

Prostitución y Derecho del Trabajo ¿auténtica relación laboral? BIB 2008\2878

Ángel Arias Domínguez. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Extremadura

Publicación: Aranzadi Social paraf. 61/2008 (Presentación).
Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2008.

SUMARIO

- 1.- Aspectos éticos de la prostitución
- 2.- La vis atractiva del derecho del trabajo
- 3.- Avances en la consideración socio-laboral del alterne y de la prostitución por cuenta propia
- 4.- La STSJ de Cataluña, de 2 de octubre de 2008
- 5.- Conclusiones

1- Aspectos éticos de la prostitución

Aunque toda norma -y por extensión, toda operación hermenéutica, también la profesoral o doctrinal- pretende reflejar una cierta eticidad, un concreto componente axiológico, se va a intentar evitar exponer las propias consideraciones morales que se tiene sobre el fenómeno aquí tratado, entre otras razones porque es únicamente el análisis desgajado de este tipo de parafernalia el que puede situar correctamente el estado de la cuestión y la proyección laboral de la prostitución. Pero, además, debe resaltarse que el tratamiento moral de la cuestión no es de los que fácilmente puedan ser llevados al ámbito de lo laboral, o de lo social en general. Ha sido particularmente el Derecho Penal quien ostenta la primacía en este tipo de cuestiones, aunque no faltan estudios desde la más estricta consideración filosófica del fenómeno ¹.

¹ Aun cuando algunas de sus páginas están teñidas de un cierto barniz ideológico-religioso un tanto trasnochado (especialmente el prólogo), la dialéctica entre las perspectivas abolicionistas y reglamentadora es sumamente fructífera en la lectura de la obra de MARCELINO ZALBA, S. J.: La prostitución ante la moral y el Derecho, Editorial Redención, Madrid, 1942, pgs. 9 y ss. Aunque abundan sobremanera las aportaciones historiográficas sobre el particular, es interesante el trabajo de Jean-Louis GUERENA: «De historia prostitutionis. La prostitución en la España contemporánea», Ayer, núm. 25, 1977, pgs. 35 y ss.

Con todo es cierto que dichos aspectos han de ser tenidos en consideración en el análisis jurídico laboral de la cuestión, esencialmente porque, como se verá seguidamente, el propio ordenamiento establece cláusulas de cierre del sistema en la contratación de servicios y en el establecimiento de obligaciones que tienen como operatividad funcional la determinación de estos conceptos.

2- La vis atractiva del derecho del trabajo

No es infrecuente, antes al contrario, que el Derecho del Trabajo, y el contrato como exponenciación natural de éste, sea el receptáculo natural en el que se envasan realidades acontractuales desde el punto de vista laboral. Llamativos y numerosos ejemplos hemos tenido: encuestadores ², repartidores dedicados al menudeo de paquetería ³, etcétera.

² CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: ¿Son los encuestadores trabajadores?, Tecnos, Col.: Jurisprudencia Práctica, núm. 110, Madrid, 1996.

³ LUJÁN ALCARAZ, J.: Repartidores y mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?, Tecnos, Col.: Jurisprudencia práctica, núm. 1, Madrid, 1990.

En todos ellos el problema fundamental consistía en determinar si concurrían los elementos naturales y constitutivos del contrato de trabajo. Era una determinación de tipo jurídico, desde unos muy bien conocidos y deslindados elementos fácticos. Pero de lo que no había duda era de que dichos elementos de hecho, dichos elementos fácticos eran plenamente legítimos desde el punto de vista laboral, no sólo desde el prisma netamente legalista del ordenamiento normativo -que también, por supuesto-, sino desde el punto de vista de la moral o las buenas costumbres que impone la sociedad.

Las importantes [SSTS de 27 de mayo de 1992 \(RJ 1992. 3678\)](#) para los encuestadores, y la de [26 de febrero de 1986 \(RJ 1986. 834\)](#) para los mensajeros, discutían, precisamente, la concurrencia de los elementos característicos de la relación laboral (esencialmente si la actividad reunía las notas de laboralidad queridas por el [art. 1 ET \[RCL 1995. 997\]](#)) pero no la adecuación de esas actividades a la moralidad imperante en la sociedad. El debate era estrictamente jurídico, y la vis atractiva hacia el derecho del trabajo se entendía como la conclusión lógica de un camino de laborización que pretendía extender las garantías socio-laborales a un grupo de trabajadores en sentido lato o amplio que, por la configuración formal de su actividad, se encontraban excluidos de este ámbito protector de manera formal.

Pero todos estos trabajadores habían concluido pactos concretos que generaban precisas y concretas obligaciones, y lo que se discutía era si dichos pactos debían disciplinarse hacia el régimen más formal y proteccionista del derecho del trabajo, o si, por el contrario, permanecía en ese nebuloso espectro del arrendamiento de servicios de orden civil que en aquellas épocas, también ahora, pretendía regresar discretamente ⁴ para buscar una vía de escape a la legislación laboral, más proteccionista que el orden civil. Huida con la que se pretende, esencialmente, construir una relación formalmente de tipo civil o mercantil para eludir, fraudulentamente, la aplicación del cuerpo normativo laboral, no obstante concurrir las características esenciales de una prestación laboral.

⁴ Es ya clásico el estudio sobre la materia de MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno al arrendamiento de servicios», en AA VV: Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea, MTSS, Madrid, 1990, pgs. 208 y ss.

Pero de lo que se trata ahora es de algo distinto. No se pretende la sustitución de unas obligaciones por otras, ni la correcta aplicación de un cuerpo laboral que se ha pretendido eludir con la imputación de la actividad a otro cuerpo normativo. Ahora se trata de algo distinto, de reconocer que una actividad de dudosa legalidad se disciplina por los cauces del derecho del trabajo, asumiendo que las actividades en las que se concreta la actividad productiva pueden ser legítimas desde el punto de vista jurídico laboral.

3- Avances en la consideración socio-laboral del alterne y de la prostitución por cuenta propia

Tres momentos normativos previos han determinado el contexto de la resolución, ciertamente un tanto radical, que ahora se comenta. Porque hasta esta sentencia ninguna otra había considerado la prostitución por cuenta ajena como prestación de servicios canalizable a través de un contrato de trabajo. Se entendía, en esencia, o bien que no existía auténtica causa para la celebración del contrato, o, simplemente, que el Código Penal prohibía este tipo de comercio, al ser ilegal en sí misma el enriquecimiento con este tipo de mercado.

El primero de ellos es la consideración laboral de los servicios de alterne. Se denominan «servicios de alterne o compañía» a aquellos supuestos en los cuales una persona, normalmente una mujer, queda vinculada con un local comprometiéndose a permanecer en el establecimiento para animar el ambiente e incitar al consumo de bebidas (generalmente alcohólicas) mediante su «atractivo sexual», obteniendo a cambio una retribución, que habitualmente consistirá en un porcentaje sobre la cuantía de las consumiciones.

Lo que ocurre, se mire como se mire, es que en estos supuestos nos encontramos ante un ejercicio encubierto de la prostitución. El planteamiento jurisprudencia de esta cuestión ha

virado sustancialmente en los últimos años. Así, el extinto TCT entendía que no podía ser objeto de contratación laboral este tipo de servicios de alterne. Se llegaba a esta conclusión no desde la negación del objeto del contrato, que, en la medida de ilícito o contrario a la moral o a las buenas costumbres, devenía en ineficaz por estar incurso en una causa de nulidad. No era que el camino interpretativo llegaba a esta conclusión, a la no existencia de vínculo laboral, amparándose en razonamientos distintos a los centrales del objeto del contrato. Entendía, así, que era la ausencia de un indicio de laboralidad: la falta de horario concreto y otras cuestiones atinentes al panorama de indicios de laboralidad los que determinaban la ausencia de laboralidad. Pero entiéndase bien, las [SSTCT de 12 de noviembre de 1982 \(RTCT 1982, 6227 \)](#), y de [28 de noviembre de 1984 \(RTCT 1984, 9020 \)](#) en ningún caso discurrían sobre la ilicitud por inmoralidad de la cuestión del alterne, cuestión que queda escorada.

El TS ha interpretado la cuestión de diferente forma, porque abiertamente ha entendido que en dicha actividad de alterne sí concurren los elementos característicos del contrato de trabajo, especialmente dependencia y retribución, asumiendo, en definitiva, que en la relación de alterne sí puede observarse la concurrencia de las notas de laboralidad queridas por el art. 1 del ET.

Así, por ejemplo la [STS de 3 de marzo de 1981 \(RJ 1981, 1301 \)](#) sobre «chica de alterne»; [STS de 25 de febrero de 1984 \(RJ 1984, 923 \)](#) sobre «bailarinas en un club de Top-Less»; [STS de 14 de mayo de 1985 \(RJ 1985, 2712 \)](#) sobre trabajo de «captación de clientes varones, mediante su atractivo sexual, al objeto de que consumieran bebidas»; y la [STS de 21 de octubre de 1987 \(RJ 1987, 7172 \)](#) sobre «camarera en club de top-less que trabajaba fuera de la barra».

En la [STS de 4 de febrero de 1988 \(RJ 1988, 571 \)](#) se discutía la competencia de la jurisdicción social y se casa y anula la de instancia que declaraba la incompetencia en base a que «la actividad de alterne no origina un contrato de trabajo», porque dicha conclusión «contraría la más reciente doctrina legal constante».

Apreciándose la cuestionada dependencia de la alternadora del empresario en la [STS de 17 de noviembre de 2004 \(RJ 2005, 858 \)](#), en la que se daban por supuesto los otros criterios de inclusión de una actividad en la molde laboral: ajenidad y retribución.

A estas resoluciones pueden añadirse otras muchas de TSJ, aproximadamente una veintena ⁵, incluso alguna de la misma Sala del Tribunal que ahora se está comentando, aunque con diferente composición personal, que consideran que, efectivamente, las actividades genéricamente denominadas de «alterne» reúnen las características esenciales de una relación laboral ⁶, deduciendo, en su caso, las oportunas consecuencias, principalmente en el orden salarial y de seguridad social.

⁵ Entre las que pueden destacarse las siguientes [SSTSJ de Galicia, de 2 de junio de 2008 \(PROV 2008, 186653 \)](#), de la [Comunidad Valenciana, de 10 de junio de 2008 \(PROV 2008, 273613 \)](#); de [Navarra, de 14 de abril de 2008 \(AS 2008, 1748 \)](#); de [Galicia, de 12 de marzo de 2008 \(AS 2008, 1243 \)](#); de [Murcia, de 29 de octubre de 2007 \(AS 2008, 673 \)](#); de [Navarra, de 6 de junio de 2007 \(AS 2007, 3631 \)](#); de [Navarra, de 30 de junio de 2005 \(AS 2005, 2015 \)](#); de [Castilla y León \(Burgos\), de 31 de marzo de 2005 \(AS 2005, 2720 \)](#); de [Castilla y León \(Burgos\), de 26 de mayo de 2005 \(AS 2005, 2344 \)](#); de [Navarra, de 29 de diciembre de 2004 \(AS 2005, 242 \)](#); de [Andalucía \(Sevilla\), de 4 de diciembre de 2003 \(AS 2003, 3638 \)](#); de [Navarra, de 15 de octubre de 2003 \(AS 2003, 4009 \)](#); del [País Vasco, de 13 de noviembre de 2001 \(AS 2002, 1237 \)](#).

⁶ En análisis de esta problemática está muy bien tratado por BENLLOCH SANZ, P.: [«La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto», AS 7/2008 \(BIB 2008, 1321 \)](#), y del mismo autor [«¿Trabajadores del sexo? en torno al carácter laboral de la actividad de "alterne"», AS 17/2003 \(BIB 2003, 1493 \)](#).

El problema de estas interpretaciones ha sido doble. En primer lugar, en ninguna de estas resoluciones ha abordado claramente la diferenciación entre alterne y prostitución, lo que evita tener que plantearse que la ilicitud de la prostitución debería conllevar a la ilicitud del alterne, y no al revés (como parece interpretar la S. ahora comentada).

En segundo lugar, no se ha planteado abiertamente la cuestión de si existe una causa contractual contraria a la moral o al orden público. Es, desde luego, una perspectiva legítima, pero poco realista porque escora el problema esencial de la cuestión.

Esta ceguera judicial, o falta de cosmovisión, ha favorecido, en segundo lugar, un asociacionismo de los empresarios de locales de alterne.

Ciertamente el polémico asunto de la asociación de hosteleros «Mesalina», que, como asociación patronal tiene entre sus objetivos: «la tenencia y/o gestión de establecimientos públicos hosteleros destinados a dispensar productos o servicios que tengan como público objetivo terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia», es bien elocuente.

Porque tanto la [SAN de 23 de diciembre de 2003 \(AS 2003, 3692 \)](#), como la posterior [STS de 27 de noviembre de 2004 \(RJ 2004, 8063 \)](#) han concedido el registro de dicha asociación patronal en el correspondiente registro de la Dirección General de Trabajo ⁷. Porque se entendió, en definitiva, que el objeto de dichos establecimientos no era la explotación de la prostitución, prohibida por el Código Penal ⁸.

⁷ Véase, la «Resolución de la Dirección General de Trabajo por la que se anuncia el depósito de los Estatutos de la "Asociación Nacional de Empresarios Mesalina"», publicada en el BOE el 31.1.2005.

⁸ Sobre el particular véase SÁNCHEZ TRIGEROS, C.: [«El Tribunal Supremo zanja el caso "Mesalina"»](#), AS, núm. 21/2004 (BIB 2005, 616) . y PACHECO ZERGA, L.: [«La aplicación del Derecho al caso "Mesalina"»](#), Repertorio de Jurisprudencia TSJ y AP, núm. 16/2004. (BIB 2004, 1829) .

Otro dato que permite una cierta permisividad en el ejercicio de la prostitución por cuenta propia es la interpretación expansiva que para supuestos analógicos pueda deducirse de la [STJCE de 20 de noviembre de 2001 \(TJCE 2001, 314 \)](#), Aldona Malgorzata Jany y otras ⁹. En este caso se asume, sin ambages, que el ejercicio de la prostitución por cuenta propia es una actividad de contenido económico incluida en la libre circulación de trabajadores, de manera tal que «La actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente, está incluida en ambos conceptos (actividad económica y libertad de circulación)».

⁹ ARGÜELLES BLANCO, A. R., y MIRANDA BOTO, J. Mª: [«Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia laboral y de Seguridad Social del año 2001»](#), AS 2/2002 (BIB 2002, 493) .

Añadiendo, expresamente, dos matices importantes. En primer lugar, «que ha quedado acreditado que la actividad de prostitución puede ejercerse sin proxenetismo alguno», y, en segundo lugar, que «Corresponde al juez nacional comprobar en cada caso, habida cuenta de las pruebas que se le presenten, si se reúnen las condiciones que permiten considerar que la prostitución se ejerce de manera independiente, a saber: - sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución; - bajo responsabilidad propia, y - a cambio de una remuneración que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce».

La solución se proyecta sobre la eficacia y operatividad de la libertad de circulación comunitaria, pero no deja de ser interesante para perfilar los límites que a dicha movilidad se establecen en el ordenamiento comunitario, especialmente en países que no penalizan aspectos intransitivos de la prostitución.

Recientemente se ha dictado una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que asume sin problema que el ejercicio de la prostitución por cuenta propia, es decir, sin establecer vínculos de subordinación ni laboralidad con ninguna otra persona o entidad sí puede ser realizada sin infringir ningún dato normativo. Ello sitúa la cuestión de nuevo sobre los confines de la moralidad del objeto con el que se trafica jurídicamente, y, sobre el alcance de la dignidad en el trabajo, en cualquier trabajo.

En este contexto debemos citar la Proposición no de Ley relativa a la regularización de la

prostitución (162/000035) planteada por el Grupo Mixto. Como bien se razona en la propuesta, la proposición únicamente tiene el «objetivo de que las personas que se dedican voluntariamente a esta actividad sean tratadas legalmente como tales y dispongan, por tanto, de todos los derechos sociales y asistenciales comunes a toda la población», pues hasta el momento los esfuerzos legislativos se han centrado en castigar la explotación sexual, y, aunque tímidamente, en proyectar programas asistenciales de carácter sanitario.

Este panorama plantea el debate sobre si la eficacia de la protección penal actual alcanza al ejercicio de la prostitución por cuenta propia, y, en general, sobre si ello puede dar lugar a una auténtica relación laboral por cuenta propia.

Aunque no se niega que el ejercicio libre de una actividad no prohibida pueda no ser penalmente perseguible, «no por eso se da el paso de reconocerla como una actividad legítima como cualquier otra.../... las consecuencias son fácilmente imaginables: van desde la imposibilidad de acceder como trabajadores a los sistemas públicos de salud y jubilación hasta la desprotección frente a cualquier abuso.../... de los clientes»¹⁰.

¹⁰ QUINTERO OLIVARES, G.: «Belle de jour, y la libre opción de la prostitución», en AA VV (Coord.: ORTS BERENGUER, E.: Prostitución y derecho en el cine, Tirant Lo Blanch), Valencia, 2003, pg. 124.

Dos límites adicionales deben observarse en este caso. En primer lugar, que la dignidad del ejercicio de la actividad laboral en sentido amplio abarca también a la actividad autónoma (SEMPERE NAVARRO) lo que vuelve a centrar el debate sobre los aspectos que la sentencia que comentamos ha pretendido eludir: la licitud del objeto de la actividad laboral en relación con la moral y el orden público. Y, en segundo lugar, que difícilmente podrá darse de alta en el Reta un trabajador de este género.

4- La STSJ de Cataluña, de 2 de octubre de 2008

Los hechos no son problemáticos. En el curso de un expediente sancionador de la inspección de trabajo en materia de extranjería, y como presupuestos de actuación, la Inspección insta un procedimiento de oficio con el objeto de certificar si existe o no relación laboral entre veintidós personas con una empresa llamada dos más tres cinco dedicada a la explotación del alterne.

El Juzgado de lo Social núm. 2 de Tarragona, en sentencia de 20 de julio de 2007, considera que la relación de dos de estas veintidós personas (camarero y limpiadora) son plenamente laboral, pero no considera que exista vínculo laboral en los demás veinte casos. Éstos son los problemáticos, y por los que se recurre.

Se impugna dicha sentencia ante el TSJ en suplicación y la Sala dicta la sentencia objeto de comentario en la que estima el recurso, declarándose que también existe relación laboral entre el empresario y las otras 20 personas, todas ellas chicas dedicadas al ejercicio del «alterne» y la prostitución.

Los hechos enjuiciados son determinantes de una típica y clara relación de alterne, con el matiz de que las ejercientes de la prostitución pagaban a la empresa un determinado alquiler por la habitación.

Se impugna la sentencia de instancia por no «apreciar relación laboral entre la empresa y las personas de las que la sentencia afirma que su actividad consistía en dedicarse a la prostitución en el local propiedad de la empresa».

El argumento del JS para considerar que no hay relación laboral es entender que la actividad de alterne es netamente marginal y dependiente de la actividad de prostitución que constituía la finalidad principal del negocio jurídico, que entiende ilegal, impidiendo la consideración laboral de la situación.

Y es contra esta interpretación contra la que se alza la Sentencia TSJ. Entendiendo, como

la de instancia, que la actividad de acompañamiento o de alterne es marginal respecto de la prostitución, que es la principal, declara probada la existencia de indicios de laboralidad: subordinación, dependencia y retribución, subrayando la imposibilidad que tiene las mujeres de aceptar o no una determinada relación, así como el sometimiento en todo momento a las indicaciones y normas establecidas en el club.

Afirma sin ambages que algunas de ellas, además de la típica relación de alterne, mantenían relaciones sexuales con los clientes a cambio de una retribución, y eran ellos o bien las propias prostitutas, quienes pagaban un tanto al local.

La sentencia observa que esta circunstancia «de ninguna manera» puede viciar la actividad de alterne, a partir de la cual se puede establecer la relación laboral, porque ello supondría «añadir a la indeseable explotación del propio cuerpo, contraria a la dignidad de la persona.../... la inhibición de las normas de protección laboral de personas que llevaban a cabo de forma clara y diáfana una actividad de prestación lícita de servicios», como es la de «alterne».

La sentencia deplora que las chicas («extranjeras sin permiso de trabajo ni de residencia, alguna de ellas del todo indocumentada y muchas de edad muy joven») rindieran «incomprensibles beneficios» a quienes «consiguen sus ganancias con costes muy inferiores a los que tendrían si observaran la normativa laboral, fiscal y de seguro social».

La resolución indica, además, que las prostitutas tienen muchas veces «limitada su libertad real por situaciones sociales y culturales extremas», y entiende que la prestación de sus servicios no puede mantenerse al margen de sus consecuencias en el ámbito social y fiscal, lo cual, afirma, «situaría a los trabajadores prostituidos absolutamente fuera de la protección del sistema social y por lo tanto en una situación de mayor desventaja».

Reconoce, en definitiva, la relación laboral de la empresa también con todas estas trabajadoras. Es cierto que este pronunciamiento se realiza en el marco de un proceso de oficio, de cognición limitada y consecuencias tasadas, pero no lo es menos que esta consecuencia, como tal, no se había producido antes.

5- Conclusiones

Llama la atención la falta de recapitulaciones de tipo jurídico que se producen en la Sentencia objeto de comentario. Ni un solo fundamento jurídico es empleado, más allá de la mención, prácticamente ritual al [art. 1 ET \(RCL 1995. 997 \)](#), con la contundencia que sería deseable en una resolución como ésta, ciertamente llamativa.

A mi juicio, el TSJ no ha realizado una correcta interpretación hermenéutica de dos exigencias normativas, que quizá sí operen en la resolución de un eventual recurso de casación por Unificación de Doctrina.

En primer lugar, sobre la diferencia entre la actividad del «alterne» como lícita, y la «prostitución», porque se asume, con la sentencia de instancia, que ambas son particulares manifestaciones del mismo fenómeno. De tal suerte que no se comprende bien cómo se puede considerar una parte del contrato válida, la del alterne, cuando existen serias dudas sobre si la otra, prostitución es válida o no en términos laborales. Es decir, si las actividades entre sí están conectadas, no se puede presumir que la licitud de una: alterne legaliza la otra: prostitución. Para proceder de esta manera, debería haberse discurrido sobre la no ilicitud de la prostitución propiamente dicha, pero entender que la conexión de una actividad con otra no propaga los efectos anulatorios de una a otra es excesivo.

En definitiva, que parece razonable, en segundo lugar, que en una resolución con esta trascendencia se hubiese discurrido, aunque hubiese sido para negarla, sobre la operatividad de los límites que la legalidad, el orden público y la moral juegan en la contratación privada de servicios profesionales. Porque estas exigencias no son decorativas del contrato de trabajo, sino totalmente eficaces para el análisis de su objeto. Todo ello sin ahondar en la

ausencia de consentimiento del prestado por las mujeres explotadas para dedicarse a ese oficio, que es mucho dejar pasar.

Con todo, es cierto que la Sala 4ª del TS cuando se ha enfrentado a este tipo de problemática jurídica ha escorado también la cuestión, dicho sea de paso.

Dos defectos de contenido técnico se detectan a mi juicio en la resolución:

En primer lugar, que la sentencia se conduce como si se tratase de una Sala de lo Penal, pasando de puntillas sobre la real concurrencia de los requisitos de laboralidad exigibles para la existencia de una auténtica relación laboral, sin una concreta exégesis de la cuestión, en definitiva. Y si en una dialéctica interpretativa penal conducirse de esta manera parece razonable, para no despenalizar las conductas proscritas por el CP, en laboral la resolución de un proceso de oficio en el que se debatía expresamente esta cuestión hubiera necesitado más carga argumentativa.

Propone, en segundo lugar, una interpretación de la normativa laboral de un buenísimo angelical digno de mejor causa. Asume, con una naturalidad pasmosa, que la mejor técnica de protección del problema social tratado es la consideración laboral de la prostitución, con el consiguiente apuntalamiento de negocios jurídicos con causa torpe¹¹, huyendo, en definitiva, de la búsqueda de otras soluciones técnicamente impecables, ejemplarmente dos: - La aplicación del sistema indemnizatorio de orden civil, de posible entidad económica superior que la tasada de orden social; y - La persecución Penal de la prostitución, al menos en los aspectos de ejercicio por cuenta ajena, con la consiguiente indemnización de orden civil que pudiera llevar aparejada.

¹¹ Así, MONTOYA MELGAR, A.: [«El ámbito personal del derecho del trabajo: tendencias actuales»](#), AS3/2006 (BIB 2006, 636).

Téngase en cuenta, por último, que la solución que idea el [art. 9.2](#) ET, proteccionista del trabajador que se ve incurso en un contrato con causa nula: percepción del salario puede extenderse en este tipo de supuestos, como de hecho ha ocurrido en alguna ocasión, sin necesidad de afirmar la existencia de un contrato de trabajo.

Cierto es que este tipo de argumentación puede realizarse más fácilmente en otro tipo de proceso distinto al de oficio, de limitado objeto, pero no lo es menos que el argumentario jurídico empleado por la sentencia es pobre. Veremos qué ocurren en el recurso de casación para la unificación de doctrina, si es que éste se formaliza.

Lo que sí parece claro es que el tribunal ha eludido pronunciarse sobre la efectividad de los límites éticos y morales a la contratación privada de servicios. Éstos vienen impuestos, también para lo laboral, por los [arts. 1255](#), [1271](#) y [1275](#) del CC¹². Obviamente, estos límites no tienen una función decorativa del contrato, sino auténticamente constitutiva del mismo, formando parte indisoluble de él.

¹² El [art. 1255](#) prevé que «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público». El párrafo tercero del [art. 1271 CC \(LEG 1889, 27\)](#) dispone que «Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres». El [art. 1275](#) prevé que «Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral».

Del tenor literal de ellos se deduce que la libertad de contratación de servicio entre las partes es plena siempre y cuando el objeto de contratación pactado sea lícito. Entendiendo que la causa del contrato es ilícita cuando se opone, o bien a la Ley (o el orden público), o bien a la moral o buenas costumbres, conceptos estos dos últimos que, a estos efectos de límite a la contratación, deben entenderse como sinónimos.

Dejando a un lado los límites que impone la abierta ilegalidad, o contrariedad del orden público (seguramente constitucional), es claro que «el límite de la moralidad depende de las concepciones sociales imperantes en cada momento, y es difícil que encuentre aplicación independiente hoy en día (más allá de la propia ilicitud), salvo supuestos excepcionales»¹³.

éstas, desde luego, han cambiado considerablemente desde la promulgación del Código Civil.

13 BERCOVITZ ÁLVAREZ, G.: «Art. 1271», en AA VV (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [Coord.]): Comentarios al código civil, Aranzadi, Madrid, 2001, pg. 1483.

El debate está, más que nunca, sobre el tablero, y serán los poderes públicos quienes deban tomar partido y adoptar algún tipo de solución al problema, principalmente en orden a dar cobertura social a las personas que se dedican a este tipo de actividad. Lo que se duda es si este objetivo debe conducirse mediante la laboralización de este tipo de actividad, y si no sería más adecuado abordar su problemática desde otro tipo de ámbitos de actuación social. En el fondo se trata de reconocer que el derecho del trabajo no es la panacea de la solución de estos problemas.