

La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto.

BIB 2008\1321

Pablo Benlloch Sanz. Profesor Titular (i) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rey Juan Carlos

Publicación: Aranzadi Social paraf. 26/2008 (Presentación). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008.

SUMARIO

- 1.- El estado de la cuestión
- 2.- Los antecedentes de hecho
- 3.- La fundamentación jurídica del Tribunal Superior de Justicia
- 4.- Un debate todavía abierto
- 5.- Conclusión

1- El estado de la cuestión

En otro momento ¹ se abordó, también al hilo de una resolución judicial, esta misma cuestión. Han transcurrido más de cuatro años entre uno y otro pronunciamiento judicial y pueden seguir manteniéndose los presupuestos que en aquella ocasión sirvieron de planteamiento para introducir el tema. Las actividades objeto del presente comentario siguen despertando una especial sensibilidad; no en vano, la libertad de la persona y su dignidad continúan presentándose en términos de clara fragilidad y las variables sociológicas que rodean ambas situaciones se manifiestan con mayor énfasis ².

¹ BENLLOCH SANZ, P.: [«¿Trabajadores del sexo? en torno al carácter laboral de la actividad de "alterne"», Aranzadi Social núm. 17/2003 \(BIB 2003. 1493\) .](#)

² Una nueva reflexión parlamentaria sobre el tema, el Informe de la ponencia sobre la prostitución en España, elaborado por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Oportunidades, aprobado el 13 de marzo de 2007 (BOCG, Sección Cortes Generales, VII Legislatura, Serie A: Actividades parlamentarias, 24 de mayo de 2007, núm. 379, pg. 20), ha confirmado la importancia económica de ambas actividades. Que los españoles se gasten 50 millones de euros todos los días en prostitución, que potencialmente existan en nuestro país 15 millones de hombres, potenciales clientes de las 400.000 prostitutas o, por fin, que el «negocio» de la prostitución en España, mueva anualmente en España 18.000 millones de euros, son datos por sí solos reveladores, de su magnitud económica.

En ese lapso de tiempo han sido varios los pronunciamientos judiciales sobre el tema, confirmando una incursión no exenta de problemas en un ámbito de la realidad social de contornos difusos, que el poder ejecutivo y/o legislativo no quieren o no pueden abordar y que, dicho sea de paso, amplían de manera probablemente artificial, el ámbito personal del Derecho del Trabajo ³. Por otro lado, dichas actividades no sólo acreditan la confluencia de valores éticos y jurídicos, sino que también nos sitúan en una auténtica encrucijada, por la presencia de distintos sectores del ordenamiento jurídico ⁴. Además del laboral, planean también sobre el tema el ordenamiento penal, el administrativo y el de extranjería, por tratarse de un sector de actividad caracterizado en la actualidad por la fuerte presencia de extranjeras en situación irregular.

³ MONTOYA MELGAR, A.: [«El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales», Aranzadi Social núm. 3. 2006 \(BIB 2006. 636\) .](#)

⁴ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: [«El Tribunal Supremo zanja el caso "Mesalina"», Aranzadi Social núm. 21 \(BIB 2005. 616\) .](#)

2- Los antecedentes de hecho

A raíz de la actuación de la Inspección Territorial de Trabajo y Seguridad Social de Murcia, se detecta la existencia de un número de mujeres que ejercen la prostitución en un chalé sito en la carretera de Mazarrón, en Sangonera la Verde (Murcia). La vivienda había sido alquilada por Doña Amparo, que además recibía el 50% de las ganancias obtenidas por los servicios sexuales prestados por aquéllas y por las consumiciones efectuadas por los clientes. Junto con las mujeres que ejercían la prostitución, también prestaban sus servicios en el citado inmueble, Don Rodolfo, desarrollando funciones de portero y Doña Constanza como limpiadora y sustituta de Doña Amparo cuando ésta no se encontraba en el mismo. En uno y otro caso, las actividades relacionadas se desarrollaban sin sujeción a horario ni instrucciones precisas de Doña Amparo.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Murcia interpone demanda-comunicación de oficio ante el Juzgado de lo Social número 6 de Murcia, el 12 de abril de 2007, solicitando se declarase la naturaleza laboral del vínculo entre Doña Amparo y las personas que prestaban servicios en el citado inmueble. Doña Amparo se opone alegando incompetencia de jurisdicción. El Juzgado de lo Social entra a conocer del asunto, pero entiende carente de fundamento la demanda-comunicación de la Inspección de Trabajo, por lo que absuelve a los codemandados, no admitiendo la existencia de relación laboral.

Contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 6, la Inspección de Trabajo interpone recurso de suplicación que es el que resuelve, desestimándolo, la resolución judicial objeto del presente comentario.

3- La fundamentación jurídica del Tribunal Superior de Justicia

Después de hacer un repaso a la jurisprudencia y doctrina judicial sobre la cuestión, la Sala parece hacer descansar su decisión en la imposibilidad de deslindar, desde la relación de hechos probados, la actividad de prostitución de la de alterne. Se apoya para sostener dicha afirmación en el dato de que la representación del Estado no desvirtuó aquel relato y, en concreto, que las codemandadas ejercían en exclusiva la prostitución y no la actividad «complementaria» de incitar al consumo de bebidas a la clientela del local, esto es de alterne, por lo que aquel extremo adquirió firmeza. Además se afirma con igual rotundidad, y también con apoyatura en el relato fáctico no discutido, que aquella actividad se ejercía de «forma voluntaria y sin sujeción a horario alguno ni a órdenes ni instrucciones de trabajo».

Sentado lo anterior, no resulta evidente si el fallo desestimatorio se produce porque las codemandadas ejercían la prostitución como actividad por cuenta propia⁵ y, en consecuencia, no sometida al [ET \(RCL 1995. 997\)](#) o, porque aun ejerciendo la prostitución por cuenta ajena, su vinculación con Doña Amparo no reunía las notas caracterizadoras de una relación laboral que exige el [artículo 1.1 ET](#).

⁵ No se olvide que tanto la [SAN \(Sala de lo Social\) de 23 diciembre de 2003 \(AS 2003. 3692\)](#) como la [STS de 27 de noviembre de 2004 \(RJ 2004. 8063\)](#) sólo han admitido el ejercicio voluntario de la prostitución por cuenta propia.

En cualquier caso, y a la vista de la doctrina judicial citada, la resolución que se comenta no se aparta de lo que hasta el momento se erige en opinión mayoritaria de nuestros tribunales, es decir, distinguir entre alterne y prostitución, admitiendo en el primer caso la posibilidad de un actividad por cuenta ajena sometida al ET, siempre y cuando se efectúe una interpretación flexible de la nota de la dependencia y reconociendo la licitud del ejercicio voluntario de la prostitución por cuenta propia, no por cuenta ajena, donde se aprecia la existencia de una causa torpe, sea por contraria a la ley o a las buenas costumbres o por atentatoria a la dignidad de la persona.

4- Un debate todavía abierto

En ese estado de cosas el Informe de la Ponencia sobre la prostitución en España, elaborado por la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Oportunidades del Congreso de los Diputados acredita no sólo que el debate no está ni mucho menos cerrado ⁶, sino que no existen ni soluciones claras ⁷, ni voluntad política para dejar definitivamente zanjada la cuestión.

⁶ Muestra de ello, es el hecho de que el 29 de abril del presente año el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, a instancias del Diputado Joan Herrera Torres presentó una proposición no de Ley para la regulación de la prostitución voluntaria en nuestro país (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 12, 9 de mayo de 2008, pgs. 9 y 10).

⁷ La comparecencia de dos expertas laboristas en la Comisión demuestra las posturas encontradas que se defienden en este tema.

Dejando al margen la polémica sobre si ambas actividades pueden calificarse como trabajo o profesión, si la utilización del término trabajo es «neutro» o si, por el contrario, lleva implícita una connotación sexista, desde la óptica jurídico-laboral pueden llegarse a las siguientes conclusiones:

a) Como en su momento se defendió, parece artificial, cuando no forzada, la delimitación entre ambas actividades. No les falta razón a quienes han sostenido que ello supone hacer una ficción jurídica de una realidad indisoluble ⁸, sobre todo en aquellos supuestos en que en un mismo establecimiento se lleva a cabo la actividad de alterne y se prestan por las mismas personas servicios de prostitución, en habitaciones facilitadas por el titular del local o del negocio, quien además fija los precios para cada servicio, el tiempo de duración de los mismos y establece idéntico procedimiento de reparto de los ingresos obtenidos por el cliente que para la de captación de clientes ⁹.

⁸ REY MARTÍNEZ, F.: « La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas» en Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, ISSN 1699-7026, núm. 2, 2006, pg. 102.

⁹ [STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003 \(AS 2003. 211 \)](#) .

No se olvide, por otro lado, que el paradigmático pronunciamiento de la Audiencia Nacional en el caso Mesalina ¹⁰, dejó entrever la dificultad que conlleva deslindar ambas actividades cuando se afirmaba que los «...servicios de "alterne" que aunque no identificables con la prostitución, suponen precisamente el límite prestacional con ésta; un límite fisiológico pues el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial y un límite jurídico entre el trabajador por cuenta ajena -relación de alterne- y el trabajador por cuenta propia -relación de prostitución-. (Entre el contrato de trabajo: y el arrendamiento de servicios en definitiva)...».

¹⁰ [SAN \(Sala de lo Social\) de 23 diciembre de 2003 \(AS 2003. 3692 \)](#) .

Desde otra perspectiva, reducir un fenómeno tan complejo como el que se está analizando a la distinción entre alterne y prostitución supone simplificar en exceso la realidad social, dejando al margen de la atención de los poderes públicos otras manifestaciones del mismo que pueden requerir una intervención pública con igual grado de intensidad

En fin, calificar de ilícita la causa de las relaciones contractuales que tienen por objeto la prostitución, puede restar importancia a la distinción entre ambas actividades en los casos en que las mismas se ejercen en un mismo local. Ése ha sido, por ejemplo, el modo de proceder del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ¹¹, en el supuesto de una empleada que, como encargada del turno de día, se limitaba a realizar funciones de recepción de los clientes, cobro de los servicios prestados por las personas que ejercían la prostitución en el mismo local y atención a las llamadas telefónicas para concertar las citas. El Tribunal señala que «no hay duda, pues, que pese a las notas de ajeneidad, dependencia, y retribución predicables del vínculo que unió a las litigantes [...] estamos, en realidad, en presencia de un contrato con causa ilícita y por ende, nulo de pleno derecho». Parece deducirse que para el Tribunal juzgador el ejercicio de la prostitución en un determinado local vicia de nulidad cualquier

servicio que en el mismo se lleve a cabo -recepción, limpieza, mantenimiento, y también, alterne-, con independencia de que las funciones desarrolladas, incluyan o no la prestación de servicios sexuales y que reúnan a no las notas caracterizadoras de la relación laboral exigidas por el ET.

¹¹ [Sentencia de 2 de enero de 1997 \(AS 1997. 340 \)](#).

b) Parece exagerado afirmar que distinguir entre la prostitución voluntaria y la forzosa, supone obviar el debate mismo sobre la prostitución, el porqué de su existencia y su trasfondo ¹². Ello no es óbice para reconocer que la libertad en la decisión del ejercicio de la prostitución está casi siempre sujeta a condicionantes que impiden hablar en puridad de una verdadera decisión voluntaria ¹³. No se olvide que en muchos casos esa actividad se erige en la única alternativa de subsistencia, aumentando la vulnerabilidad y el riesgo de exclusión social de las personas que la ejercen, dada la fuerte presencia de extranjeras en situación irregular.

¹² Secretaria para la igualdad de la mujer. departamento confederal de la mujer UGT «La prostitución una cuestión de género», diciembre de 2005.

¹³ En el mismo sentido, REY MARTÍNEZ, F.: « La prostitución ante el derecho: problemas y perspectivas», cit., pg. 104.

Seguramente la fragilidad a la que se ven sometidas es la que empuja a los tribunales a utilizar, en algunos casos con claros desenfoques, el componente tuitivo del ordenamiento jurídico-laboral mediatizando su valoración o calificación, lo que determina un panorama tan confuso ¹⁴.

¹⁴ Un ejemplo significativo del actuar de los Tribunales en este sentido, lo constituye [SJS núm. 2 de Vigo de 9 de enero de 2002 \(AS 2002. 260 \)](#) que después de declarar que resulta imposible que el comercio sexual pueda constituirse en objeto lícito del contrato de trabajo, se pronuncia en los siguientes términos «pero aun no cerrando los ojos a la evidencia o incluso la necesidad de tener que legitimar esa actividad, nunca lo sería por cuenta ajena porque también sería cerrar los ojos al hecho de que, considerar esas relaciones como contrato de trabajo, sería tanto como dejar vía libre y constituirse en cauce legal para la trata de mujeres o las redes ilegales de inmigración, que integradas por traficantes dirigen a las mujeres a la industria del sexo y a los mercados de mano de obra barata, ya que su control escaparía a toda posibilidad de legalidad al estar amparados por la posible licitud».

c) El [artículo 188 del Código Penal \(RCL 1995. 3170 y RCL 1996. 777 \)](#) vigente supone un obstáculo imposible de salvar a los efectos de poder regular la prostitución por cuenta ajena desde el ámbito del Derecho del Trabajo.

Suponiendo que en el futuro se procediese a la reforma del Código Penal posibilitando el ejercicio subordinado de la prostitución, la regulación jurídico-laboral de esa actividad encuentra también dificultades. Se ha sugerido, que en ese contexto lo adecuado sería configurar una relación laboral de carácter especial ¹⁵. Esta propuesta no es plenamente satisfactoria; la eventual relación especial debería recoger las especialidades subyacentes a ese tipo de actividad en materia, por ejemplo, de tiempo de trabajo o retribución, pero además sería necesario limitar drásticamente el ejercicio de los poderes de dirección y disciplinario del empresario. Aun así quedarían cuestiones de difícil articulación, como por ejemplo, los derechos de formación.

¹⁵ Véanse al respecto la intervención de la Prof. GALA DURÁN en la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y la Igualdad de Oportunidades del Congreso de los Diputados (BOCG, Sección Cortes Generales, VII Legislatura, Serie A: Actividades parlamentarias, 24 de mayo de 2007, núm. 379, pgs. 117 y ss.).

Repárese, por otro lado, que la ordenación legal conllevaría otras implicaciones, hoy por hoy parece que difíciles de asumir. Piénsese, por ejemplo, lo que supondría incluirla como una posible «ocupación adecuada» en el ámbito de la prestación contributiva por desempleo.

5- Conclusión

Nadie duda en la actualidad de la necesidad de abordar sin dilación el fenómeno de la

prostitución con políticas integrales que aborden todos sus aspectos. La [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 27 de octubre de 2007 \(AS 2007. 673\)](#) , constituye otro ejemplo más de la forzada intervención a la que se ha abocado a los tribunales laborales para dar pretendida solución a una cuestión a la que por ahora, han dado la espalda los poderes públicos. La presencia del ordenamiento y de la jurisdicción laboral, cualquiera que sean los términos en que se articule en el futuro, ha de ser simultánea a la de otros sectores del ordenamiento jurídico y, lo que es más importante, a medidas de política social, que aborden el fenómeno en su integridad. Sólo así podrá darse una respuesta suficiente.