



Roj: **STS 253/2023 - ECLI:ES:TS:2023:253**

Id Cendoj: **28079120012023100045**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/01/2023**

Nº de Recurso: **817/2021**

Nº de Resolución: **34/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CANT 807/2020,**  
**STS 253/2023**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 34/2023**

Fecha de sentencia: 25/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 817/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 24/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia Cantabria. Sala Civil y Penal.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 817/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 34/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 25 de enero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción infracción de ley número 817/2021, interpuesto por **D. Carlos María**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. María Abellán Albertos, bajo la dirección letrada de D. Luis Alberto Aldecoa Heres, y **D. Jesús Luis** representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Almudena Gil Segura, bajo la dirección letrada de D. Carlos Javier Gil Sevilla contra la sentencia n.º 13/2020 de fecha 24 de noviembre de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 191/2020 de fecha 21 de julio de 2020 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección Primera en el PA 21/2019, procedente del Juzgado de Instrucción num. 3 de Santander.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida la **Tesorería General de la Seguridad Social** representada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Santander incoó procedimiento abreviado núm. 1906/2016 por un delito contra Derechos de los Trabajadores, contra Jesús Luis y Carlos María; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cantabria, cuya Sección primera, Rollo de Sala 21/2019 dictó Sentencia en fecha 21 de julio de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- Jesús Luis era administrador único de la empresa "Waka Trade, S.L.", constituida en 2012 y que gestionaba el club de alterne "Las Marismas", sito en el barrio Paderne, s/n, de Bárcena de Cícero. Carlos María era copropietario y gerente de hecho de dicho local, trabajando en una oficina del local de forma habitual y siendo quien adoptaba las decisiones cotidianas sobre horario de apertura y cierre o contratación de empleados.

El citado Club consta con una sala de fiestas y diez habitaciones donde se ejercen actividades de prostitución y que hacen las funciones de domicilio para algunas de las mujeres que allí trabajan. En el mismo, desarrollaban su actividad laboral de forma habitual veinte personas -entre camareros, cocinera y chicas que ejercían actividad de alterne y baile-; salvo los camareros y la cocinera, el resto, la gran mayoría de las personas que trabajan allí, no estaban dadas de alta en la Seguridad Social. El club permanece abierto todos los días de la semana excepto uno y tiene un horario muy amplio desde la media tarde hasta altas horas de la madrugada. Ambos acusados conocen la obligación de alta laboral de cualquier trabajador.

El 14 de abril de 2016 se efectuó una entrada a efectos de control de documentación por el G.O.E. de la Guardia Civil al que acompañaban miembros de la Inspección de Trabajo. Se identificaron dieciocho trabajadores en el club: Carlos María, como gerente, un encargado, un camarero y una cocinera estaban de alta en la Seguridad Social y el resto, catorce mujeres ejerciendo el alterne, no se encontraban dadas de alta en la Seguridad Social.

En concreto, las mujeres que no estaban dadas de alta eran: Bernarda, Carina, Carmela, Claudia y Constanza -todas ellas de nacionalidad española-, Custodia y Emilia -de nacionalidad rumana-, Felicidad, Gracia y Jacinta -de nacionalidad brasileña- y Lidia -nigeriana-; asimismo, Mariana (nacionalidad brasileña), Nicolasa (Argentina), ambas con permiso de estancia pero no de residencia, y Raimunda -paraguaya-, en situación irregular y sin documentación alguna.

Estas 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 esta, 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, 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 algún servicio. Todas las mujeres vestían ropas de similares características, llamativas y provocativas.

La empresa tenía un total de seis trabajadores dados de alta en la fecha de los hechos, de los cuales cuatro se encontraban trabajando aquella noche. La Seguridad Social, tras dicha inspección, dio de alta de oficio por una única jornada laboral a todas las personas citadas y que no lo estaban, devengando a cargo de "Waka Trade, S.L." una deuda de 408,97 euros por cuotas no pagadas de las trabajadoras."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:



"Que debemos condenar y condenamos a Jesús Luis y Carlos María 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 SEIS MESES 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 seis meses y multa de seis meses con una cuota diaria de DIEZ euros, con aplicación del artículo 53 CPenal en caso de impago. Asimismo, se acuerda la suspensión de actividades de club de alterne y discoteca del club "Las Marismas" por tiempo de un año. Los condenados deberán indemnizar de manera directa y solidaria a la Tesorería General de la Seguridad Social en CUATROCIENTOS OCHO EUROS CON NOVENTA Y SIETE (408,97 euros) con responsabilidad civil subsidiaria de "Waka Trade, S.L.". Se imponen 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 Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el tiempo y forma previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Carlos María y Jesús Luis ; dictándose sentencia núm. 13/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en fecha 24 de noviembre de 2020, en el Rollo de Apelación 10/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que debemos desestimar los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora Doña Begoña Peña Revilla, en representación de D. Jesús Luis y de D. Carlos María frente a la sentencia dictada en esta causa por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cantabria, que se confirma en su integridad, imponiendo a los apelantes, por mitad, el pago de las costas de la presente apelación.

Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma ante la Sala segunda del Tribunal Supremo en la forma y plazos previstos por los artículos 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal."

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se prepararon recursos de casación por las representaciones procesales de D. Carlos María y D. Jesús Luis respectivamente, 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, los recurrentes formalizaron los recursos alegando los siguientes **motivos de casación:**

#### **Recurso de Carlos María**

Motivo único.- Por infracción de precepto penal de carácter sustantivo, al amparo del artículo 849.1 LECrim., por indebida aplicación del artículo 311.2 b) del Código Penal.

#### **Recurso de Jesús Luis**

Motivo primero.- Por vulneración del principio de presunción de inocencia, del artículo 24.2 de la Constitución.

Motivo segundo.- Por Infracción de Ley por vulneración del artículo 311.2 b) en relación con el artículo 28 del Código Penal.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala los admitió quedando los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 24 de enero de 2023.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Carlos María

#### **ÚNICO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 311. 2º B) CP**

1. El recurrente combate el juicio de subsunción. A su parecer, no cabe, en el caso, identificar el deber normativo de dar de alta en la Seguridad Social cuyo incumplimiento se castiga penalmente. Y ello porque la actividad de prostitución no puede ser objeto de contrato lícito, siendo el "alterne" un mecanismo específico para la



captación de clientes que se inserta en la primera. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido -Auto de 17 de julio de 2018-, que el "alterne" es una actividad inescindible de la prostitución por lo que la ilicitud causal de esta contamina a aquella, impidiendo, por ello, el reconocimiento de una relación laboral que comporte la obligación de dar de alta en la Seguridad Social. Doctrina jurisprudencial que contrasta con la mantenida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo que lesiona el principio de la seguridad jurídica.

Además, en el caso, todas las "chicas" [ *término textual utilizado en el recurso que no se ajusta al estándar de corrección descriptiva que debe caracterizar a todo escrito forense. No hay ninguna razón, más allá de la costumbre enraizada en el prejuicio social, para denominar "chicas" a las mujeres que desarrollan actividades de alterne o prostitución. Creemos que el término "chicas" refleja un sesgo valorativo cosificador, predeterminativo del rol de sujeción, que debería desterrarse del lenguaje a emplear por todos los operadores del sistema de justicia*] no recibían ninguna orden ni cobraban comisión alguna. Se insiste en que " *todas las chicas que depusieron en el acto de la vista reconocieron que ejercían la prostitución por su cuenta en el Hostal y para dicha actividad es indispensable que alternen con los clientes puesto que es la forma de captación que tienen para su actividad principal que es la prostitución*".

## 2. El motivo no pueda prosperar.

Debe recordarse que cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Lo que impide que por la vía del motivo por infracción de ley penal sustantiva se pretenda la revisión de las bases probatorias de lo declarado probado. Y, en el caso, los hechos que se declaran acreditados identifican con toda claridad el delito que ha sido objeto de condena.

## 3. Muy poco puede añadirse a las sólidas razones ofrecidas por el Tribunal Superior para rechazar el motivo que, con igual contenido, fundó el recurso de apelación.

Añadir, solo, que, en efecto, la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en aquellos supuestos en los que se identifica una actividad de prostitución por cuenta ajena y los actos de "alterne" se consideren puramente accesorios o instrumentales de aquella, ha calificado el objeto de ilícito y, en lógica consecuencia, ha negado que pueda reconocerse la existencia de un contrato laboral -vid. STS 29-10-2013, nº rec. 61/2013; Autos 11-5-2016, nº rec. 2833/2015; 15-12-2015, nº rec. 1413/2015; 11-9-2014, nº rec. 232/2014; 18-6-2014, nº rec. 2590/2013-. Y ello sin perjuicio de las acciones que, en protección de los derechos fundamentales lesionados, otorgan a las personas que han sufrido dicha situación los artículos 177 a 184 de la Ley de la Jurisdicción Social -vid. STSJ 5388/2019, de 11 de noviembre-.

Ciertamente, 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, fundamento axiológico, ex artículo 10 CE, de nuestro orden constitucional. 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.

Como se afirma en términos concluyentes en la STS, de Pleno, de la Sala de lo Social 584/2021, de 1 de julio, " *La ilicitud de un contrato de trabajo de estas características, por oponerse a las leyes ( art. 1.275 C.C .), no es susceptible de incardinarse en el seno de la legislación laboral*" -vid. también, Convenio de Lake Success para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. (BOE 21 marzo 1984); Objetivo estratégico D.3 de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995, consistente en eliminar la trata de mujeres y prestar asistencia a las víctimas de la violencia derivada de la prostitución y la trata de mujeres; Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños aprobado por la ONU en el año 2000 (BOE no 296 de 11 diciembre 2003); Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, (BOE 29 septiembre 2003, no 233); Protocolo de Palermo, de 2000, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (BOE 11 diciembre 2003. No 296); Convenio no 197 del Consejo de Europa contra la Trata de Seres Humanos; Convenio de Varsovia, aprobado en mayo de 2005. (BOE 10 septiembre 2009);



Convenio del Consejo de Europa *para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual*, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007; Recomendación 5 (2002) *sobre la protección de las mujeres contra la violencia*; Recomendación 1545 (2002) *relativa a campañas contra la trata de mujeres*; artículo 5 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, *relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas*; Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, *relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes*; Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, *por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular*.

4. Pero descartado dicho marco de subordinación a terceros en el ejercicio de la prostitución, la Jurisprudencia de la Sala de lo Social no ha dudado en afirmar el carácter laboral de la actividad de "alterne" siempre que se acredite la ajenidad de la prestación 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, consecuentes a la previa organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protejan a los trabajadores.

Debiéndose recordar que el contrato de trabajo se presume existente siempre que la actividad laboral remunerada se desarrolle por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro -vid. artículos 1 y 8 ET-.

Si se dan estas condiciones, la actividad de "alterne" ha de considerarse laboral -vid. STS, Sala de lo Social, 18/2004, de 27 noviembre, en la que se declara la licitud de una Asociación Empresarial que tiene por objeto social la tenencia o gestión de establecimientos públicos hoteleros donde se ejerce el "alterne" y la prostitución por cuenta propia ajena al establecimiento; 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"; STS, de la Sala de lo Social, de Unificación de Doctrina, 1084/2016, de 21 de diciembre, en la que se reafirma la laboralidad de la actividad de "alterne" desligada del ejercicio de la prostitución por cuenta ajena.

5. Pues bien, en el caso, el tribunal de instancia establece como hechos probados que en las diez habitaciones existentes en el establecimiento se ejercían actividades de prostitución y en la zona de bar una actividad de "alterne" con intensos rasgos de laboralidad -marco horario prefijado, previsión del régimen retributivo por número y tipo de consumición servida y normas de vestuario fijadas por los gestores del establecimiento-.

Descartándose, al tiempo, tanto la existencia de proxenetismo locativo penalmente relevante, pues la actividad de prostitución se ejercía por cuenta propia de las mujeres que así lo decidían, como toda conexión de continencia o de inherencia entre dicha actividad por cuenta propia y la de "alterne" por cuenta ajena.

Debiéndose recordar, en todo caso, que 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.

6. Por tanto, en plena coincidencia con lo argumentado por el Tribunal Superior, 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.

7. La conducta de incumplimiento de dicha obligación que con precisión se describe en los hechos declarados probados conduce a su subsunción en el tipo penal aplicado -vid. STS 792/2022, de 29 de septiembre-.

No hay infracción de ley.

RECURSO INTERPUESTO POR LA REPRESENTACIÓN DEL SR. Jesús Luis



**PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR VULNERACIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA GARANTIZADO EN EL ARTÍCULO 24 CE**

8. El motivo si bien cuestiona el fundamento fáctico de la condena adquiere también acento normativo. Para el recurrente, la prueba practicada arroja significativos datos que neutralizan el juicio de autoría. En los hechos probados de la sentencia recurrida, se afirma, no se realiza mención alguna sobre la concreta participación del recurrente en los hechos objeto del proceso. De contrario, lo que se consigna es la ausencia de participación cuando se establece que el otro acusado, " *Carlos María , era copropietario y gerente de hecho de dicho local, trabajando en una oficina del local de forma habitual y siendo quien adoptaba las decisiones cotidianas sobre horario de apertura y cierre o contratación de empleados*". La única mención que se hace respecto al hoy recurrente, se insiste en el recurso, " *es que el mismo ha sido administrador único de la empresa Waka Trade S.L*"

Además, la sentencia recurrida no contiene ninguna mención a las declaraciones del subinspector de trabajo y al informe del mismo, en el que recuerda que ninguno de los partes de contratación ha sido firmado por el hoy recurrente. Tampoco se hace referencia a lo declarado por los testigos, las mujeres que se encontraban en el establecimiento, quienes manifestaron no conocer al hoy recurrente, ni a las declaraciones del testigo Sr. Ceferino , propietario del local, que también le excluyó de toda intervención en los hechos. El único dato sobre el que la sentencia funda su conclusión es que firmó los recursos interpuestos frente a sanciones administrativas impuestas con anterioridad por incumplir el deber de dar de alta a los trabajadores en la Seguridad Social. Hecho que, además, se niega por el recurrente. Pero aun cuando hubiera firmado tales recursos o satisfecho algunas de las sanciones impuestas a la mercantil, ello no permite concluir, fuera de toda duda razonable, que conociera que hubiera trabajadores en el hotel sin estar dados de alta en la Seguridad Social al momento en que se produjo la intervención policial.

9. Al hilo del motivo cabe recordar que la función de control y de verificación de la suficiencia probatoria no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-. De tal modo, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, el espacio del control casacional se reconfigura. Este debe contraerse al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo. La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia limitada de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio -vid. STS 980/2022, de 21 de diciembre-. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid. STC 184/2013; SSTS 680/2022, de 17 de febrero, 631/2022, de 23 de junio-.

El control casacional en esta instancia es, por ello, más "normativo" que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

10. Y, en el caso, no identificamos ni ausencia de datos de prueba ni déficit de justificación de las conclusiones fácticas a las que llegó el tribunal de instancia y validó el de apelación: que el recurrente no era un simple testaferro y que, en consecuencia, conocía la obligación de dar de alta a las personas que trabajaban en el establecimiento propiedad de la mercantil de la que era administrador.

Los datos indiciarios utilizados son varios y significativos: primero, ocupaba el cargo de administrador de la mercantil, titular del negocio, desde 2012; segundo, percibía retribución por dicha condición; tercero, ostentó durante algún tiempo la condición de socio de la mercantil; cuarto, interpuso, como representante de la mercantil diversos recursos contra sanciones administrativas impuestas en distintas anualidades precisamente por incumplimientos del deber dar de alta en la Seguridad Social a trabajadores que desempeñaban actividad laboral en el establecimiento.



11. Partiendo de dichos datos no resulta difícil trazar, con pleno respeto al derecho a la presunción de inocencia, un sólido puente inferencial que conduce a la conclusión fáctico-normativa alcanzada: el recurrente conoció la situación en la que se encontraban las personas que trabajaban en el local y pese a ello desatendió el deber de actuación que le incumbía.

**SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 311.2 B) CP EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 28 CP**

12. El motivo, si bien denuncia error normativo, vuelve a insistir en la ausencia de fundamento fáctico del que, a su parecer, adolece el juicio de autoría. Era el gerente Carlos María quien se encargaba de la formalización de los contratos y de gestionar, o no, las altas en la Seguridad Social. El recurrente, se afirma en el desarrollo argumental del motivo, es una persona carente de los conocimientos necesarios para la administración y dirección de empresas, figurando como administrador solo por la amistad que le unía con el Sr. Carlos María , sin que llegara a realizar ningún acto material de administración. En los propios hechos probados se establece que la administración de la sociedad era gestionada, precisamente, por el otro acusado, Sr. Carlos María . En modo alguno, se concluye, puede identificarse la aportación causal al resultado que permita su consideración como autor del delito.

13. El motivo tampoco puede prosperar.

Lo impide, desde luego, el hecho declarado probado de cuyo respeto debe partirse, como recordábamos al hilo del motivo formulado por el recurrente Sr. Carlos María . Y, en el caso, identifica suficientemente la fuente de la responsabilidad penal declarada: el incumplimiento del deber de actuación que normativamente le incumbía como administrador de la mercantil propietaria del negocio consistente en dar de alta en la Seguridad Social a las personas que trabajaban en el mismo.

14. Debe recordarse que el artículo 311.2 b) CP es un delito de pura omisión y de naturaleza especial. El autor es aquel que, en el concreto ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, y en los términos previstos en el artículo 318 CP, omite, estando obligado, los deberes específicos de cumplimiento que le corresponden a la empresa -regla especial de imputación que, como destaca la STS 162/2019, de 26 de marzo, desplaza a las reglas de los artículos 31 y 31 bis, ambos, CP-. Y ello, sin perjuicio de que el deber omitido pueda compartirse, como es el caso, con otros responsables. Incluso, cuando estos no ostenten formalmente funciones representativas, pero sí de gestión del concreto servicio o actividad donde se produce la infracción.

En el caso, los hechos que se declaran probados neutralizan el argumento esgrimido por el recurrente de que en su condición de administrador social se limitó a ejecutar una suerte de serie de actos neutrales -interponer recursos contra las distintas sanciones impuestas por incumplir el deber de dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores que desarrollaban sus actividades en el *Hotel Las Marismas*-. Y que, como tales, por su naturaleza socialmente adecuada, en modo alguno implicaban que conociera la realidad descrita en la sentencia recurrida y que, por tanto, infringiera dolosamente el deber que se identifica como fuente normativa de la responsabilidad penal.

Lejos de ello, resulta evidente que el recurrente, como administrador de la mercantil propietaria del negocio desde 2012, asumió una posición de garante no solo por razones formales sino también, como con acierto destaca el Tribunal Superior, materiales. Además de conocer el estado reiterado de incumplimiento normativo, disponía, situacionalmente, en su condición de administrador, de posibilidades reales, fácticas y jurídicas, para procurar cumplir el deber que le incumbía -"pudiendo remediarlo", como precisa el artículo 318 CP-.

En modo alguno, dadas las circunstancias del caso, el recurrente puede situarse como "*extraneus*" al ámbito del deber exigido y, en consecuencia, puede ser tenido como irresponsable por su incumplimiento.

Conocía tanto el deber normativo exigible como los presupuestos fácticos de activación y, pese a ello, omitió cumplirlo, comprometiendo así los fines de protección a los que responde el tipo.

No hay infracción de ley en su condena como autor del delito del artículo 311.2 b) CP.

**CLÁUSULA DE COSTAS**

15. Tal como previene el artículo 901 LECrim, procede la condena en costas de ambos recurrentes.

**FALLO**

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



**No haber lugar a los recursos de casación** interpuestos por las representaciones respectivas del Sr. Carlos María y del Sr. Jesús Luis contra la sentencia de 24 de noviembre de 2020 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas por sus recursos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ