

**RELACIONES LABORALES DE HECHO, NULIDAD DEL CONTRATO DE  
TRABAJO Y ACTIVIDADES LABORALES DE CAUSA U OBJETO ILÍCITOS O  
CONTRARIOS A LAS BUENAS COSTUMBRES. COMENTARIO A LA  
DOCTRINA JUDICIAL SOBRE EL “ALTERNE”**

Por

DIEGO DE LA VILLA DE LA SERNA  
Abogado laboralista

SUMARIO: I. LAS RELACIONES LABORALES DE HECHO.- II. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSA ILÍCITA U OBJETO CONTRARIO A LAS BUENAS COSTUMBRES.- III. LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE EL “ALTERNE”: 1. *El campo de las relaciones laborales válidas*. 2. *El campo de las relaciones laborales inválidas*.

## I. LAS RELACIONES LABORALES DE HECHO

Hace exactamente ahora cuarenta y tres años, el Prof. De la Villa Gil difundió entre los laboralistas españoles la llamada teoría de las “relaciones laborales de hecho”<sup>1</sup>, una construcción del jurista alemán Günther Haupt a partir del año 1941<sup>2</sup>. El trabajo tuvo una acogida considerable incluso entre los privatistas, de lo que es buena prueba la cita expresa que del mismo llevó a cabo el Prof. Federico de Castro y Bravo unos cuantos años después<sup>3</sup>.

Lo más característico de esta teoría es contraponer el hecho al contrato -ya que en la expresión relación laboral de hecho, este último término no se contrapone a *derecho*

---

<sup>1</sup> Cfr. *Relaciones Laborales de Hecho*. Revista de Derecho del Trabajo (dir. Eugenio Pérez Botija). Madrid (Editorial Tecnos), 1961, núm. 47, pp. 3 y ss.

<sup>2</sup> Como explica el Prof. De la Villa, ob. cit., el ensayo de Haupt titulado *Ueber faktische Vertragsverhältnisse* fue dado a conocer inicialmente en una conferencia pronunciada en el año 1941, insertada más tarde en los estudios homenaje a Wolfgang Siebert, en cuyo Seminario trabajó Luis Enrique de la Villa Gil en el verano de 1958, conociendo así de primera mano el importante estudio crítico que el autor citado había publicado ese mismo año. Por cierto que Haupt dispuso de poco tiempo para desarrollar o corregir su teoría, al fallecer poco después de darla a conocer durante la II Guerra Mundial.

<sup>3</sup> Cfr. su obra *El Negocio Jurídico*. Madrid (Editorial Civitas), 1985, p. 39.

sino a *contrato*- para afirmar que determinadas relaciones jurídicas nacen y producen efectos sin que las partes de las mismas hayan celebrado un contrato, generalmente por la poderosa razón de que no cumplen los requisitos legales para poder hacerlo (ej. el menor que compra un billete de autobús, la persona que se compromete frente a otra a realizar por su cuenta un trabajo ilegal, etc.). El mérito de la teoría consiste en admitir efectos jurídicos en relaciones no contractuales o, lo que es lo mismo, en no erigir a la figura del contrato en fuente única de las obligaciones junto a la ley del Estado, lo que por otra parte contaría con un fortísimo apoyo en el polémico art. 1089 del Código Civil español. O, como escribe el Prof. De la Villa en su trabajo referencial, el mayor valor de aquella teoría estriba en... “haber puesto de relieve la insuficiencia de los cauces contractuales y, en general, de la dogmática del contrato, para hacer frente a una serie de situaciones que, no siendo nuevas en la realidad jurídica... no habían sido objeto, sin embargo, de tratamiento sistemático”... Insistiendo, en todo caso, en que la teoría de la relación laboral de hecho no reduce el valor del contrato de trabajo como fuente habitual de constitución de las relaciones laborales, sino que se sitúa a su lado para justificar y atribuir efectos jurídicos a situaciones excepcionales que pretenden superar la rigidez contractual.

En el derecho vigente hay que recordar de modo inevitable dos preceptos legales, a saber, el art. 9.2 LET y el art. 36.3 de la Ley 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España. A tenor del primero... *“en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido”*. Conforme al segundo... *“los empleadores que deseen contratar a un extranjero no autorizado para trabajar deberán obtener previamente, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, autorización del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero”*. Sin entrar en la diferencia de trato entre trabajadores españoles y algunos extranjeros -resuelta plausible pero paradójicamente- hay que fijarse en lo que ambos preceptos dicen.

Conforme al primer precepto legal, todos los trabajadores que no sean extranjeros en situación irregular sólo pueden reclamar, declarada la nulidad del contrato de trabajo que celebraron o que creyeron celebrar, la remuneración que les hubiera correspondido en el caso de celebrar un contrato de trabajo válido, con lo que el legislador consagra una desigualdad injustificada entre los derechos de tales trabajadores y de sus respectivos empleadores, puesto que éstos si recibe la prestación total de los trabajadores y no únicamente una parte de ella. Por lo demás el precepto ha merecido una interpretación estricta desde la ya vieja doctrina del Tribunal Central de Trabajo (por ej. en sentencia de

13 de junio de 1988), aunque pudiera entenderse que el derecho a la retribución devengada llevara consigo el correspondiente efecto en la relación de Seguridad social.

Conforme al segundo precepto, y de ahí la curiosa excepción, el trabajador extranjero “sin papeles” tiene reconocidos legalmente todos los derechos laborales en la medida en que, *ope legis*, la irregularidad misma es imputable al empleador por haberle contratado indebidamente.

Pues bien, con referencia al supuesto general y no a la excepción -reciente por otra parte y que viene a quebrar una interpretación incomprensible de la jurisprudencia tradicional<sup>4</sup>- es obvio que ni la dogmática del contrato ni la propia legal resuelven satisfactoriamente una cuestión que sigue siendo una asignatura pendiente en nuestro ordenamiento positivo, en el que la persona que trabaja tendría que tener garantizados todos los derechos derivados de la prestación de ese trabajo al margen de la calificación que hubiera de darse al contrato celebrado, siendo la mejor vía para ello sin duda la de ampliar el supuesto protegido por el art. 9.2 LET a la vista de la inexistencia de base jurisprudencial e incluso doctrinal para la defensa de la producción de efectos bajo la aplicación del “hecho de la prestación laboral”, o sea, bajo la aplicación de la teoría de las relaciones laborales fácticas. Sin embargo esta teoría puede jugar como estímulo e inspiración para que la ley atribuya mayores efectos al contrato nulo en beneficio del trabajador, con la excepción si acaso de los supuestos en los que la actuación ilícita se sitúe en la esfera de actuación del trabajador únicamente, encontrando aplicación la regla del art. 1306.2.ª del Código Civil. O, en defecto de una reforma legal del art. 9.2 LET, los juzgados y tribunales pueden también intentar una interpretación maximalista del art. 9.2 LET, habida cuenta que la expresión retribución puede significar la prestación contractual básica y más importante del empleador -y, por ello, correlativamente- el derecho básico y más importante exigible por el trabajador, de modo que se envuelvan en ella todos los restantes derechos laborales conexos o subordinados<sup>5</sup>.

## II. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CAUSA ILÍCITA U OBJETO CONTRARIO A LAS BUENAS COSTUMBRES

---

<sup>4</sup> Por todos, Luis Enrique de la Villa Gil, Gabriel García Becedas e Ignacio García-Perrote Escartín, *Instituciones de Derecho del Trabajo. Ordenamiento y defensa de los derechos laborales*. Madrid (Ceura), 2.ª ed. 1991, pp. 647 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. Luis Gil Suárez, *Validez e invalidez del contrato de trabajo. En torno al art. 9. AA.VV. El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*. Edición especial del núm. 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid (Civitas), vol. \*, pp. 351 y ss. Además, la clásica obra de Manuel Carlos Palomeque López, *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Madrid (Tecnos), 1975.

La nulidad del contrato, de trabajo o del contrato de cualquier otra naturaleza, lo mismo que la nulidad de todo acto jurídico, se produce en principio de pleno derecho cuando se contravienen las normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 del Código Civil). En particular, por lo que respecta al tema del presente comentario, objeto del contrato de trabajo puede ser cualquier “servicio” no contrario a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1271, p.º. 3.º del Código Civil) y también el contrato de trabajo puede perseguir cualquier causa -entendida como el intercambio prestacional y anejo significado que para cada una de las partes alcanza la prestación de la otra o, mejor, la función que el ordenamiento objetivo atribuye a cada negocio en particular, interpretación objetivista la segunda que se va imponiendo paulatinamente, por ejemplo en STS (1.ª) 31 de enero de 1991- salvo si dicha causa es ilícita, es decir, si se opone a las leyes o a la moral (art. 1275 Código Civil). Comprobamos a primera vista que la ley vigente distingue con claridad los campos de la “ilegalidad” y de la “ilicitud”, produciéndose la primera cuando la vulneración afecta a la propia ley mientras que la segunda tiene lugar cuando, aún sin violación de la ley, la actuación de las partes o de alguna de ella infringe las buenas costumbres y/o la moral, lo que remite en cada momento histórico a la opinión social dominante sobre el proceder de los contratantes, opinión que también es vinculante para los juzgados y tribunales en cuanto que estos han de interpretar las leyes “adecuadamente desde el punto de vista social”, es decir, en atención a la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”<sup>6</sup>.

Sin ánimo de agotar la materia, cabría llevar a cabo una clasificación de supuestos en los que la nulidad del contrato de trabajo sería clara o, cuando menos, sería cuestionable:

1.º) Contrato de trabajo con objeto ilegal, es decir, celebrado por las partes para que el trabajador realice una actuación prohibida por el ordenamiento y, además, tipificada como delito, tal por ejemplo el contrato para que el trabajador robe una cantidad de dinero.

2.º) Contrato de trabajo con objeto ilegal no delictivo, por ejemplo el celebrado por las partes para que el trabajador venda libremente perros de razas peligrosas, sujetas a autorización especial en cuanto a tenencia y transmisión, en la vía pública.

3.º) Contrato de trabajo con objeto legal pero contrario a las buenas costumbres, por ejemplo el celebrado para que el trabajador realice organizadamente una prestación

---

<sup>6</sup> Más detalles en Luis Enrique de la Villa Gil, *El principio de adecuación social y los conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho del Trabajo*. En AA.VV. *Los principios del Derecho del Trabajo* (Dir. L.E. de la Villa Gil y Lourdes López Cumbre), Madrid (Ceura), 2003, pp. 393 y ss.

sexual a favor de terceros, allí donde la prostitución no constituya un hecho ilegal y/o criminal.

4.º) Contrato de trabajo con causa opuesta a las leyes, por ejemplo el celebrado para que el trabajador realice una actividad de peonaje, de modo profesional, pero con derecho a retribución condicionada a la propia evolución económica de la actividad empresarial.

5.º) Contrato de trabajo con causa no ilegal pero opuesta a la moral, por ejemplo, el celebrado para que el trabajador preste servicio indiferenciado propio de hostelería en establecimientos dedicados a la realización de actividades sexuales (prostíbulos o similares). Es supuesto muy similar al resuelto en su día por la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de mayo de 1962, comentada entonces críticamente por la doctrina<sup>7</sup> dado que las limpiadoras del *meubl * en el que las parejas realizaban prácticas sexuales eran ajenas al tráfico ilícito y su trabajo de limpieza era perfectamente legal. La argumentación del alto tribunal es sin embargo rotunda al argumentar que... *como la actividad del establecimiento es la meubl , o alquiler por horas de las habitaciones a parejas con fines de cohabitación, a cuya actividad coadyuvaban las recurrentes con la prestación de servicios que concreta el segundo de los hechos probados, de manera consciente y esporádica, es visto que el Magistrado a quo lejos de incidir en infracción del citado precepto [art. 1275 del Código Civil] lo aplicó con acierto al negar efectos a la convención entre las actoras y la titularidad del establecimiento, pues conocidas por aquellas las actividades desarrolladas en éste, su colaboración consciente proyecta la ilicitud de la causa sobre la relación entre las partes litigantes ya que no es posible desconocer la existencia (sic) entre el móvil del contrato y su finalidad inmoral, a la que, con plenitud de conocimientos, coadyuvaban las accionantes*; a nadiendo todavía que esa solución, contraria al reconocimiento del derecho a los salarios por el trabajo prestado... *no supone un premio para la demandada empresa, porque la jurisdicción laboral no puede entrar a discernir sobre la tolerancia de su actividad y consecuencias que de ella se derivan*...

Con seguridad este caso antecedente no se resolvería actualmente de la misma insensible manera, simplemente por el hecho de que la moral social es muy distinta a la

---

<sup>7</sup> Cfr. Luis Enrique de la Villa Gil, Los efectos de la prestación de trabajo en el supuesto de contrato nulo por ilicitud de su causa. Aplicación de la doctrina de las 'relaciones laborales' de hecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1961, n. 14, pp. 459 y ss.

de hace cuarenta y cinco años y las condiciones en las que se desenvuelve la iniciativa y la libertad de las personas muy diversa asimismo.

### III. LA DOCTRINA JUDICIAL SOBRE EL “ALTERNE”

En los anteriores parámetros hay que situar la cuestión, peleana donde las haya, de las relaciones laborales o extralaborales, legales y lícitas o ilegales e ilícitas de las personas de uno u otro sexo dedicadas al “alterne” -tradicionalmente las llamadas “chicas de alterne”- en establecimientos públicos, es decir, aquellas personas que obtienen compensaciones económicas por su mera presencia en el local, para darle el ambiente que se desee, para servir directamente las consumiciones utilizando ropa especial o claramente leve o, simplemente, para estimular el consumo de los productos que expende el empresario. Las formas y modalidades son seguramente mucho más ricas que las que brevemente quedan perfiladas en el párrafo anterior, pero la distinción importante sigue siendo la que sirve de frontera a las decisiones judiciales últimas sobre dos grandes grupos de relaciones, por un lado el grupo al que se adscriben las relaciones contractuales consideradas laborales y, además, legales y lícitas y, por otro, el grupo al que se adscriben las relaciones contractuales consideradas extralaborales o, simplemente, ilegales y/o ilícitas. Se quiere limitar el comentario, en todo caso, a las relaciones contractuales, es decir, al trabajo con alteridad y por cuenta ajena<sup>8</sup>. Así, queda fuera de la exposición que se realiza seguidamente la actividad que consiste en el ejercicio de la prostitución por cuenta propia, es decir, la actividad de las personas que venden sus prestaciones sexuales a clientes en un mercado libre de tales bienes y servicios, utilicen o no colaboradores o protectores con funciones de defensa de la propia actividad ni, por tanto, va a entrarse aquí en el intenso debate abierto sobre el alcance de sus derechos sociales y de todo orden, a partir de la confrontación de las opiniones que consideran la prostitución una profesión más y las opiniones que la califican como actividad incompatible con la dignidad humana<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Cfr. por todos, Luis Enrique de la Villa Gil y Manuel Carlos Palomeque López, *Introducción a la Economía del Trabajo*. Madrid (Debate), 1978, vol. I, pp. 502 y ss.; posteriormente, del primero de los autores citados, *El concepto de trabajador. En torno al art. 1.1*. En AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*. Edición especial del núm. 100 de la Revista Española de Derecho del Trabajo. Madrid (Civitas), vol. \*, pp. 37 y ss.

<sup>9</sup> En una reciente crónica aparecida en el diario El País (18 de enero de 2004, p. 31) sobre la prostitución, firmada por Patricia Ortega Dolz, se asegura que en España la ejercen más de 300.000 mujeres, con un movimiento anual de 18 mil millones de euros, que si se declarasen generaría un ingreso público en impuestos de unos 3 mil millones de euros.

## 1. El campo de las relaciones laborales válidas

Son inequívocamente relaciones laborales sujetas a los ordenamientos laboral y de seguridad social las contraídas entre empleadores y personas destinadas al "alterne" en las empresas de la titularidad de aquellos, debiendo ser favorecidas con la totalidad de los derechos laborales legales y con los beneficiarios del encuadramiento en el régimen general de la seguridad social. Porque el trabajo y la causa del contrato no son ilegales ni, en el actual momento de la sociedad española, tampoco pueden entenderse ilícitos uno y otra. Así lo han decidido recientemente algunas importantes sentencias, entre las que sobresalen las dictadas, casi al mismo tiempo, por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y de Andalucía/Sevilla.

La sentencia del *TSJ-Cataluña* es del 17 de septiembre de 2003 [Rollo de suplicación núm. 3826/03] y tiene su origen en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Granollers de 22 de noviembre de 2002 [Proced. 1229/02]. Los hechos básicos se reducen a consignar la reclamación de una trabajadora que prestaba servicios como encargada y chica de alterne en un establecimiento denominado "Club Costa Rica", en el que otras seis chicas dedicaban ocho horas diarias al alterne y una hora diaria a la prostitución, percibiendo diariamente una cantidad total media de 75 euros, 45 por el alterne y 30 por la prostitución, a través de la distribución de lo percibido por consumiciones y por actividades sexuales entre las trabajadoras y la empresa, que actúa como tal en cuanto a organización, disciplina y asunción de riesgos, hasta el punto de que frecuentemente alguno de los trayectos, sobre todo a la vuelta a altas horas de la madrugada, se hacía con medios proporcionados por el Club. Despedida la trabajadora de referencia, el juzgador *a quo* resuelve la excepción de incompetencia jurisdiccional opuesta por la empresa diferenciando la actividad de prostitución y la actividad de alterne.

En cuanto a la actividad de prostitución, razona la sentencia de instancia que no puede ser objeto de contrato de trabajo ni de relación laboral. Citando la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Vigo, de 9 de enero de 2002, cuyo alegato comparte el juzgador, afirma que ninguna tercera persona puede organizar ni dirigir la actividad sexual de una mujer porque ello atenta a los derechos fundamentales y contra la dignidad humana. El comercio sexual, se argumenta, no puede ser objeto lícito del contrato de trabajo, en la medida en que la capacidad de decidir y la libertad sexual está por encima de los poderes de dirección y de organización empresarial. La prostitución, añade, es un atentado a la dignidad humana, es una forma de explotación sexual que abusa de la situación de vulnerabilidad de la víctima, en la mayoría de los casos inmigrantes o en situación de penuria económica. Supone un tráfico humano proscrito

por la Convención Internacional adoptada por Naciones Unidas el 2 de diciembre de 1949, aparte de que el Código Civil dispone en su art. 1275 que los contratos sin causa o con causa ilícita no pueden producir ningún efecto; no cabe, por tanto, defender que a falta de contrato de trabajo el celebrado pueda ser civil o mercantil porque tal contrato sería necesariamente nulo.

En cuanto a la actividad de alterne, la sentencia recuerda que la cuestión ha sido decidida ya judicialmente, citando al respecto las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1988 y 21 de octubre de 1987, en las cuales se llega a la conclusión de que puede dar lugar a relación laboral cuando concurren las notas típicas de la misma exigidas por el art. 1 LET, al existir prestación de servicios, retribución, por cuenta ajena y bajo dependencia empresarial. Siendo un dato irrelevante el modo de la retribución -comisiones sobre los productos consumidos, habitualmente bebidas-, el poder directivo se extiende incluso a establecer la forma de vestir de las trabajadoras. Con mucho acierto añade la sentencia que la laboralidad del vínculo no sufre por el hecho de que la actividad no estuviera prevista en ninguna de las categorías profesionales de la antigua Ordenanza Laboral de Hostelería ni en el vigente Convenio Colectivo del sector, al ser estas normas de inferior rango al Estatuto de los Trabajadores. Coherentemente, habiéndose comunicado la voluntad extintiva empresarial verbalmente, el Juzgado calificó dicha voluntad extintiva como despido improcedente, con los efectos legales de rigor. Recurrida la sentencia en suplicación a nombre del Club, la Sala de Cataluña confirma aquella íntegramente en su sentencia de 17 de septiembre de 2003, con Ponencia del Ilmo. Sr. Don José César Álvarez Martínez, en la que, recordando asimismo la jurisprudencia social, con nueva cita de otras tres sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo -las de 13 de marzo de 1997, 15 de junio de 1998 y 20 de octubre de 1998- dando un particular valor a los hechos declarados probados, expresivos de una dependencia de rotunda intensidad.

La sentencia del *TSJ-Andalucía/Sevilla* es del 4 de diciembre de 2003 [Rollo de suplicación núm. 2026/03] y tiene su origen en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Córdoba. Consta probado en los hechos de esta sentencia que en el establecimiento “Eróticas Goya”, dedicado a la actividad de hostelería, prestaban servicios doce mujeres extranjeras, como camareras de alterne o captadoras de clientes, con jornada regular y retribución consistente en el 80% de las consumiciones efectuadas por los clientes -controladas por medio de la entrega de una ficha- utilizando una vestimenta específica para la realización de su actividad y disponiendo de armario o taquilla en el establecimiento empresarial para el depósito de sus ropas de calle y otras pertenencias, sin que figure probado que dichas camareras se dedicaran al ejercicio de la prostitución. Con base en actas levantadas por la Inspección de Trabajo, la Tesorería



General de la Seguridad Social procedió a dar de alta de oficio a las doce camareras, reclamando el empresario contra la calificación laboral de los vínculos ante el Juzgado de lo Social, el cual entendió que tal alta era coherente en efecto a la existencia de relación laboral entre el establecimiento y las trabajadoras. La Sala, en ponencia del Ilmo. Sr. Don Antonio Reinoso y Reino, confirma plenamente la sentencia, desechando con fundamentos jurídicos paralelos los argumentos del empleador demandante, atribuyendo irrelevancia al hecho de que la ocupación de camarera de alterne no aparezca recogida en la Clasificación Nacional de Ocupaciones del INE, porque la relación laboral no está limitada por las clasificaciones o por las aplicaciones de convenios colectivos, sino que existe cuando concurren las notas características del contrato de trabajo, es decir, voluntariedad, remuneración, ajenidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, como ocurre en el caso de autos. Recuerda la Sala el precedente de la jurisprudencia social -sentencias de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984 y 4 de febrero de 1988- y la doctrina emitida por otras Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, en concreto las sentencias de Baleares (sentencia de 28 de mayo de 1998), País Vasco (7 de abril de 1998 y 13 de noviembre de 2001) y Andalucía/Málaga (14 de julio de 2000 y 5 de octubre de 2001).

Sin embargo, la sentencia cuenta con el importante voto particular de tres magistrados de la Sala, los Ilmos. Sres. Don Santiago Romero de Gústillo, Don Alfonso Martínez Escribano y Don Benito Recuero Saldaña, favorables a entender, al valorar la totalidad de los elementos probatorios obrantes en los autos, el ejercicio de la prostitución por las camareras codemandadas. En ese caso, entendiendo la existencia de relación laboral por cumplir los requisitos del art. 1.1 LET, se considera a la vez que se trata de contratos de trabajo con objeto ilícito, lo que determina la ineficacia o nulidad de los mismos. Expone el interesante voto particular que... “tal ilicitud deriva del grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas, en concreto de sus derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal, riesgo que puede hacerse efectivo si al recurrente, dueño del local, se le reconocen las facultades y derechos derivados de la condición de empleador y, con ello, los poderes directivos y organizativos, pues supondría la posibilidad de exigir a las interesadas el cumplimiento de las tareas contratadas aún en contra de su libertad de actuación, además de favorecer, promover e inducir con ello al ejercicio de la prostitución, que se trata de calquemos con cánones éticos la actividad, así no decimos que sea inmoral o contraria a las buenas costumbres, sino de ilicitud, por contraria a la ley, de la actividad empresarial que facilita el ejercicio de la prostitución con evidente peligro de que esta sea forzada y no libre”. Es, asimismo, de la máxima importancia teórica, la solución que propone el voto particular para el caso de autos, aplicando por analogía la solución contenida en el

art. 36.3 Ley 4/2000, proyectada sobre el art. 9 LET, lo que supondría que... “los contratos de trabajo de las actrices debieran ser considerados nulos, pero sin que su invalidación afecte a los derechos derivados de la relación de servicios, incluidos los derechos de Seguridad social, con lo que procedería el alta en Seguridad social de las trabajadoras, mas quedaría abierta a estas la posibilidad de que abandonaran la actividad en cualquier momento, respetando así plenamente su libertad personal, haciendo recaer sobre el empresario todas las obligaciones sociales”.

La principal diferencia entre las dos sentencias comentadas estriba en que, reconocida la actividad múltiple en la primera -alterne y prostitución- no se reconoce sino una sola actividad en la segunda -alterne, habida cuenta que el planteamiento del voto particular no tiene efecto práctico como se sabe-. Bajo la única comparación posible entre las dos sentencias, la solución judicial es la misma, a favor de considerar que la actividad de alterne es propia para determinar el nacimiento contractual de una relación laboral si se cumplen los presupuestos sustantivos del art. 1.1 LET. Pudiendo obtenerse también la similitud entre la sentencia de Cataluña y el voto particular de la sentencia de Andalucía/Sevilla, en cuanto que en ambos se rechaza el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena.

Nada que alegar, en definitiva, sobre ambos aspectos y soluciones, que hay que considerar irreprochables desde el punto de vista jurídico. Lo que significa que la relación laboral para la facilitación de los servicios propios del alterne deriva de la celebración -escrita, verbal o tácita- de un contrato de trabajo válido que ha de producir la plenitud de sus efectos legales en el orden laboral y en el de la seguridad social, con inclusión en el régimen general del sistema. Por lo demás, si la calificación de quienes prestan estos servicios es el de camareros/as, y los servicios se prestan en el sector de la hostelería, han de aplicarse asimismo las condiciones del correspondiente convenio colectivo en la unidad de negociación de la que en cada caso se trate. Lo que no cabe es presumir la actividad de la prostitución ni entender siquiera que la actividad de alterne la implica inescindiblemente y, precisamente para evitar la confusión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha revocado resoluciones administrativas de expulsión que deducían del ejercicio de la actividad de alterne el ejercicio de la prostitución, argumentando que la actividad de alterne no puede ser reputada ilegal, ni siquiera en el caso de que dicha actividad encubra el deliberado propósito de trato carnal con el cliente, mediante precio abonado por éste, pues con independencia de la valoración ético-social que tal actividad pueda merecer, es lo cierto

que no puede ser tachada de ilegal si no concurren los elementos para tipificarla como una actividad delictiva<sup>10</sup>.

## 2. El campo de las relaciones laborales inválidas

En efecto, es inadmisibile la existencia de un contrato de trabajo válido cuando el trabajo contratado consiste en la facilitación del propio cuerpo a los clientes del empleador. Nótese que en este caso no es necesario resolver el debate sobre la dignidad o la indignidad del trabajo en sí mismo, sino que la ilicitud de la causa del contrato de trabajo deriva del hecho de que una persona consigue un lucro derivado de la explotación del propio cuerpo del trabajador. Distinción que permite hacer compatible la aceptación de la prostitución como un hecho legal y lícito, en cuanto ejercida por cuenta propia<sup>11</sup>, y el rechazo del contrato de trabajo lícito cuando su objeto consiste en el tráfico del cuerpo humano con beneficio económico para el empleador. Esta no es, sin embargo, ni una situación ni una opinión general, sosteniéndose la tesis contraria bajo los relevantes ejemplos que prestan las Leyes holandesa de 2000 y alemana de 2002<sup>12</sup>.

Por lo demás, en el derecho español vigente la cuestión se simplifica considerablemente tras la reforma del capítulo V, del título VIII, del libro II del Código Penal, dedicado a los delitos de prostitución y corrupción de menores, por medio de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (BOE. 30). Si con anterioridad a esta reforma, el art. 188.1 del Código Penal consideraba reo de delito (de proxenetismo) a todo el que determinara coactivamente, mediante engaño o abusando de una situación de necesidad o superioridad, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella<sup>13</sup> actualmente el último párrafo del precepto citado extiende el tipo

---

<sup>10</sup> Cfr. SSTs (3.ª) 28 de mayo de 1996, 24 de mayo de 1997, 20 de noviembre de 2000, 18 y 24 de octubre de 2002, 7 de abril de 2003, etc.

<sup>11</sup> Así lo entiende la importante sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de noviembre de 2001 (Asunto C-268/99), al entender que la prostitución forma parte de las actividades económicas independientes siempre que concurren determinados requisitos, principalmente el de la inexistencia de relación subordinada con un empleador o empresario.

<sup>12</sup> Cfr. Sylvia Gay, Eñaut Otazo y Marian Sanz, *¿Prostitución = Profesión? Una relación a debate*. En "Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres", 2003, núm. 13, pp. 12 y ss., con numerosos datos jurisprudenciales y de derecho comparado.

<sup>13</sup> Por cierto que este delito se ha ampliado también dado el nuevo tenor del primer párrafo del art. 188.1 después de la reforma del 2003: "El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la

penal a todo el que... *se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma*. De tal manera que, lógicamente, el ilícito penal tiñe de ilegalidad “civil” a cualquier actuación de un empresario para la explotación sexual de un trabajador, con lo que -como atinadamente señala el voto particular de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla antes citada- es innecesario entrar en la cuestión, de mayor dificultad valorativa, acerca de si esa relación de servicios o trabajo sería a la vez una relación ilícita como contraria a las buenas costumbres o a la moral.

Ante relaciones laborales de esa naturaleza, declarada que sea la indiscutible nulidad del contrato de trabajo por ilegalidad del objeto y/o ilicitud de la causa, la cuestión estriba en decidir la suerte de los trabajadores respecto de sus derechos. En tal sentido vuelve a tomar cuerpo la distinción entre los trabajadores extranjeros en situación irregular - amparados por el art. 36.3 de la Ley 4/2002- y todos los demás trabajadores, amparados exclusivamente por el art. 9.2 LET, de mucho menor ambición. Es desde luego plausible el esfuerzo que contiene el voto particular de la tantas veces citada sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 4 de diciembre de 2003, en el sentido de interpretar de modo conjunto ambos preceptos legales, utilizando de ser necesario la pauta de la analogía. Pero mucho mejor sería que, bajo la inspiración de la teoría de las relaciones laborales de hecho, se acometiera una reforma del art. 9.2 LET, en el sentido de reconocer a los trabajadores que hubieran realizado cualquier prestación para un empresario, tras la declaración de la nulidad del contrato de trabajo, la totalidad de los derechos laborales correspondientes a dicha prestación de actividad y no solo la remuneración devengada.

---

víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses” ...