dar lugar a una relación laboral y distingue entre la prostitución ejercida por cuenta propia y la ejercida por cuenta ajena, haciendo referencia a una lejana sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 27/11/2004 en la que se afirmaba que únicamente "la explotación de la prostitución por cuenta ajena es una relación laboral no permitida por nuestro ordenamiento".

A partir de este extenso razonamiento, cuya transcripción literal resulta especialmente aconsejable, concluimos lo siguiente: "...no ofrece duda alguna que las actividades que se desarrollan en un club de alterne, según la doctrina jurisprudencial que acabamos de reseñar, constituyen una relación laboral por la que el empleador viene obligado a dar de alta en la Seguridad Social a sus **trabajadoras**. El incumplimiento de este deber en las proporciones establecidas en el artículo 311.2 CP constituye delito, tal y como acontece en este supuesto. En los hechos probados no se declara que en el local investigado se ejerciera la prostitución ni por cuenta propia ni ajena por lo que las señoritas que prestaban servicios en ese local en actividad de "alterne" estaban vinculadas por la empresa por una relación laboral que obligaba a su alta en la Seguridad Social".

La doctrina proclamada en esta sentencia inspira también de la STS 554/2019, 13 de noviembre, a cuya fundamentación jurídica nos remitimos.

En definitiva, en la medida en que el juicio histórico de la resolución recaída en la instancia describe una actuación profesional de "alterne" por mujeres que estaban sometidas a un horario ("... el Club fijaba el horario de las **trabajadoras**, con la flexibilidad propia de su actividad entre las 17:00 y las 5:00 horas a.m., coincidiendo con el de apertura y cierre del local") y a cambio de una remuneración ("...consistente en una comisión por cada copa en función del precio, siendo establecidas previamente estas cantidades por la empresa y pagadas a las chicas por ésta, no por los clientes"), convergen los elementos del tipo previsto en el art. 311.2 b) por el que ambos acusados han sido condenados.

Se impone la desestimación del motivo (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim).

3.- También se interpone recurso de casación por la representación legal de Hoteles Cántabro-Gallegos S.L.

Se formalizan tres motivos que el Fiscal del Tribunal Supremo considera que han de ser rechazados *a limine*.

Tiene razón el Ministerio Fiscal.

3.1.- La posición procesal de Hoteles Cantabro-Gallegos S.L -no mencionada siquiera como parte en los antecedentes de esta resolución- fue asumida por la misma representación y defensa de los dos acusados. De hecho, Jaime había sido administrador único de esa entidad hasta el 25 de mayo de 2017. El otro acusado, Isidoro, hasta entonces encargado de la gestión y administración del negocio, pasó a ser administrador único al adquirir las acciones del coacusado.

La sentencia dictada en la instancia, además de condenar a los dos acusados, acordó al amparo de los arts. 129.3 y 33.7.c) del CP, la suspensión de la actividad de club de alterne discoteca *New Borgia* por tiempo de dos años.

Promovido recurso de apelación contra esta sentencia, no se formalizó alegación alguna por parte de la defensa contra esa decisión de suspender las actividades del club de alterne *New Borgia*. La sentencia 9/2020, 24 de septiembre, suscrita por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, no aborda esa cuestión. Y es que en segunda instancia se formularon dos motivos, el primero por error de hecho en la valoración de la prueba,



el segundo por indebida aplicación del art. 311.2 CP, sin mención alguna a lo que ahora constituye el núcleo de la queja casacional.

En el encabezamiento de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, al resolver el recurso de apelación, puede leerse lo siguiente: "...Ha sido parte apelante en este recurso: Hoteles Cantabro-gallegos S.L.U, Isidoro y Jaime".

Como puede apreciarse, ya en la apelación, la entidad *Hoteles Cantrabro-Gallegos S.L.U* fue tenida como parte y, por tanto, con libertad para formalizar las alegaciones que tuviera por conveniente. Sin embargo, omitió toda referencia al error jurídico que ahora se reivindica en casación. La Audiencia Provincial había acogido la petición de suspensión del club de alterne *New Borgia*, interesada por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular ejercida por el Letrado de la Seguridad Social. Ninguna alegación acerca de la improcedencia de esa pena fue invocada por los acusados ni, por supuesto, por la persona jurídica afectada.

Es ahora cuando la representación legal de *Hoteles Cantabro-Gallegos S.L.U.* formaliza un extenso recurso que tiene que ser -como insta el Ministerio Fiscal- obligadamente rechazado.

Cualquier respuesta al primero de los motivos, en el que se denuncia la vulneración de los arts. 129, 31 y 31 bis del CP, menoscabaría el principio de contradicción, en la medida en que se trata de una alegación *per saltum* no formalizada cuando pudo serlo. Con este rechazo la Sala no rinde culto a un rígido principio de preclusión. De lo que se trata, como ya hemos apuntado, es de no violentar el principio de contradicción y, de modo especial, la naturaleza misma de los recursos de apelación y casación que están en la base de nuestra organización judicial. Así lo hemos dicho en una jurisprudencia constante: "... es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscriba al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa *ex novo* y *per saltum* formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 399/2022, 22 de abril ; 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 54/2008, 8 de abril ; 427/2019, 26 de septiembre ; 84/2018, 15 de febrero ; 1256/2002 4 de julio , y 545/2003 15 de abril).

Con independencia de las razones ya expuestas, que deberían conducir al rechazo de plano de la queja del recurrente, tiene razón el Letrado de la Seguridad Social cuando recuerda que la cuestión suscitada en el motivo, derivada del hecho de que nuestro sistema jurídico no contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos contra los derechos de los trabajadores, ha sido ya abordado y resuelto por esta Sala.

En efecto, la STS 162/2019, 26 de marzo, recuerda que "... el tipo penal contemplado en el artículo 311 CP no puede dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica titular del establecimiento, dado que esa eventualidad no se prevé expresamente, conforme a lo que exige el artículo 31 bis. Esta exclusión ha sido criticada doctrinalmente, pero, al margen de las opiniones que se puedan tener sobre la misma, es incuestionable.

El artículo 318 CP prevé una consecuencia singular para los delitos contra los derechos de los trabajadores. Cuando los hechos sean realizados en el ámbito de actuación de una persona jurídica responderán penalmente los administradores o encargados del servicio y no la propia sociedad, tal y como ha ocurrido en este caso, y se añade que podrá decretarse, además, alguna o algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP , entre las que se encuentran la suspensión de actividades por tiempo que no exceda de 5 años (artículo 33 . 37 CP). Para acordar esta suspensión no se exige que exista una previa declaración de responsabilidad penal de la sociedad titular del establecimiento, que no es posible, sino que la actividad delictiva se desarrolle en el ámbito de actividad de la empresa y que se haya declarado la responsabilidad penal del administrador o del encargado del servicio que hayan sido responsables del hecho y que, conociendo la situación, no hayan adoptado medidas para remediarla. Así se ha procedido en este caso, sin que la medida adoptada cause ningún género de indefensión porque la sociedad titular del establecimiento y a quien afecta de forma directa la decisión de suspensión fue citada a juicio y pudo ejercitar con plenitud su derecho de defensa. No ha habido lesión del principio acusatorio porque la consecuencia accesoria había sido oportunamente solicitada en las conclusiones provisionales y definitivas del Ministerio Fiscal (folio 355 vuelto) y tampoco ha habido lesión del derecho de defensa porque la sociedad titular del establecimiento fue parte procesal en el juicio y pudo ejercitar dicho derecho con plenitud".

El motivo primero ha de ser rechazado (art. 884.4 y 885.1 de la LECrim).



3.2.- El segundo de los motivos, formalizado al amparo del art. 849.1 de la LECrim, en la medida en que incide en lo ya alegado por los anteriores recurrentes, respecto de la posible aplicación indebida del art. 311.2 del CP, aconseja remitirnos a lo ya expuesto en el FJ 2 de esta resolución.

3.3.- El tercer motivo, con cita del art. 849.1 de la LECrim entiende indebidamente aplicado el art. 311.2 del CP, en relación con el art. 14 del mismo texto legal.

A juicio de la defensa, el delito se habría cometido por los acusados en virtud de un error de prohibición que debería excluir su responsabilidad criminal. Añade que "...dicha ignorancia viene respaldada por la propia confusión de los propios Poderes Públicos en cuanto al abordaje de la materia".

Las razones para el rechazo del motivo son palmarias. Al igual que sucedía con el primero de ellos, se trata de una alegación que no se ha hecho valer ante la Audiencia Provincial ni en el recurso de apelación resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Por otra parte, como apunta el Fiscal, no parece sostenible que la defensa de la persona jurídica pueda argüir lo que en su fuero interno pensaban los acusados Isidoro y Jaime quienes, por cierto, no han alegado en su recurso ningún error de prohibición, ni vencible ni invencible.

4.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de D. Isidoro, D. Jaime y HOTELES CANTABRO-GALLEGAS S.L.U. contra la sentencia núm. 9/2020, 24 de septiembre, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, a su vez, resolvió el recurso de apelación promovido contra la sentencia núm. 155/2020, 10 de junio, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Antonio del Moral García
D.ª Ana María Ferrer García D. Pablo Llarena Conde