

Genís Pallarès Llop

**LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SEXUALES: ¿RELACIÓN JURÍDICA
LABORAL?**

TRABAJO FIN DE GRADO

dirigido per la Dra. Neus Ciscart Beà

Grado de Relaciones Laborales y Empleo



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

Tarragona

2014

*Aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo,
eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno,
esto es, dignidad (Immanuel Kant, 1783).*

ÍNDICE

RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	6
I. INTRODUCCIÓN	9
I.I. JUSTIFICACIÓN	9
I.II. METODOLOGÍA	12
I.III. OBJETIVOS	15
CAPÍTULO I. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RELACIÓN LABORAL.....	16
1. LAS NOTAS DELIMITADORAS DE LA RELACIÓN JURÍDICA LABORAL	16
1.1. TRABAJO PERSONAL	16
1.2. VOLUNTARIEDAD	18
1.3. REMUNERACIÓN.....	19
1.4. AJENIDAD	20
1.5. DEPENDENCIA.....	21
2. LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO	24
2.1. CONSENTIMIENTO.....	25
2.2. OBJETO	26
2.3. CAUSA	27
3. LA CAPACIDAD PARA SER SUJETO DE UN CONTRATO DE TRABAJO.....	29
3.1. SUPUESTOS DE CAPACIDAD PLENA	30
3.2. SUPUESTOS DE CAPACIDAD LIMITADA	31
3.3. INCAPACIDAD DEL TRABAJADOR	31
3.4. CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS	32
CAPÍTULO II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES Y EN EL DESARROLLO DE LA PROPIA VIDA	35
1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA	35
1.1. LIBERTAD DE TRABAJO.....	35
1.2. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA.....	37
1.3. INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL	39
2. LA TRATA DE PERSONAS COMO PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	40
2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL	41
2.2. MEDIDAS PREVENTIVAS PARA LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL	46
3. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE LA PROSTITUCIÓN FORZADA Y VOLUNTARIA.....	53

3.1. EL TRATADO LAKE SUCCESS COMO PARADIGMA DEL ABOLICIONISMO INTERNACIONAL	54
3.2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA	56
CAPÍTULO III. APROXIMACIÓN A LA LABORALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SEXUALES	61
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	61
2. EL DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE ACTIVIDAD DE ALTERNE Y PROSTITUCIÓN	64
2.1. ESTUDIO DE LA LABORALIDAD DE LA ACTIVIDAD DE ALTERNE	64
2.2. ANÁLISIS DE LA LABORALIDAD DEL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN POR CUENTA AJENA	74
CAPÍTULO IV. LAS INTERPRETACIONES DE LOS TRIBUNALES EN LA CALIFICACIÓN TÉCNICA DE LAS ACTIVIDADES DE ALTERNE Y PROSTITUCIÓN	87
1. LA POLÉMICA ENTORNO A LA CONSIDERACIÓN LABORAL DE LA ACTIVIDAD DE ALTERNE	87
1.1. LA INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE DEPENDENCIA	88
1.2. LA ARTIFICIAL DISTINCIÓN ENTRE ACTIVIDAD DE ALTERNE Y PROSTITUCIÓN	90
2. AVANCES EN LA CALIFICACIÓN TÉCNICA DE LA ACTIVIDAD DE PROSTITUCIÓN	92
2.1. EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN COMO DERECHO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN	92
2.2. LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA COMO ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA. UNA APROXIMACIÓN AL CASO MESALINA.....	95
CAPÍTULO V. CONSIDERACIONES FINALES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	106
I. MONOGRAFÍA	106
II. ARTÍCULOS DOCTRINALES	106
III. WEBGRAFIA Y BASES DE DATOS UTILIZADAS	107
ANEXO I. RELACIÓN DE SENTENCIAS UTILIZADAS	108
I. SENTENCIAS DEL TJCE	109
II. SENTENCIAS DEL TC	109
III. SENTENCIAS DEL TS	109
IV. SENTENCIAS DE LA AN.....	110
V. SENTENCIAS DEL TSJ.....	110
VI. SENTENCIAS DEL TCT	112
VII. SENTENCIAS DE LA AP	112

VIII. SENTENCIAS DEL JS 113

RELACIÓN DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

AN.....	Audiencia Nacional
ANELA.....	Asociación Nacional de Empresarios de los Locales de Alterne
AP.....	Audiencia Provincial
Art/s.....	Artículo/s
ASNEM.....	Asociación Nacional de Empresarios Mesalina
CC.....	Código Civil
CCE....	Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos
CDFUE.....	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE.....	Constitución Española
CEDAW.....	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
CP.....	Código Penal
DGT.....	Dirección General de Trabajo
DMESN.....	Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil
DRAE.....	Diccionario de la Real Academia Española
ET.....	Estatuto de los Trabajadores
FCJ.....	Facultad de Ciencias Jurídicas
F.J.....	Fundamento jurídico
JS.....	Juzgado de lo Social

LOEX.....	Ley Orgánica de Extranjería
ONU.....	Organización Naciones Unidas
PP.....	Protocolo de Palermo
PTIM.....	Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire
RDEEE.....	Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembro de la Unión Europea y de otros estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo
RETA.....	Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos
SAN.....	Sentencia de la Audiencia Nacional
SAP.....	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJS.....	Sentencia del juzgado de lo Social
Ss.....	Siguientes
SS.....	Sistema de Seguridad Social
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ.....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC.....	Tribunal Constitucional
TCT.....	Tribunal Central de Trabajo
TFG.....	Trabajo de Fin de Grado
TJCE.....	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJH.....	Tribunal de Justicia Holandés

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SEXUALES: ¿RELACIÓN JURÍDICA LABORAL?

TLS.....Tratado Lake Success

TS.....Tribunal Supremo

TSJ.....Tribunal Superior de Justicia

UE.....Unión Europea

URV.....Universidad Rovira y Virgili

I. INTRODUCCIÓN

Atendiendo a la guía normativa establecida para la realización del Trabajo Fin de Grado (en adelante TFG), por parte de la Facultad de Ciencias Jurídicas (en adelante FCJ) de la Universidad Rovira y Virgili (en adelante URV), consideramos necesario ya desde un principio estarnos a lo dispuesto en esta por lo que se refiere a las normas formales y estructurales en que se debe regir dicho trabajo.

A tales efectos, cabe referirse en primer lugar a la justificación de la realización del TFG, la que comprenderá tanto el razonamiento de la realización del mismo como del tema concreto estudiado. En segundo lugar, se requiere la explicación de la metodología empleada para el desarrollo del trabajo, analizando así en dicho apartado las fuentes de conocimiento jurídico a utilizar y la estructura que este va a presentar. Y en una última instancia, se van a clarificar los objetivos perseguidos en la realización del TFG.

I.I. JUSTIFICACIÓN

Una de las exigencias para culminar el Grado de Relaciones Laborales y Empleo es la realización del TFG, con el fin de profundizar en un tema concreto, que se halle dentro de un área temática determinada, en donde se reflejan parte de los conocimientos adquiridos durante el Grado. Para ello, la FCJ oferta una serie de ramas y disciplinas diversas, de las que se han realizado durante el Grado, las cuales el estudiante deberá ordenar por su preferencia.

En este caso, el conocimiento escogido es el Derecho Laboral Individual, esto es en definitiva, las relaciones laborales entre empleador y empresario, es decir por cuenta ajena, por lo que ya se señala ahora que no se va a estudiar en absoluto el trabajo autónomo pese a que puede que se haga alguna breve referencia de este al respecto. Esta disciplina, fue de hecho la primera de las opciones escogida cuando se procedió a numerar por afinidad las distintas materias ofertadas por la FCJ. El motivo de ello radica principalmente en la consideración, al menos a nivel personal, de pilar básico a causa de la relevancia e importancia de las competencias que se asumen en este, pues el propio futuro profesional perseguido es el ámbito jurídico-laboral, no el de la gestión empresarial o de recursos humanos.

Por otra parte, en atención a la guía normativa a la que nos estamos remitiendo para la realización del presente trabajo, el alumno debe concretar un objeto de estudio determinado que esté directamente vinculado con la disciplina escogida, lo que en este caso será el análisis de la situación jurídico-laboral de quienes ofrecen servicios sexuales a otros a cambio de una retribución, es decir de los trabajadores/as sexuales.

La elección de este objeto de estudio, radica principalmente en la propia curiosidad intelectual para profundizar en un tema que debe considerarse uno de los mayores tabúes de las relaciones laborales. Y todo ello en base a una serie de razones:

- 1) Por un lado, como han venido demostrando varios antecedentes de hecho de algunas sentencias, en numerosas ocasiones se ejerce la actividad de alterne y prostitución conjuntamente¹, considerándose laboral la actividad de alterne, mientras que la de prostitución se niega por su carácter ilícito². Con ello, surgió el planteamiento a nivel personal acerca de esta actividad, pues la cuestión planteada era: ¿por qué motivo tiene un carácter ilícito la prostitución?
- 2) Por otra parte, al tratarse de una actividad que en muchas ocasiones está conexas a lacras como la explotación de personas, o mafias sin escrúpulos que trafican con seres humanos, en la mayoría de los casos inmigrantes, mujeres y niños/as³, surgió también gran interés entorno a estos fenómenos totalmente atentatorios a la libertad, la dignidad, y en definitiva a los derechos humanos. Todo esto ha supuesto la creación de medidas legislativas para evitar tales males, por parte de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) que han sido

¹ STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 antecedente de hecho primero (AS 2008\673); STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008 antecedente de hecho cuarto (AS 2008\1748); STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2008 antecedente de hecho segundo (AS 2008\2392); STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2008 antecedente de hecho segundo (AS 2008\1243); STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 antecedente de hecho segundo (AS 2008\2004).

² Lousada Arochena, José Fernando. *Prostitución y Trabajo: La Legislación Española*. Madrid: AFESIP. Congreso Internacional Explotación Sexual y tráfico de mujeres, 2005. Pp. 6 y ss. Fecha de consulta: 06/05/2014, en: http://webs.uvigo.es/pmayobre/pop/archi/profesorado/teresa_conde/prostitucion.pdf.

³ Biblioteca de la FCJ de la URV. *La prostitución: claves básicas para reflexionar sobre un problema*. 1a ed., España, 2005. Pp. 117 y ss. Fecha de consulta: 06/05/2014, en: http://cataleg.urv.cat:2082/search~S13*spl?/aAPRAMP/aapramp/-3%2C-1%2C0%2CB/webaddress0.

ratificadas por España⁴, así como también por gran parte de normativa internacional de la Unión Europea (en adelante UE)⁵. Y es que se ha considerado necesario adoptar cuantas medidas sean necesarias para evitar estas situaciones atentatorias a los derechos humanos, ya que, entre otros derechos fundamentales se vulneran la libertad de elección de trabajo y oficio, o la prohibición de ser sometido a torturas, tratos inhumanos o degradantes, los que se hallan regulados en los arts. 5 y 4 respectivamente, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE). Ante esto, surgió el planteamiento a nivel personal de si siempre debe considerarse la prostitución contraria a derechos como tales.

- 3) Con ello se pudo comprender el motivo por el cual ha venido considerándose la prostitución como una actividad ilícita, si bien no toda al menos la que reúne las características de ser una explotación y vulneración de los derechos fundamentales, por lo que parece obvio que deba castigarse a quien realiza tales violaciones. Sin embargo, el problema reside en que no ha existido una gran diferenciación entre si debe castigarse únicamente esta explotación, como atentado a los derechos fundamentales que es, o bien debe perseguirse toda forma de lucro del comercio sexual⁶. Y es que en este sentido el art. 188.1 del Código Penal (en adelante CP), ha supuesto confusiones acerca de si debe castigarse toda forma de lucro o bien solo debe penalizarse la explotación.
- 4) Asimismo, al ser el art. 188.1 CP de tanta complejidad, esto ha supuesto una difícil distinción entre que debe penalizarse, si las explotaciones o bien toda

⁴ Recomendación 2000/581/CE: de 15 de septiembre. *Ratificación del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 17 junio 1999, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación.* (LCEur 2000\2475).

⁵ Directiva 2011/93/UE: de 13 de diciembre. *Relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI (LCEur 2004\136), del Consejo.* (LCEur 2011\2147).

Decisión 2007/779/CE: de 20 de junio. *Establece, para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general «Derechos fundamentales y justicia.* (LCEur 2007\1147).

⁶ González del Río, José María. *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo.* Granada: Ed. Comares. 2013. Pp. 53 y ss.

forma de prostitución pese a que en la misma exista una voluntariedad⁷. Todo ello ha favorecido un asociacionismo entre los empresarios de los locales de alterne, esta es la Asociación Nacional de los Empresarios de los Locales de Alterne (en adelante ANELA), en la medida que en ellos se ha ejercido la prostitución por cuenta propia no siendo considerada esta actividad como ilegal⁸.

- 5) Por otra parte, surgió también el planteamiento, acerca de la propia actividad de alterne. En este sentido me resulta difícil comprender, que si la actividad de prostitución no se considera como laboral por su carácter ilícito, la actividad de alterne tenga reconocido dicho carácter, puesto que ambas se ejercen conjuntamente.

Toda esta serie de motivos, han supuesto un planteamiento general de la cuestión, acerca de ¿cómo debe entenderse la situación de los trabajadores del sexo en España, como legal o ilegal? Y en el primer caso, ¿tiene encaje dentro del ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo o está excluida de este? Todo esto, en definitiva ha suscitado mi interés para profundizar en el estudio de este colectivo y su situación jurídica laboral, lo cual justifica la realización del TFG acerca de este tema.

I.II. METODOLOGÍA

A continuación conviene reseñar la metodología llevada a cabo para la realización del TFG. A tales efectos, cabe considerar que este objeto de estudio tiene una naturaleza de carácter jurídico, de lo que se deriva tomar en consideración el marco normativo y jurisprudencial necesario, para llevar a cabo el análisis del modo más óptimo posible.

Cabe tener en cuenta que de las citadas fuentes de conocimiento jurídico, en un primer lugar, se ha procedido a realizar el estudio normativo, y seguidamente se ha hecho un análisis jurisprudencial, con el fin de lograr una comprensión acerca de la temática analizada, pues de lo contrario, es decir de haber empezado el análisis por la jurisprudencia, este estudio carecería de sentido, puesto que los Tribunales aplican la

⁷ Blanco Lozano, Carlos. *El Nuevo Derecho Penal Sexual Español tras las Reformas de 2003*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5/2005. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2005. Pp. 3 y ss.

⁸ SAN de 23 de diciembre de 2003 FJ quinto (AS 2003\3692).

norma y no legislan, por lo que es indispensable ser conocedor de la normativa con carácter previo a realizar el análisis de lo interpretado por la jurisdicción.

En todo caso, las fuentes de conocimiento jurídico utilizadas, son tanto internas como internacionales, pues en lo que se refiere a las primeras de estas, resultan necesarias por cuanto resulta indispensable, conocer lo establecido por la normativa interna, para que una relación tenga el carácter de laboral o que debe entenderse por ilícito, así como también las interpretaciones que han realizado los Tribunales cuando han establecido que la actividad de prostitución tiene un carácter ilícito y consecuentemente no puede tener la consideración de laboral. En cuanto a la normativa internacional, resulta ser necesaria en la medida que en la mayoría de casos, la actividad de prostitución ha supuesto explotación y tráfico de personas, lo que ha conllevado una vulneración de los derechos fundamentales de estas personas, por lo que cabe tener en cuenta lo adoptado por la UE a la hora de prevenir tales lacras, lo que se puede reflejar mediante Acuerdos Marco y Tratados Internacionales, entre muchos otros⁹.

A su vez, durante el desarrollo de este trabajo se van a indicar las referencias y las fuentes de conocimiento jurídico utilizadas, pues de este modo la normativa para la realización de este TFG nos remite a los requisitos exigidos en el Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación de la URV, en lo que se refiere a las alusiones, a cuyos efectos se deberán indicar tanto mediante notas a pie de página, como en la propia bibliografía en la finalización del trabajo. Asimismo, cabe señalar ya desde un principio, que todas las fuentes normativas y jurisprudenciales son extraídas de la base de datos “Aranzadi- Westlaw Social”, así que al citar a pie de página cualquier sentencia se va a indicar el órgano que la dictó, el territorio, la fecha, el FJ y la referencia que debe introducirse en esta base de datos para poderla consultar.

Por otra parte, con el fin de realizar una exposición clara y ordenada del estudio efectuado, se ha dividido el contenido en cuatro capítulos:

- 1) En el primer capítulo se ha realizado un análisis de la configuración legal de toda relación laboral, de modo que consistirá en la explicación de las exigencias legales que debe reunir una relación de prestación de servicios, para que pueda

⁹ A título de ejemplo: Resolución de Ginebra: de 1999. *Sobre el tráfico, la prostitución y la industria sexual en el mundo.*

presumirse en ella un carácter laboral. Ante esto ya quedará claro desde un principio, cuando nuestro ordenamiento jurídico permite calificar una relación como tal, circunstancia que nos va a permitir entender la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales en el ordenamiento laboral.

- 2) En el segundo capítulo, se va a realizar el análisis de una serie de derechos fundamentales e inherentes a la persona, pues estos son especialmente vulnerables en el ejercicio de este trabajo sexual, pues como se ha dicho antes, esta actividad suele ir acompañada de tráfico y explotación de personas, especialmente inmigrantes, mujeres y niñas. Es por ello, que tras haberse realizado dicha descripción, se va a proceder a analizar los fenómenos del tráfico y explotación de personas, haciendo especial hincapié en los colectivos más vulnerables. De este modo, se indicará lo previsto por la normativa internacional y las medidas llevadas a cabo para combatir tales males. Con ello, se va realizar también un análisis de la normativa interna española, por cuanto esta ha tipificado las conductas de explotación y tráfico de personas. Todo ello, nos va a permitir así, entender cómo se debe considerar la situación legal de quienes ejercen la prostitución y de quienes se lucran de ella, tanto cuando esta conlleva las lacras descritas como cuando no las comporta.
- 3) En el tercer capítulo, se va a proceder a analizar la posibilidad de encaje en el Derecho del Trabajo, de las actividades de alterne y prostitución, pues en la medida que los dos primeros capítulos habrán establecido exigencias legales, ahora se tratará de averiguar el motivo por el cual la actividad de alterne puede ser laboral mientras que la de prostitución no. A tales efectos, claro está que la cuestión se centrará principalmente en la licitud así como también en el consentimiento de las partes, del mismo modo que también será necesario tener en consideración las notas de laboralidad, recogidas en el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) y los requisitos esenciales del contrato de trabajo establecidos en el Código Civil (en adelante CC).
- 4) En el cuarto capítulo, tras haberse realizado este análisis de laboralidad de actividades de alterne y prostitución, se va a tener en cuenta las dificultades en la distinción entre estas dos que se ha producido en los Tribunales. De este modo, se van a establecer los avances que se han producido en ambas actividades en la hora de su calificación técnica, con lo que se podrá determinar las controversias en la consideración laboral de la actividad de alterne, así como también la

posibilidad de los trabajadores del sexo de tener un reconocimiento jurídico a través del trabajo autónomo, siendo éste último uno de los fenómenos más pioneros en el ámbito del Derecho Laboral.

- 5) En una última instancia se va a proceder a realizar las conclusiones pertinentes, que en definitiva serán la muestra de la opinión personal al respecto, tras haber efectuado el estudio jurídico pertinente.
- 6) Asimismo, conviene reseñar también que tras las conclusiones también estará la bibliografía donde se podrá consultar toda la información tenida en cuenta para la realización de este TFG.

I.III. OBJETIVOS

Por último, siguiendo el orden formal exigido por la normativa del TFG, cabe indicar los objetivos perseguidos en la realización de este trabajo. En este caso cabe considerar los siguientes:

- 1) En un primer lugar profundizar en el estudio jurídico-laboral de quienes ofrecen esta prestación de servicios sexuales, con el fin de delimitar su inclusión o no en el ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo.
- 2) También se pretende entender la razón jurídica que sirve para excluir la prostitución de la consideración de relación jurídica laboral, y por contra reconocedora en la actividad de alterne, aun cuando se ejercen ambas conjuntamente, por la misma persona y en el mismo local.
- 3) En una última instancia, también se pretende abordar tangencialmente, sin entrar con una gran profundidad por su gran complejidad, y por no tratarse del objeto de este trabajo, ya que por extensión sería para el desarrollo de otro, si una posible legalización supondría un aumento de la explotación y el tráfico de personas, o bien serviría para evitar esa problemática surgida en gran cantidad de ocasiones.

CAPÍTULO I. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA RELACIÓN LABORAL

1. LAS NOTAS DELIMITADORAS DE LA RELACIÓN JURÍDICA LABORAL

Las notas que establecen el ámbito objetivo de las relaciones laborales vienen delimitadas en el ET, concretamente en su art. 1.1, en la medida que a tenor literal de lo establecido en este: “*la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”. Así pues, el redactado legal aplica ya desde un principio un ámbito objetivo por extensión, que si bien es el trabajo no lo es todo, sino que se trata de aquel que esté provisto de unas determinadas características: un trabajo personal, llevado a cabo por cuenta ajena, dependiente, retribuido y realizado de forma voluntaria.

En definitiva, el cumplimiento de estas notas es una condición *sine qua non*, en el sentido de que resultan de obligado cumplimiento para que una relación entre dos partes pueda tener la consideración de laboral, de modo que la falta de cumplimiento de uno de estos requisitos supondría la imposibilidad de encaje de un determinado vínculo bilateral en el ordenamiento laboral, por lo que existen multitud de casos en determinadas actividades quedan encuadradas en el ámbito mercantil o civil, a causa de la falta de cumplimiento de estos¹⁰. Pero en todo caso, conviene dar una explicación de cada una de estas notas, con el fin de lograr un entendimiento de las mismas.

1.1. TRABAJO PERSONAL

El contrato de trabajo es celebrado *intuitu personae*, esto es de modo que el trabajador ha de ser una persona física, no una persona jurídica. Y esta persona física es quien ha formalizado el contrato de trabajo, de modo que el carácter personal de la prestación de servicios recae sobre ella, lo que supone en definitiva que no estará facultada para designar libremente un sustituto sin la aprobación del empleador¹¹.

¹⁰ STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2012 FJ tercero (AS 2012\1414); STSJ de Castilla y León de 12 diciembre de 2012 FJ cuarto (JUR 2013\3829); STSJ de Cataluña de 4 febrero de 2010 FJ único (JUR 2010\157790); STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2012 FJ tercero (AS 2012\495), STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2006 FJ segundo (AS 2006\967).

¹¹ García Testal, Elena. *Personal de limpieza y contrato de trabajo*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 15/2000. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2000. P. 3.

Este concepto puede parecer obvio en un principio, pero existen casos en que dicha nota de laboralidad ha sido vulnerada, tales como en las prestaciones de servicios del personal de limpieza en comunidades de propietarios, que en ciertos supuestos la prestación de servicios ha sido realizada por familiares o amistades del trabajador. Así es como ha ocurrido en determinadas ocasiones, en las que a causa de una situación de enfermedad del trabajador u otras circunstancias que le impiden la asistencia en su puesto de trabajo, éste se ha buscado un sustituto, lo que supondría en un principio la vulneración de la nota de personalidad en los servicios prestados. Ante esto, han existido resoluciones judiciales que se han pronunciado al respeto estableciendo que no por este motivo se debe considerar que la relación ya no tiene carácter laboral, pues el empresario también tiene un interés en que dicha suplencia se produzca. Con ello, la presencia de sustituciones esporádicas del trabajador, no supone que se considere vulnerada la nota de trabajo personal, mientras que en los casos en que dicha sustitución de la persona del trabajador es con un carácter continuado, esto impediría la calificación laboral de la relación, ya que en casos como tales sí que se entendería vulnerada la nota referente a la personalidad de los servicios¹².

En todo caso, cabe entender esta nota como el hecho de que es el propio trabajador quien presta los servicios, es decir que es él como persona el sujeto de la relación laboral, no pudiendo ser considerado como laboral un vínculo entre dos personas cuando quien realiza la prestación de sus servicios es otra persona ajena al mismo. En aplicación de esta nota de trabajo personal, a nuestro objeto de estudio, se debe considerar existente a todos sus efectos, pues en este sentido se podría destacar entre otras, el antecedente de hecho cuarto de la STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009\386815), en la medida que establece que: “...*las coadyuvantes identificadas en el hecho probado segundo a excepción de la Sra. Custodia y Sra. Josefina , ejercían la prostitución en el local con los clientes que allí acudían, y con los que alternaban o no en el bar del club previamente...*”, de cuya lectura atenta se deriva que se trata de una prestación de servicios realizada a título personal.

¹² STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001 FJ primero (AS 2001\4641); STS de 13 de julio de 1992 FJ tercero (RJ 1992\5613).

1.2. VOLUNTARIEDAD

En lo que se refiere a la nota de voluntariedad, no ha venido a ser un concepto muy complejo a la hora de calificación de una relación como laboral o bien dejarla en el ordenamiento civil o mercantil. Y es que independientemente de cuál de estas dos relaciones se trate, en ambas existiría una obligación entre ambas partes, por lo que el art. 1254 CC, establece que el contrato existe desde que dos personas se obligan, de lo que se deriva, que tanto si es un vínculo laboral o uno que quede comprendido en otro ordenamiento debe existir un contrato.

Con ello, en el art. 1261 CC establece como elemento esencial de todo contrato el consentimiento de las partes en formalizarlo, ya que de lo contrario no existiría esta voluntad de las partes y consecuentemente este contrato no podría realizarse. Asimismo, cabe tener en cuenta también que esta voluntad de las partes ha de manifestarse sin vicios, que tal y como se verá cuando se clarifiquen los elementos del contrato, entre otros son: violencia, intimidación y dolo, los que se hallan regulados en el art. 1265 CC.

Por lo tanto, del requisito de la voluntariedad se desprende que no puede suponer un factor decisivo para la calificación de una relación como laboral o como una figura del ordenamiento civil o mercantil, puesto que en ambos casos se precisaría el contrato, para cuya realización resulta indispensable en cualquier caso la voluntad de ambas partes en formalizarlo.

En todo caso, conviene destacar que en la media que ya se ha indicado anteriormente, la actividad de prostitución está afectada en muchas ocasiones por explotaciones de personas, que resultan ser atentados a los derechos humanos de la persona, lo que también afecta a la voluntad de la persona. En este sentido, se puede destacar entre otras la SAP de Murcia de 16 de julio de 2007 (ARP 2007\624), cuando en su FJ tercero establece que: “...tales datos evidencian que al menos las ocho chicas a que se refiere el escrito de acusación estaban intimidadas en el establecimiento, eran objeto de violencia y se empleaban contra ellas medios coactivos para obligarlas a prostituirse, no ejerciendo libremente su libertad sexual...”, lo que nos permite calificar en este caso concreto, que al existir medios coactivos para ejercer la actividad de prostitución la voluntad no podía presumirse existente. Igualmente cabe reseñar también que en otros casos, ha quedado probado la existencia de una voluntad por parte de quienes ejercían

esta actividad, entre las que se puede destacar el antecedente de hecho primero de la STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 (AS 2008\673), por cuanto establecía que: “... dicha actividad la han venido desarrollando de forma voluntaria...”.

1.3. REMUNERACIÓN

Por otra parte, en lo que se refiere a la retribución, al ET se establece ya desde un principio la exclusión de su ámbito de aplicación de los trabajos entendidos como benévolos así como de aquellos considerados como familiares no remunerados, en sus arts. 1.3 d) y e), respectivamente. De este modo, la nota de laboralidad referente a la retribución exige que tiene que existir una contraprestación económica a cambio de la realización de los servicios, para que así un vínculo puede ser considerado como laboral, realizando así una exclusión de su ámbito de aplicación de aquellos trabajos en los que la misma no se produce.

A su vez, se establece en el art. 29 ET diferentes modos en que se puede percibir dicho salario, entre los que existe la posibilidad del pago a comisión, pues de hecho en atención a nuestro objeto de estudio, cabe tener en cuenta que la actividad de alterne, como se tendrá ocasión de analizar más adelante, está reconocida laboralmente por tener un carácter legal, siendo su modalidad retributiva la de comisión. En este sentido, se puede destacar el FJ cuarto de la STSJ de Aragón de 28 de marzo de 2012 (AS 2012\1494), que establece: “...aunque D^a. Mariana ejerciera la prostitución en el piso superior del club, es dable distinguir esta actividad ilícita de la actividad legal de "alterne" realizada en el bar radicado en la planta baja, consistente en incitar a los clientes a consumir bebidas a cambio de una comisión del 50 por 100 del precio de cada consumición...”. Un caso como tal ya permite identificar, que dejando de lado la licitud de las actividades de alterne y prostitución, la modalidad de pago imperante, al menos en la actividad de alterne es la del art. 29 ET.

Pero en todo caso, del requisito referente a la retribución se desprende que tampoco supone grandes dificultades a la hora de realizar la calificación de un determinado vínculo, puesto que no solo las relaciones de carácter laboral exigen una retribución, así como tampoco tiene un nivel de abstracción muy elevado para valorar su existencia,

puesto que o hay remuneración o no la hay, y en este último caso no se presumirá en absoluto la existencia de una relación de carácter laboral¹³.

1.4. AJENIDAD

El requisito referente a la ajenidad, es uno de los decisivos para calificar la relación como de carácter laboral. Además, resulta ser un requisito bastante complejo, por lo que cabe entenderlo desde una triple perspectiva¹⁴:

- 1) **Ajenidad en los frutos.** Esto es una ajenidad *ab initio*, de modo que el trabajador realiza una cesión de su trabajo al empresario, con lo cual, lo que se obtenga por el esfuerzo llevado a cabo por el trabajador, ya sea esto un bien o un servicio, será el empleador quien lo aporte en el mercado, siendo suya la titularidad de estos. Con ello, será este quien reciba los beneficios de los bienes y servicios obtenidos, pues si son suyos será este quien les otorgue el precio que considere y quien se quedará con las ganancias derivadas de estos.
- 2) **Ajenidad en los riesgos.** Si bien es cierto que el empresario será quien ostente la titularidad de los frutos obtenidos por el esfuerzo del trabajador, esto supondrá también que en el caso de que dichos productos no tengan un buen resultado en el mercado, esto no afectará al trabajador ya que estos bienes no son suyos, de tal forma que si de la comercialización de los bienes y servicios obtenidos, se derivan pérdidas económicas, no será el trabajador quien asuma dichas pérdidas sino que será el empresario quien asuma el riesgo y ventura de estas. Ante esto, se han pronunciado varias sentencias, en tales casos como los de transportistas cuando estos asumían el riesgo y ventura de las operaciones llevadas a cabo, considerando así la falta de ajenidad y consecuentemente el carácter no laboral de la relación contractual¹⁵.

¹³ STS de 29 de noviembre de 1984 FJ único (RJ 1984\5915); STS de 27 de junio de 1984 FJ único (RJ 1984\3963); STS de 18 de octubre de 1985 FJ cuarto (RJ 1985\5165).

¹⁴ Luján Alcaraz, José. *Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 16/2000. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2000. Pp. 6 y ss.

¹⁵ STSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2006 FJ primero (JUR 2007\207436); STSJ de Galicia de 26 de enero de 2007 FJ segundo (JUR 2007\205626); STSJ de Aragón de 13 de marzo de 1996 FJ cuarto (AS 1996\1189).

3) Ajenidad en los medios de producción. Esta cabe entenderla desde la perspectiva de que los medios de producción son propiedad del empresario. Con ello, en muchas ocasiones se han suscitado conflictos que han sido objeto de amparo jurisdiccional, en tales casos como los repartidores, por el hecho de que el trabajador actuaba como tal pero con su transporte personal, lo que supone una confrontación con la ajenidad en los medios de producción, ya que el medio de transporte utilizado no era propiedad del empresario. Es por ello, que en dichos casos se ha procedido a encuadrar la relación como un arrendamiento de servicios¹⁶.

Por otra parte, conviene destacar la vinculación de este requisito con el ejercicio de la prostitución, de lo que se puede destacar que tanto el requisito referente a la ajenidad como el de sujeción a unas órdenes del empresario están conexos entre ellos, ya que si existe esta ajenidad es porque hay una dependencia respecto al empleador¹⁷. Ante esto, cabe tener en cuenta, que cuando los Tribunales se han pronunciado acerca de la ajenidad lo han hecho desde el prisma de que no puede acreditarse, ya que de lo contrario existiría una subordinación a unas órdenes empresariales, lo que a causa del carácter ilícito de la actividad no puede producirse. Y en este sentido se podría destacar, entre otras, el FJ cuarto de la SJS de Vigo de 7 de mayo de 2004 (AS 2004\1276), en cuanto establece que: “...*podiera pensarse que existe dependencia y subordinación del empresario, porque es el que ordena la actividad; esta realidad, si es cierta, incide plenamente en el campo del ordenamiento penal, como quiera que se reconocería la capacidad del empresario de ordenar y dirigir la explotación con ánimo de lucro de la sexualidad de otras personas...*”.

1.5. DEPENDENCIA

En lo que se refiere al término dependencia, resulta ser una manifestación de la nota de ajenidad, siendo el factor decisivo para calificar un vínculo como laboral¹⁸. Y es que así la confirma la jurisprudencia del TS, cuando establece que pueden ser varios los

¹⁶ STSJ del País Vasco de 22 de julio de 2003 FJ segundo (AS 2003\3039); STSJ de Galicia de 2011 FJ tercero (AS 2011\3088); STSJ de Galicia de 15 de junio de 2010 FJ segundo (JUR 2010\321585).

¹⁷ Luján Alcaraz, José. *Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 16/2000. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. Pp. 9 y ss.

¹⁸ *Ibidem*.

indicios del requisito de dependencia, pudiendo ser estos comunes o bien específicos de la profesión concreta que se trate¹⁹.

Y es que han sido varias las resoluciones, que a la hora de calificar la relación como laboral, han tenido en cuenta varios aspectos, con el fin de considerarlos como presupuestos de dependencia, de los que se puede destacar:

- 1) La asistencia al centro de trabajo o al lugar de trabajo designado por el empleador o empresario²⁰.
- 2) El sometimiento a horario²¹.
- 3) La ausencia de organización empresarial propia del trabajador, de modo que queda sujeto a las órdenes del empresario, esto es dentro del círculo rector y organicista de éste²².

Así pues, parece claro que se trata de una nota de laboralidad compleja, pues existen varios conceptos y conductas que deben integrarse en este concepto. Lo cierto es que al igual que el resto de requisitos es necesario su cumplimiento para que una relación pueda ser considerada como laboral, pero cabe destacar también que se trata de uno de los que más dificultades ha causado en la doctrina judicial a la hora de realizar tal calificación o bien dejar el vínculo a otras figuras contractuales.

Ante esto, se podrían destacar varios casos, tales como los de repartidores, peritos-tasadores de seguros o reporteros periodísticos, entre muchos otros, en los que a causa de la enorme libertad de gestionar el tiempo de trabajo por parte de estos, se ha puesto en duda en más de una ocasión si existe realmente una sujeción a las órdenes de una persona que actúe como empleador o empresario, así como también una ajenidad en los servicios, de lo que en algunas ocasiones la jurisprudencia ha contestado

¹⁹ STS de 7 noviembre de 2007 FJ quinto (RJ 2008\299); STS de 10 julio de 2007 FJ tercero (RJ 2007\7296).

²⁰ STSJ de Andalucía de 3 de octubre de 2013 FJ tercero (AS 2013\3161).

²¹ STS de 25 de marzo de 2013 FJ segundo (RJ 2013\4757); STS de 18 de marzo de 2009 FJ tercero (RJ 2009\2204); STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2012 FJ octavo (AS 2012\119).

²² STSJ de Cataluña de 22 abril de 2005 FJ segundo (AS 2005\1881); STSJ de la C. Valenciana de 15 de septiembre de 2005 FJ segundo (AS 2005\3103).

positivamente²³, considerando mayormente que pese a la total libertad de actuación se podían presumir los indicios de laboralidad suficientes por el mero hecho de quedar sujetos a las órdenes del empresario en lo que se refiere a los itinerarios y rutas a seguir, con lo que también resultaba ser el empresario quien asumía el riesgo y ventura de las operaciones realizadas por estos, por lo que en consecuencia quedaba demostrado el requisito referente a la ajenidad en los frutos; mientras que en muchas otras ha considerado que no se podía acreditar la existencia de indicios suficientes para calificar la relación como laboral²⁴ y consecuentemente debía remitirse en la figura de un arrendamiento de servicios, en cuyos casos la justificación ha venido siendo la plena libertad junto a cualquier otro indicio que se confronte con la realidad de las relaciones laborales, mayormente la ausencia de la ajenidad en los riesgos o en los medios de producción, como por ejemplo la utilización de algún material propio para la realización del trabajo.

Pero en todo caso, de la lectura de esta doctrina jurisprudencial, cabe entender que atendiendo a la dependencia del trabajador respecto al empresario no existe un elemento universal que pueda ser decisivo para realizar tal calificación, pues se trata de conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, con lo que se pueden manifestar de distinta manera según la actividad profesional que se trate.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que el art. 2 ET establece una serie de actividades que tienen el carácter de laboral pese a la existencia de gran libertad por parte de estos, cosa que se confronta con el requisito de la dependencia, por lo que tienen la consideración de relaciones laborales especiales, siendo el caso, entre otros, del personal de alta dirección o de los representantes del comercio cuando no asuman el riesgo y ventura de sus operaciones.

En todo caso, con el fin de introducir el objeto de estudio dentro de este requisito, se debe destacar que a causa del carácter ilícito de la prestación de servicios sexuales por cuenta de un tercero, algunas sentencias se han pronunciado estableciendo esta imposibilidad de ser una actividad subordinada, pues entre otras se puede destacar el FJ

²³ STS de 10 julio de 2000 FJ segundo (RJ 2000\8326); STSJ de Madrid de 1 de septiembre de 2005 FJ único (JUR 2005\220252); STSJ de Andalucía de 20 febrero de 2003 FJ segundo (AS 2003\1523).

²⁴ STS de 26 noviembre de 2012 FJ segundo y tercero (RJ 2013\1076); STSJ de Madrid de 16 marzo de 2004 FJ único (JUR 2004\238490).

sexto de la SAN de 23 de diciembre de 2003 (AS 2003\3692), en cuanto establece que: *“...nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral en el supuesto de concurrir la ajenidad y la dependencia organizativa a la prestación de servicios de «alterne» que aunque no identificable con la de prostitución, supone precisamente el límite prestacional con ésta; un límite fisiológico pues el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial...”*.

2. LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tal y como se ha establecido en el anterior parte existen unas determinadas exigencias de obligado cumplimiento para que una relación entre dos personas tenga el carácter de laboral. Una vez dicho vínculo ya tiene una consideración como tal, estas partes quedan obligadas entre ellas, de modo que mientras una de estas se compromete a prestar sus servicios atendiendo a las anteriormente analizadas, notas de laboralidad, la otra se compromete a satisfacer mediante contraprestación económica el trabajo realizado por esta. Con ello, surge la obligación de formalizar un contrato entre estas partes, puesto que tal y como establece el art. 8.1 ET: *“...se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél...”*. Asimismo, a tenor literal del art. 1254 CC: *“el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”*.

Así pues resulta obvio que cuando una relación tiene el carácter de laboral se debe formalizar un contrato. Ahora bien, para que un contrato celebrado pueda tener la presunción de válido deben concurrir una serie de requisitos, pues a efectos del art. 1261 CC se establece: *“no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- 1) Consentimiento de los contratantes.*
- 2) Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3) Causa de la obligación que se establezca”*.

Conviene pues, precisar cada uno de estos con el fin de lograr así un entendimiento de los mismos.

2.1. CONSENTIMIENTO

A estos efectos, el art. 1262 CC ya define desde un principio como consentimiento la aceptación de lo que será objeto de contrato por parte de cualquiera de los que esté dentro de dicha contratación, pues establece que: *“el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato”*.

Ahora bien, para poder prestar el consentimiento el CC exige unos requisitos, de modo que no cualquier persona puede prestarlo. Con ello se debe tener en cuenta lo establecido en el art. 1263 de este redactado legal, donde se establece que dicho consentimiento no lo podrán prestar los menores no emancipados y los incapacitados, concepto nada extraño, pues tal y como más adelante se verá, estos dos colectivos no tienen capacidad alguna para formalizar un contrato²⁵. Ante esta exclusión para poder prestar el consentimiento, queda claro quien lo puede llevar a cabo, serán quienes no tengan la condición prohibida expresamente por el CC, quienes en definitiva son todas las personas mayores de edad que no estén incapacitadas, así como aquellos menores de edad que tengan reconocida la emancipación.

Por otra parte, a efectos del art. 1265 CC, se establece que será nulo el consentimiento que sea prestado por error, violencia, intimidación o dolo, pues de este modo se requiere que el consentimiento sea voluntario y sin vicios, pues de lo contrario el contrato no va a producir efecto alguno²⁶. En este sentido, los arts. 1266 y ss. de este redactado legal, establecen como error el defecto formal en el propio contrato, la intimidación como la amenaza sobre una persona para que esta preste su consentimiento, la violencia como una fuerza irresistible para conseguir dicho consentimiento de la otra parte, y el dolo como el hecho de inducir a dicha parte a formalizar el contrato a partir de unas palabras sin cuya existencia el mismo no se hubiera realizado.

En atención a esto, cabe decir ya desde un principio, que en lo que se refiere al ejercicio de la prostitución por cuenta de otro, pese a que exista un consentimiento está prohibido por el art. 188.1 CP, motivo que justifica su carácter ilícito, por lo que este

²⁵ STSJ de Murcia de 1 de diciembre de 2008 FJ noveno (AS 2009\92), SAP de Murcia de 10 de octubre de 2007 FJ segundo (JUR 2007\62305).

²⁶ SAP de las Islas Baleares de 16 de abril de 2012 FJ segundo (JUR 2012\158447).

consentimiento no debe tenerse por prestado. Y es que en este sentido se puede destacar entre otras el FJ segundo de la STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 (AS 2009\1748), pues esta considera que: “...*los actos de alterne y de baile, por si solos, constituyen objeto contractual lícito. La prostitución, en cuanto actividad lucrativa por cuenta de tercero y representativa de la explotación de la persona aún con el consentimiento de ésta, no sólo excede el ámbito y está excluida de la contratación laboral, sino que además integra un ilícito penal...*”. Con ello, cabe tener en cuenta que cuando más adelante se proceda a realizar el análisis de la laboralidad de ambas actividades, en lo que se refiere a la actividad de prostitución se va a tener en cuenta la relevancia del consentimiento, pues como se verá es de los términos más complejos para la calificación jurídica de esta actividad.

2.2. OBJETO

Por otra parte, en lo que se refiere al objeto cierto del contrato, el CC no establece una definición directamente, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el art. 3 CC, en cuyo tenor literal se establece que: “...*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...*”, cabe remitirnos a lo dispuesto en el Diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE), a cuyos efectos, el objeto es el fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación. De este concepto se deriva que el objeto de un contrato es la prestación de servicios retribuida, es decir la tarea a realizar por parte del trabajador a cambio de la retribución pactada con su empleador.

Ahora bien, el objeto de este contrato debe reunir una serie de requisitos:

- 1) **Posible.** El art. 1271 CC establece literalmente que: “*pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*”, a lo que el art. 1272 añade “*no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles*”. De esto se deriva así, que todo objeto contractual debe ser posible, pues algunos servicios considerados imposibles en ningún caso lo podrán ser, como podría ser realizar la construcción de un edificio en dos días o cualquier otra acción que se considere imposible de realizar.
- 2) **Determinado.** En virtud del art. 1273 CC, el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, de este concepto se desprende que esta tarea a realizar debe estar especificada, concepto que no resulta nada

extraño, ya que carecería de sentido que el objeto contractual fuera abstracto o genérico.

- 3) Lícito.** El art. 1271 CC establece que podrán ser objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres, de lo que se desprende que debe ser lícito, ya que el DRAE entiende por lícito todo lo que no sea contrario a la Ley.

Atendiendo a dichos requerimientos por parte del CC en atención al objeto del contrato de trabajo, se puede resaltar ya desde un principio que en el caso de la prestación de servicios sexuales, este objeto no puede considerarse como de carácter ilícito, pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna medida legislativa que no permita el ejercicio de la prostitución en si misma. En este sentido, se pueden destacar entre otras la STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\2860), cuyo FJ tercero establece literalmente que: *“...no debe olvidarse el aforismo de que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, máxime cuando se trata de restringir derechos que la misma establece...”*. Esta resolución judicial ya nos permitirá realizar el estudio teniendo en cuenta que no debe considerarse tal ilicitud por lo que se refiere al objeto, ya que la prostitución en si misma no está prohibida en nuestra ordenamiento jurídico.

2.3. CAUSA

En una última instancia, cabe destacar la causa de los contratos, puesto que el art. 1261 CC establece que la causa del contrato resulta ser un requisito que debe concurrir en este para que pueda ser considerado existente. Con ello, el art. 1274 CC, establece que el concepto de causa puede variar según el tipo de contrato que se trate, clasificándolos para distinguir dicha concepción para cada uno de ellos, en si son onerosos, de pura beneficencia o remuneratorios. Pero en todo caso teniendo en cuenta que en el ámbito laboral los contratos deben ser de carácter retribuido, quedando excluidas las otras dos modalidades del ámbito laboral, cabe centrarse en lo entendido por el CC como causa en los contratos de carácter remuneratorio, a cuyos efectos establece en su art. 1274 que se entiende como el servicio o beneficio que se remunera, es decir la finalidad que se persigue: por parte del empresario la obtención de un lucro a partir de la prestación de un servicio por parte del trabajador; mientras que para el trabajador es la obtención de una remuneración a partir del trabajo realizado.

Y es que la existencia de la causa resulta ser de obligado cumplimiento, por lo que en el supuesto que no esté, el contrato no va a producir efecto alguno. A su vez, esta causa debe cumplir una serie de requisitos, cuyo incumplimiento supondrá la nulidad contractual:

- 1) **Lícita.** Esta causa debe ser lícita, pues se establece en el art. 1275 CC que se entenderá como causa ilícita cuando esta se oponga a las leyes o a la moral. Y es que han sido varios casos, los que han sido de objeto de amparo jurisdiccional por el incumplimiento de este requisito, quedando así imposibilitado realizar una contratación²⁷.
- 2) **Verdadera.** El art. 1276 CC, establece que la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a su nulidad, a no ser que se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita, lo que supone en definitiva que esta finalidad perseguida debe ser verdadera, no pudiendo ser otra diferente de la que realmente se persigue.

Ante esto, el art. 1277 CC, establece que aunque no se exprese la causa en el contrato, se presumirá que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario. Ahora bien, han existido determinados casos que los Tribunales han abordado la cuestión, en los que pese a defender que la causa era verdadera por parte de los contratantes, el propio órgano consideró el incumplimiento de este requisito, ya fuera por ilicitud, por no existir o bien por ser falsa²⁸.

Por lo tanto, en atención a como formalizar un contrato en una actividad de carácter laboral, cabe entender que una vez cumplimentadas las notas de laboralidad analizadas en el anterior parte, lo que supondrá el cumplimiento de los arts. 1 y 8.1 ET, cabe estarse a lo dispuesto en los ahora analizados preceptos legales del CC, que en definitiva exigen tres requisitos: el consentimiento de ambas partes, un objeto contractual determinado, posible de realizar y conforme a la ley, y una causa en el contrato de

²⁷ STSJ de Cataluña de 2 de enero de 1997 FJ segundo (AS 1997\340); STSJ de Cantabria de 13 de junio de 2000 FJ segundo (AS 2000\2456); STSJ de la C. Valenciana de 29 de noviembre de 2001 FJ tercero (JUR 2002\267328).

²⁸ SAP de Lleida de 14 de junio de 2000 FJ cuarto (JUR 2000\243463); SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2011 FJ sexto y séptimo (AC 2011\2277).

carácter lícito y verdadero, de modo que a falta de la concurrencia de dichos requisitos este no va a producir efecto alguno.

Asimismo, cabe tener en cuenta que en lo que se refiere a nuestro objeto de estudio, su carácter ilícito procede de la causa, pues en este sentido conviene reseñar que el art. 188.1 CP tipifica este lucro de la prostitución ajena, lo que supone que esta imposibilidad de encaje en el ámbito del Derecho Laboral, por el carácter ilícito de la causa, y en este sentido se puede destacar entre otras, el FJ cuarto de la STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009\386815), en cuanto establece que: “...*la actividad de prostitución que se ejerce por cuenta propia...en este caso, estaríamos ante un contrato con causa ilícita que no produce efecto alguno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil , situación en la que no se puede reconocer relación laboral a dicha actividad. La ilicitud de la causa, en estos casos, deriva, según se ha dicho en algunas resoluciones dictadas en asuntos similares a los ahora enjuiciados, en el "grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas..."*”.

3. LA CAPACIDAD PARA SER SUJETO DE UN CONTRATO DE TRABAJO

Por otra parte, el contrato no solo exige los requisitos anteriormente mencionados sino que para la existencia de un contrato también resulta necesario tener la capacidad para llevarlo a cabo. Ante esto, el art. 7 ET establece literalmente que: “*podrán contratar la prestación de su trabajo:*

- 1) *Quienes tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.*
- 2) *Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo. Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato y para su cesación.*
- 3) *Los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia...”*

A tales efectos, cabe entender que en atención a la capacidad del trabajador de prestar su trabajo se pueden dividir cuatro grupos: supuestos de capacidad plena, supuestos de capacidad limitada, supuestos de incapacidad y la capacidad de los trabajadores extranjeros.

3.1. SUPUESTOS DE CAPACIDAD PLENA

El art. 7 a) ET establece que pueden formalizar un contrato de trabajo quienes tengan la capacidad de obrar plena conforme a lo dispuesto en el CC. Atendiendo a esto, el art. 211.3 CC establece que:

- 1) *“...la capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente código.*
- 2) *La plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad.*
- 3) *Las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural...”*.

En este sentido, el art. 211.4 CC fija la mayoría de edad en los dieciocho años, lo que supone que tendrán la una capacidad de obrar plena y consecuentemente total capacidad para formalizar la contratación de su trabajo aquellos que tengan una edad igual o superior a la de dieciocho años.

Por otra parte, el art. 211.7 CC establece el concepto de menor emancipado, quien a efectos de dicho precepto legal actúa jurídicamente como si tuviera la consideración de haber alcanzado la mayoría de edad, y consecuentemente tenga la capacidad de obrar plena. Sin embargo, cabe tener en cuenta que para ciertas materias necesita de un complemento de capacidad, pero que en todo caso, en el CC no se establece en absoluto que en lo que se refiere a la capacidad del trabajador emancipado se requiera de tal complemento.

Así pues tendrán la capacidad de obrar plena en lo que se refiere a la formalización de un contrato aquellas personas cuya edad sea mayor a la de dieciocho años, así como aquellas pese a tener una edad inferior estén emancipadas.

3.2. SUPUESTOS DE CAPACIDAD LIMITADA

Por otra parte, cabe tener en cuenta que una lectura atenta del artículo 211.3 CC cuando establece que la plena capacidad de obrar se alcanza con la mayoría de edad, supone la existencia de una capacidad limitada en los casos en que no se ha alcanzado dicha edad. Ante esto, el art. 7 ET se refiere a los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, quienes por no haber alcanzado esta plena capacidad de obrar podrán concertar la contratación de su trabajo con el consentimiento de sus representantes legales. Con ello, el art. 6 ET establece un régimen específico para este colectivo, en la medida que entre otras cosas no se les permite realizar trabajos nocturnos u horas extraordinarias.

Asimismo, el art. 211.3 CC establece también que las limitaciones a la capacidad de obrar vendrán matizadas por la capacidad natural del sujeto, lo que supone los incapacitados, de acuerdo con lo establecido en el título IX del mismo redactado legal. Este colectivo también necesita de un representante legal, cuyo consentimiento es imprescindible para la contratación de su trabajo, tal y como establece el art. 1259 CC.

A tales efectos, cabe considerar la capacidad de estos colectivos como limitada, pues resulta indispensable el consentimiento de quien ostente su representación para que estos puedan prestar la realización de sus servicios, pues sin tal autorización estos no podrán formalizar la correspondiente contratación, de modo que de lo contrario el contrato sería nulo, pues así se ha interpretado en determinados casos en que los Tribunales han abordado la cuestión²⁹.

3.3. INCAPACIDAD DEL TRABAJADOR

Hasta el momento se ha podido clasificar la capacidad del trabajador como plena o limitada, teniendo en cuenta criterios naturales y de edad. Pero existen supuestos en los que no existe ni tan solo capacidad limitada, pues ante una lectura atenta de lo que difiere la capacidad plena de la limitada, supone una distinción, principalmente a partir de criterios de edad, ante lo que debe interpretarse que en casos de menores de dieciséis años estos están incapacitados para la prestación de su trabajo. Y es que el ET excluye

²⁹ STS de 6 de marzo de 2012 FJ primero (JUR 2012\170298); STSJ de Castilla y León de 20 de julio de 2005 FJ cuarto (AS 2005\2577).

de su ámbito de aplicación a los menores de dicha edad, en su art. 6.1 prohibiendo expresamente la admisión al trabajo de este colectivo.

En este caso, conviene reseñar que además se trata de uno de los colectivos más vulnerables para ser explotados sexualmente, por lo que en el art. 187.1 CP se tipifica como delictivo el hecho de promover la prostitución de este colectivo, siendo la pena establecida aun mayor que la aplicada con carácter general, pues tal y como se verá más adelante se trata de dar una protección específica a este colectivo no solo por su especial situación de vulnerabilidad sino también para que estos puedan tener un buen desarrollo de su personalidad³⁰.

3.4. CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS TRABAJADORES EXTRANJEROS

En una última instancia, el art. 7 ET establece la capacidad para contratar por parte de los ciudadanos extranjeros, pero con atención a su normativa específica teniendo en cuenta su situación administrativa, con lo que a estos efectos cabe realizar una remisión expresa a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX).

En atención a lo establecido en el art. 10 LOEX: “...*los extranjeros residentes que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente...*”. De esta lectura se desprende que todo extranjero tiene derecho a ejercer una profesión en España, pero que para ello debe cumplir con los requisitos establecidos en la LOEX.

³⁰ En este sentido: SAP de Alicante de 21 de mayo de 2013 FJ cuarto (JUR 2014\76763).

Para deducir de que requisitos se trata, cabe acudir en el art. 1 LOEX, según el cual serán regidos por este redactado legal aquellos quienes carezcan de la nacionalidad española, pero únicamente los que no pertenezcan a la UE. Ante esto resulta necesario realizar una distinción de los tipos de extranjeros, para determinar quienes realmente deben estarse a lo dispuesto en la LOEX para formalizar la contratación de su trabajo:

- 1) **Extranjeros comunitarios.** Son aquellos que forman parte de la UE, por lo que en aplicación del art. 1.3 LOEX quedan fuera del ámbito de aplicación de esta. Con ello, en virtud del art. 5 LOEX estos extranjeros se registrarán por el derecho de la libertad de circulación, esto es la libertad que tienen de circular por la UE y ejercer una determinada profesión u oficio, por el hecho de pertenecer en este ámbito territorial, y es que de hecho la libertad de circulación se trata de un derecho fundamental recogido en el art. 45 de la CDFUE. De este modo, estos extranjeros se registrarán por lo dispuesto en los tratados internacionales, así como también en el Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembro de la Unión Europea y de otros estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante RDEEE), tal y como establece el art. 1 RDEEE.
- 2) **Extranjeros extracomunitarios.** En aplicación del art. 1 LOEX queda claro que estos son quienes no forman parte de la UE y que quedarán sujetos a lo dispuesto en la LOEX. A tales efectos, la LOEX establece en sus arts. 36 y ss. el derecho de estos a circular por el territorio español y a ejercer una actividad lucrativa en este, estándose a las autorizaciones de trabajo y residencia requeridas al efecto.
- 3) **Personal con un régimen privilegiado.** Pese a que en el caso de extranjeros no pertenecientes a la UE, se requiera una autorización de residencia y trabajo, existen colectivos a quienes no se les requiere, pues el art. 41 LOEX establece que no va a ser necesaria para profesores universitarios, funcionarios civiles o militares, técnicos y científicos extranjeros, entre muchos otros.

Así pues, en lo que se refiere a la capacidad para poder ser parte en un contrato de trabajo por parte de los ciudadanos extranjeros, cabe entender que éstos deben concurrir en el cumplimiento de lo que se les establezca legalmente de acuerdo con su legislación específica, lo que en términos más importantes resulta ser el hecho de hallarse en el

territorio español con situación regular y disponer de los permisos de trabajo y residencia establecidos al efecto por la legislación de extranjería en el caso de extranjeros extracomunitarios, mientras que los pertenecientes a la UE deben estarse a lo dispuesto en los tratados internacionales firmados entre su país de procedencia y de origen.

Por otra parte, cabe tener en cuenta también que los inmigrantes son uno de los colectivos más vulnerables a padecer estas abundantes lacras que comportan la explotación sexual de personas, por lo que se debe indicar que también se han adoptado medidas con el fin de combatirlas, de los que se puede destacar, entre otros, el art. 59 bis.4 LOEX, a cuyo tenor literal se establece que: “...*la autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa...*”. Y es que con medidas como tales se pretende tanto prevenir tales males, como proteger a las víctimas, por lo que en el próximo apartado se comentarán todas estas medidas adoptadas por parte de la UE así como también por la normativa interna con el fin de frenar dichas lacras.

CAPÍTULO II. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES Y EN EL DESARROLLO DE LA PROPIA VIDA

En la medida que toda relación laboral debe reunir los requisitos antes expuestos, cabe tener en cuenta que el sujeto de este vínculo, como persona que es posee una serie de derechos fundamentales e inherentes a ella, que deben ser respetados tanto en su actividad laboral como en el propio desarrollo de su vida.

Sin embargo, existen casos en que estos no son respetados, siendo nuestro objeto de estudio un tema que tiene especial vinculación con tales vulneraciones. Es por ello, que en el presente capítulo se deben tomar en consideración estos derechos fundamentales y los posibles casos en que estos pueden verse afectados, haciendo también especial hincapié con la vinculación de este fenómeno con el ejercicio de la prostitución³¹.

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA

Toda persona tiene una serie de derechos fundamentales, que deben ser protegidos y respetados en el desarrollo de su vida, dentro de los que cabe analizar algunos de ellos por su especial vinculación con el objeto de estudio de este TFG.

1.1. LIBERTAD DE TRABAJO

La normativa internacional establece como uno de los derechos fundamentales de la persona en la CDFUE la libertad de trabajo. En este sentido, el art. 15 de este redactado legal, establece que toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada. A su vez, en su art. 5 se prohíbe la esclavitud, la servidumbre, los trabajos forzados y obligatorios.

Así pues, a efectos de la normativa internacional constituye un derecho fundamental de toda persona la libertad de trabajo, por lo que en virtud del art. 10.2 CE, España adoptará cuantas medidas sean necesarias para dar cumplimiento a este derecho, al tratarse de una norma relativa a derechos fundamentales ratificada por ella. Es por ello, que en el art. 35.1 CE se reconoce el derecho y deber de trabajar por parte de los españoles, así como la libre elección de profesión u oficio. Y en el mismo sentido,

³¹ González del Río, José María. *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo*. Granada: Ed. Comares. 2013. Pp. 17 y ss.

también se establece la libertad en si misma de todo individuo, de la cual no lo puede privar nadie, en el art. 17 CE.

A su vez, con el fin de dar un justo cumplimiento al Derecho del Trabajo, el art. 1.1 CE establece que: *“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico... la igualdad...”*. De este modo, la legislación interna española con el fin de dar cumplimiento a la normativa internacional que ha ratificado, no solo reconoce el derecho a ejercer un trabajo u oficio elegido libremente, sino que incluso se ha constituido como un estado en el que debe regir la igualdad. Y en aplicación del Derecho al Trabajo que consagra el art. 35.1 CE, debe entenderse dicha igualdad como la imposibilidad de discriminación en el acceso a un empleo por razones de raza, etnia, sexo o de cualquier otra índole, del modo en que lo establece el art. 35.1 del mismo cuerpo legal, pues este no solo se limita a reconocer el Derecho al Trabajo, sino que en cumplimiento del art. 1.1 CE reconoce este derecho en condiciones de igualdad así como también a que la remuneración derivada del trabajo sea suficiente como para poder satisfacer las necesidades de quien lo ejerce. Y es que en este sentido se han pronunciado algunas resoluciones judiciales, en la medida que han venido a defender que: *“...el principio de igualdad implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivos, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye igual valor, de cualquier discriminación basada en las circunstancias personales o sociales...”*³².

Por lo tanto cabe considerar este derecho fundamental como la libertad individual que tiene toda persona para escoger una profesión o un oficio, quedando así abolida la esclavitud, de modo que el hecho de que un individuo sea obligado a ejercer un determinado trabajo, sea discriminado en su acceso por cualquier de las razones legalmente expuestas, o bien que a causa de dichas razones tenga una retribución inferior de la que es merecedor, supondrá la violación de este derecho fundamental.

Y en aplicación de este derecho a nuestro objeto de estudio, claro está que puede ser afectada cuando quien ejerce la prostitución es una persona que ha sido víctima de amenazas y/u otras coacciones. Y es que a nadie se le escapa que en estas situaciones en

³² STC de 20 de mayo de 2002 FJ sexto (RTC 2002\119); STS de 7 de marzo de 1984 FJ cuarto (RTC 1984\31).

que se producen explotación de personas obligándolas a ejercer la prostitución este derecho no es respetado, pues en este sentido se podría destacar el FJ segundo de la SAP de Valencia de 25 de enero de 2005 (JUR 2005\81908), en la medida que interpreta que: “... se construye y conforma el delito de detención ilegal al haber sido retenidas las víctimas, al impedirles ir libremente a donde hubieran querido, hasta que pagaran el viaje y otros gastos, amenazándolas, reteniéndoles los pasaportes y billetes de regreso, y permaneciendo vigiladas por empleados del local donde se les conminaba a ejercer la prostitución...”.

1.2. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

A efectos del art. 1 CDFUE: “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. A su vez, en cuanto a la normativa interna, el art. 10.1 CE establece que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Con ello, se deduce de tal matización que se trata de otro derecho fundamental de toda persona, sin embargo resulta un concepto de más dificultoso entendimiento, por lo que consideramos necesario remitirnos a lo dispuesto en el DRAE, a cuyos efectos se debe entender por dignidad una cualidad de digno, concepto poco clarificado, pues resulta necesario matizar esta definición aplicada al derecho de la dignidad que tienen los trabajadores. A estos efectos, se podría destacar lo aportado por algunos artículos doctrinales, a cuyo parecer: “...todo lo expresado en los párrafos anteriores desemboca en la idea de la dignidad del hombre, como ser racional, como ser que no puede ser nunca tratado como un medio sino como un fin, en atención de que posee razón, en cuya virtud es capaz de darse a sí mismo leyes morales generales de validez universal, esto es, aplicables a sí mismo y a todos los demás hombres...”³³.

Así pues, cabe entender este derecho universal e inherente a la persona, teniendo en cuenta que se trata de un ser que piensa, de modo que hace uso de su razón, esto es un ser racional. Ante esto la doctrina ahora expuesta, ha considerado que por tal hecho no

³³ Robles, Gregorio. *Persona: análisis lingüístico y algunos rasgos de la historia del concepto*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 978-84-470-4142-8. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2013. P.13 y ss.

se debe tratar a la persona como un objeto o como un medio de producción, ya que una máquina, una mercancía o un objeto no piensan, mientras que las personas sí. Es por ello, que establece que en la medida que las personas se rigen por ellas mismas, no se las debe considerar como un medio o una mercancía, en cuanto designa que: “...*la persona, como ser racional que se legisla para sí, es fin en sí misma y por eso posee dignidad. Todas las cosas tienen su precio... las personas no tienen precio, sino dignidad...*”³⁴.

De esto se deriva ya el motivo por el cual el ejercicio de la prostitución tiene un carácter ilícito, pues a nadie se le escapa que quien se prostituye realiza un favor sexual a otro a cambio de una retribución. Y es que se podría destacar, entre otras la SJS de Vigo (AS 2004\1276), cuyo FJ cuarto establece que: “...*en tal relación existe un objeto ilícito, lo que determinaría la ineficacia o nulidad del contrato. 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...*”.

Por otra parte, cabe tener en cuenta también, que este derecho se encuentra estrechamente vinculado con el anterior, pues en este sentido la jurisprudencia del TC ha venido a señalar que: “...*hemos dicho que la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer...cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano...*”³⁵. De este modo no solo debe entenderse por dignidad el mero hecho de no ser tratado como un artificio, sino que este derecho también consagra la imposibilidad de ser discriminado por cualquier razón, ya sea esta de género, sexo o de cualquier otra índole.

A su vez, cabe tener en cuenta que el art. 18.1 CE reconoce expresamente el derecho al honor, el que cabe tanto definir como encuadrarlo dentro de la dignidad que toda persona posee, por el hecho de que ambas garantías se encuentran conexas

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ STC de 15 de enero de 2007 FJ segundo (RTC 2007\3); STC de 4 de julio de 2005 FJ cuarto (RTC 2005\182); STC de 3 de julio de 2006 FJ tercero (RTC 2006\214).

estrictamente³⁶. A tales efectos, conviene reseñar la definición establecida de este en el DRAE, ya que en un primer momento puede parecer de difícil comprensión, a cuyo tenor literal se establece: “*gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea*”. Todo ello desemboca en la idea de que resulta un concepto equiparable a la propia honra, es decir al respeto por la propia dignidad, pues el DRAE ya establece la definición de honra como: “*estima y respeto de la dignidad propia*”. De este modo, en relación con la vinculación que tiene este derecho con la dignidad de la persona, debe entenderse que constituye el respeto de este derecho por parte de otras personas ajenas al mismo, lo que viene a significar que se debe respetar el derecho al honor de los demás.

Así pues, cabe entender el derecho a la dignidad desde la perspectiva de que resulta ser tanto el hecho de que una persona no debe ser tratada como un objeto, así como tampoco discriminada y debiendo ser siempre respetada. Con ello, la dignidad de la persona supone un respeto hacia esta triple perspectiva por parte de los demás, pues de lo contrario será vulnerada la dignidad de la persona.

Tal vez, ante esto pueda suscitarse la cuestión de si el trabajador por cuenta ajena realmente posee esta dignidad, ya que el empresario requiere su fuerza de trabajo a cambio de un precio, es decir que requiere a un factor de producción y no a una persona. Es por ello, que tal y como anteriormente se ha expuesto, la Legislación laboral ha integrado una serie de requisitos que debe reunir todo vínculo de carácter laboral, con el fin de que se respete este derecho fundamental.

1.3. INTEGRIDAD FÍSICA, PSÍQUICA Y MORAL

Por otra parte, cabe destacar también por su vinculación con el objeto de estudio en este trabajo tratado, el derecho a la integridad física y psíquica de las personas, así como también que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos, o degradantes, en virtud de los arts. 3 y 4 CDFUE respectivamente.

³⁶ Padilla Ruiz, Pedro. *El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 4/2011. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2013. Pp. 13 y ss.

A su vez, el art. 15 CE, establece que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas, o tratos inhumanos o degradantes. Y es que en este sentido, la jurisprudencia del TC ha venido señalando que factores que comporten violencia y torturas, como puede ser el acoso laboral, deben ser considerados como un atentado a dicho derecho³⁷. Con ello, en el propio ordenamiento jurídico penal español se ha tipificado, entre otros fenómenos, el del acoso, entendiéndolo así como una vulneración del derecho a la integridad en cualquiera de sus perspectivas, tal y como se establece en el art. 173.1 CP, con el fin de proteger este derecho fundamental.

Así pues, cabe entender que con este derecho se protege la integridad de la persona, es decir la totalidad y la entereza, pues con este derecho se pretende dar respeto al buen estado físico, psíquico y moral de toda persona, cuya vulneración se mostraría respectivamente con la violencia sobre una persona, malos tratos psicológicos o el hecho de obligar a realizar una determinada conducta a otro.

En este sentido, conviene reseñar que se trata de un derecho afectado para aquellas personas que son víctimas de explotaciones sexuales, pues en la violencia, amenazas o las determinadas conductas coactivas que se haya utilizado para realizar dicha explotación, estos derechos fundamentales resultan ser vulnerados. En este sentido, se podría destacar algunos redactados normativos internacionales, que entienden por explotación cuando se realizan conductas coactivas y/o violentas sobre otra persona, lo que en definitiva supone la vulneración del derecho a la integridad de esta. Como es el caso, entre otros, del Protocolo 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, conocido también como Protocolo de Palermo (en adelante PP).

2. LA TRATA DE PERSONAS COMO PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Pese a la existencia de los derechos anteriormente analizados, existen casos en los que estos son vulnerados, a través de mafias sin escrúpulos, que provocan la explotación de

³⁷ STC de 13 de diciembre de 1999 FJ tercero (RTC 1999\224); STC de 20 de junio de 2011 FJ tercero (RTC 2011\106).

personas, mayormente de mujeres, niñas e inmigración ilegal, y todo ello supone en definitiva una violación de los derechos humanos de estos sujetos. Esta vulneración se produce a través de la trata de personas, la que se muestra, entre otros fenómenos, con la explotación sexual y tráfico de quienes son víctima de esta lacra³⁸.

Es por ello que conviene analizar el término de trata de personas, ya que en el objeto de estudio de este trabajo, referente a la prestación de servicios sexuales por cuenta de terceros, resulta necesario tener en cuenta lo amparado por la normativa internacional, con el fin de deducir la vinculación que tiene el término trata de personas respecto al de prostitución, así como también lo establecido por el legislador internacional y nacional para castigar las violaciones sobre estos derechos fundamentales.

2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Resulta necesario realizar una definición del término trata de personas, a lo que el DRAE se refiere a: *“tráfico que consiste en vender seres humanos como esclavos/ Tráfico de mujeres, que consiste en atraerlas a los centros de prostitución para especular con ellas”*. A estos efectos, ya se realiza una conceptualización del término trata de personas, que vincula directamente el tráfico de personas con el ejercicio de la prostitución, así como también con la esclavitud.

Sin embargo, en el objeto de estudio que ahora nos ocupa esta definición puede parecer bastante limitada como para poder realizar una vinculación entre este concepto, el ejercicio de la prostitución y el respeto a los derechos fundamentales, por lo que cabe atender a fuentes normativas internacionales para clarificar mejor este concepto, ya que han sido la normativa internacional la que ha procedido a dar una definición de este fenómeno.

En este sentido el art. 3 a) PP, establece que: *“...por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas recurriendo*

³⁸ Serra Cristóbal, Rosario. *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. Pp. 13 y ss.;

Biblioteca de la FCJ de la URV. *La prostitución: claves básicas para reflexionar sobre un problema*. España 2005. P. 5 y ss. Fecha de consulta: 06/05/2014, en: http://cataleg.urv.cat:2082/search~S13*spl?/aAPRAMP/aapramp/-3%2C-1%2C0%2CB/webaddress0.

a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...”. Y prosigue en su apartado b: “...el consentimiento de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado...”.

Por lo tanto, claro está que la trata de personas resulta ser un fenómeno que se confronta con los derechos fundamentales de las personas, al violarse principalmente los derechos fundamentales anteriormente expuestos:

- 1) La libertad de trabajo y oficio.** Se vulnera dicho derecho en la medida que se consideran como trata de personas una serie de conductas, como son los trabajos y servicios forzados, que en definitiva todas ellas son equiparadas a la esclavitud. Así es como el art. 3 a) PP establece que: “...*esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud...*”. Asimismo debe entenderse por violado el derecho a la libre elección de profesión u oficio por el hecho de que no se puede observar esta libertad, ya que existe una obligación, pues pese a que exista un consentimiento este está viciado mediante conductas que sin su existencia no se hubiera obtenido. Y es que han sido varios los casos en el ordenamiento jurídico español, en los que se ha vulnerado este derecho en la medida que se ha obligado a ejercer la prostitución a personas, a lo que mayormente los Tribunales han interpretado que: “... *el tipo penal lo constituye cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión de la víctima...*”³⁹. De este modo ya se tiene en cuenta, no solo la vulneración del derecho a escoger

³⁹ STS de 17 de junio de 2002 FJ segundo (RJ 2002\7359); SAP de Lugo de 15 de octubre de 2004 FJ primero (JUR 2004\303205); SAP de Valencia de 25 de enero de 2005 FJ segundo (JUR 2005\81908).

libremente un trabajo, sino la imposibilidad de ejercer la libertad por parte de una persona, por lo que debe prevenirse y castigarse toda conducta, que por parte de una persona pretenda privar la libertad de otra, al constituir una vulneración de este derecho fundamental, de modo que no solo se protege la libertad de profesión u oficio, sino que se hace referencia a la libertad en sí misma reconocida en el art. 17 CE.

- 2) **La dignidad de la persona.** Se viola la dignidad de la persona en la medida de que la persona es tratada como si fuera una mercancía, del modo en que el art. 3 a) PP establece que: “...*la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas...*”. Y esto es en definitiva una violación de la dignidad personal, puesto que como anteriormente se ha señalado toda persona tiene un uso de su razón a diferencia de las máquinas y mercancías, por lo que no debe ser considerada como tal, de forma que la trata de personas debe entenderse también como una vulneración de este derecho. En este sentido, la jurisprudencia del ordenamiento jurídico español ha venido considerando como ilícitas una serie de conductas, por ser contrarias a la dignidad de la persona, dentro de las que debe encuadrarse el tráfico de personas⁴⁰ y como se verá más adelante la explotación sexual de otra persona. Y es que se podría destacar entre otras, el FJ primero de la SAP de la C. Valenciana de 8 de marzo de 2004 (ARP 2004\375), en cuanto establece que: “...*se han impuesto a los trabajadores, en este caso las mujeres que ejercían la prostitución en los establecimientos regentados por los acusados...unas condiciones laborales que perjudican gravemente los derechos de los trabajadores, utilizando engaño y maquinación en la contratación y en las condiciones impuestas, claramente atentatorias a su dignidad como personas y trabajadoras, aprovechándose los acusados de su situación de inmigrantes ilegales...*”. De esto debe derivarse así, que por cuanto explotación de la persona que resulta ser dicha actividad, cuando en ella median coacciones, es vulnerada su dignidad por suponer también un engaño y un aprovechamiento de su situación de necesidad, así como también por el hecho de

⁴⁰ SAP de A Coruña de 6 de octubre de 2010 FJ tercero (ARP 2010\1352); SAP de Zamora de 23 de junio de 2011 FJ segundo (ARP 2011\1032); SAP de Las Palmas de 15 de mayo de 2013 FJ sexto (JUR 2013\277460).

haber fijado un precio a dichas personas, que en la medida que ya se ha indicado anteriormente supone también una pérdida de dicha dignidad.

- 3) La integridad física, psíquica y moral.** Resulta afectado también el derecho a la integridad física, psíquica y moral, en la medida que el art. 3 a) PP establece que: “...recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona...”. Y es que entre otras formas, o bien con la amenaza o la violencia que afectaría a la persona, o con el abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, se pretende conseguir el consentimiento de esta, y ello supondrá la violación de este derecho al haber sido las conductas descritas contrarias a la integridad psíquica, física y moral respectivamente, esto es en definitiva un atentado contra este derecho. Es por ello, que el art. 3 b) PP establece que el consentimiento de la víctima de la trata no se tendrá en cuenta si se recurre a alguna de las formas coactivas para obtenerlo. En este sentido la jurisprudencia interna de nuestro estado, ha venido considerando también como de contrarias a la integridad en cualquiera de sus vertientes, una serie de conductas que comportan violencia, insultos o amenazas, entre otras cosas⁴¹. Asimismo, se debe tener en cuenta también que no cabe entenderse únicamente, como integrantes de dicho atentado las conductas coactivas y violentas, pues se podría destacar también el engaño, pues entre otras se puede destacar el FJ cuarto de la SAP de Ciudad Real de 11 de abril de 2005 (ARP 2005\315), en cuanto establece que: “...ha quedado probado que las mujeres eran captadas en su país natal mediante la promesa de un trabajo honesto, muy distinto desde luego al ejercicio de la prostitución, con la promesa además de facilitarle todos los permisos necesarios, promesa que se trunca nada más llegar al primer domicilio controlado por los acusados...”.

Por lo tanto, cabe entender que la trata de personas con fines de explotación sexual, supone la vulneración de los tres derechos fundamentales ahora expuestos, incluyendo entre otros supuestos el de la explotación de la prostitución, siendo la integridad física, psíquica y moral el primero de los derechos fundamentales violado, ya que mediante el

⁴¹ STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2004 FJ tercero (JUR 2005\178358); STSJ del País Vasco de 7 de diciembre de 2004 FJ tercero (AS 2005\413).

uso de violencia u otras formas coactivas o engañosas, se pretende conseguir el consentimiento de la persona, con el fin de que esta sea trasladada como si de una mercancía se tratara, lo que se confronta con la dignidad. Y todo ello con un fin, este es el de explotarla sexualmente, lo que consecuentemente supone la vulneración del derecho de libertad de profesión y oficio, así como el de la dignidad por ser la persona tratada como un medio de producción.

A mayor abundamiento se podría destacar también el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de Varsovia de 16 de mayo 2005 (en adelante CCE), ratificado por España, donde se establece en su art. 4 a) y b), la misma definición aportada para el término trata de personas que la adoptada por el PP. A su vez, cabe tener en cuenta también el art. 4 c) CCE, donde se establece la definición del término trata de personas cuando las víctimas sean niños, entendiéndose que debe tener tal consideración toda trata realiza a niños pese a que no exista ninguna de las coacciones, lo que se muestra a su tenor literal cuando establece que: “...*la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de un niño con fines de explotación tendrán la consideración de trata de seres humanos, aunque no apelen a ninguno de los medios enunciados en el párrafo (a) del presente artículo...*” Y se entiende por niño todo aquel cuya edad sea inferior a la de 18 años, tal y como establece en su art. 4 d).

Así pues, queda obvio que uno de los casos que debe entenderse por trata de personas es la explotación sexual, cuando concurren las conductas descritas, al quedar encuadrada dentro de la definición del término trata de personas. Y no solo existen los analizados cuerpos normativos, sino que se podrían destacar otros que establecen una definición del término de trata de personas, como es el caso de la Ley 137-03 sobre tráfico ilícito de migrantes y trata de personas, donde en su art. 1, se establece también la misma definición al respecto. Ante esto, queda claro pues que existe una definición universal de dicho término.

Asimismo, cabe tener en cuenta también que dentro del concepto trata de personas entran los casos que ya se ha indicado desde un principio que son especialmente vulnerables a padecer una vulneración de sus derechos humanos, ya que se hace una regulación específica y más severa para el caso de los niños, los migrantes por ser especialmente vulnerables a padecer tráfico ilícito y las mujeres.

2.2. MEDIDAS PREVENTIVAS PARA LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

Teniendo en cuenta que la trata de personas es una violación de los derechos humanos de todo individuo, así como que una de las formas en que esta se muestra es con la explotación de la prostitución, debemos centrarnos en esta última por ser vinculada con el objeto de estudio que nos ocupa. Con ello, cabe tener en cuenta que la normativa internacional ha prohibido la realización, de toda forma de trata de personas, en la medida que el art. 5.3 CDFUE la prohíbe expresamente, de lo que se deduce que toda forma de explotación de la prostitución, cuando en esta concorra cualquiera de las conductas del art. 3 PP, también debe considerarse prohibida.

Para dar cumplimiento a tal prohibición, a nivel internacional se han establecido medidas preventivas, con el fin de que todos los estados firmantes lleven a cabo medidas punitivas para combatir estas conductas. En este sentido se podría destacar el art. 5 PP a cuyo tenor literal se establece que: “...cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del presente Protocolo, cuando se cometan intencionalmente...”. De este modo, ya se establece una obligación a los estados firmantes del mismo, la de llevar a cabo medidas punitivas o de cualquier otra índole con el fin de combatir las lacras del art. 3 PP, como es entre otras la explotación sexual.

De igual modo, existen otros redactados normativos internacionales que han establecido la obligación por parte de los estados firmantes, de llevar a cabo las medidas necesarias para combatir la explotación de la prostitución, de los que cabe nombrar algunos, teniendo en cuenta la protección específica realizada para colectivos más vulnerables, como son las mujeres, menores y migrantes⁴².

⁴² Directiva 2011/93/UE: de 13 de diciembre. *Relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI (LCEur 2004\136), del Consejo.* (LCEur 2011\2147);

Protocolo facultativo: del 25 de mayo de 2000. *Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño (RCL 1990\2712), sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000.* (RCL 2002\1049).

2.2.1. ESPECIAL PROTECCIÓN A LOS COLECTIVOS MÁS VULNERABLES A LA TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL

Si bien es cierto que de la trata de personas, entendiendo comprendida dentro de ella la explotación de la prostitución, pueden ser víctimas tanto hombres como mujeres. En todo caso, cabe tener en cuenta, que este último colectivo es más propenso a sufrir tales males, del mismo modo que sucede con los niños y los migrantes.

Es por ello, que la normativa ha adoptado una serie de medidas preventivas de la explotación sexual, poniendo especial énfasis a la protección de estos tres colectivos:

- 1) Mujeres.** Se debe destacar entre otras normativas internacionales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), ratificado por España en 1984, cuyo art. 6 establece que: *“...los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer...”*. De este modo, establece una protección especial a la mujer, si bien es cierto que tanto hombres como mujeres pueden ser víctimas de explotación sexual, pero se pretende dar una protección específica a las mujeres teniendo en cuenta su especial situación de vulnerabilidad, por lo que en atención a este colectivo no solo existe la prevención de la explotación sexual como personas que son, del modo en que lo establece el art. 5 PP, sino que también se hace como mujeres que son. Y es que de hecho, se pueden destacar otros redactados normativos, que han protegido concretamente la figura del colectivo femenino frente a la explotación sexual, entre otros cabe hacer referencia a la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, que en su art. 2 b) se equipara la prostitución femenina a la violencia de género, pues a tenor literal de lo establecido en este, se entiende por violencia contra la mujer: *“...la violencia física, sexual ...inclusive la violación, el abuso sexual, ... la trata de mujeres y la prostitución forzada...”*. Ante esto, dentro de esta normativa internacional ha quedado equiparada la prostitución a la violencia de género, por lo que en aplicación de otra gran

multitud de textos legales internacionales⁴³, se deduce que la explotación de la prostitución no solo debe entenderse como un modo de trata de personas sino que también constituye una manifestación de violencia de género, cuando el sujeto que es víctima de este fenómeno es una mujer, lo que consecuentemente también debe tipificarse.

- 2) **Niños.** En cuanto a este colectivo, se debe destacar el art. 34 de Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las NU en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en donde se establece que: “...*los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales... tomarán, en particular, todas las medidas... que sean necesarias para impedir: la explotación del niño en la prostitución...*”. A tal efecto, se debe considerar que se protege la explotación de este colectivo de una manera especial, al igual que sucede con el colectivo femenino, es decir que el redactado legal no se refiere simplemente a personas sino que hace referencia a un colectivo específico. En un modo muy parecido se pronuncia el art. 2 de la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (en adelante DMESN), cuyo tenor literal establece que: “...*cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de... las conductas intencionales siguientes: coaccionar a un niño para que se prostituya ...o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines; captar a un niño para que se prostituya...*”. De este modo, ya se establece la obligación de adoptar medidas punibles por parte de los estados que hayan ratificado el DMESN, no solo cuando se trate de explotación de la prostitución, sino por el mero hecho de que exista un lucro por parte de otra persona. Esto supone una protección más privilegiada a este colectivo, que en definitiva es justificada por razones de edad, ya que entre la normativa internacional se

⁴³Decisión 293/2000/CE: de 24 de enero. *Por la que se aprueba un programa de acción comunitario (programa Daphne) (2000-2003) sobre medidas preventivas destinadas a combatir la violencia ejercida sobre los niños, los adolescentes y las mujeres.* (LCEur 2000\247).

pueden encontrar varios redactados legales que velan por la educación de los niños⁴⁴.

- 3) Migrantes.** También ha existido legislación internacional específica protectora de los migrantes, pues debe tenerse en cuenta la especial vulnerabilidad de estos, entorno a la multitud de casos existentes en que esta explotación viene acompañada por inmigración irregular, lo que conlleva que se trate de un doble supuesto de trata de personas. Al amparo de proteger dicho fenómeno, la normativa internacional ha otorgado una protección a este colectivo por el fenómeno referente al tráfico ilícito. Con ello, cabe destacar el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (en adelante PTIM), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en cuyo art. 3 se establece que debe entenderse por tráfico ilícito de migrantes, cuando se facilite la entrada ilegal de una persona en el estado, con el fin de obtener un beneficio financiero con ello. De este modo se pretenden castigar aquellas conductas que persigan el simple lucro mediante una persona migrante en situación irregular, con lo que debe presumirse que no solo se castiga la explotación, sino que por el mero hecho de que exista un lucro en cualquier actividad, que para conseguirlo se haya realizado dicho tráfico. Ante esto y con el fin de combatir este mal, el art. 5 PTIM establece que: “...*los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo...*”, de lo que debe desprenderse que en la medida que estos se hallen en situación irregular no estarán sujetos a las penas derivadas de ello, por el hecho de haber sido víctimas del tráfico de personas. A su vez, el PTIM establece en su art. 6 que los estados firmantes deberán adoptar cuantas medidas sean necesarias para tipificar como delito las citadas conductas, todo ello con el fin de evitar que se produzcan. Es por ello, que debe presumirse que en el caso de migrantes también se dispone de un régimen privilegiado en el caso de la explotación de la prostitución, ya que no solo se protege la explotación de este colectivo, sino que además se

⁴⁴ Convenio núm. 182 de la OIT: 1999. *Sobre las peores formas de trabajo infantil*; Convenio núm. 138 de la OIT: 1973. *Sobre la edad mínima de admisión al empleo*; Convenio núm. 169 OIT: 1989. *Sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes*.

persigue el tráfico ilícito con fines de lucro que estos pueden padecer, existiendo así otra gran cantidad de normativa internacional que lo muestra del mismo modo que el PTIM⁴⁵.

2.2.2. LAS MEDIDAS PUNITIVAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL

Ante la cantidad de medidas preventivas adoptadas por la normativa europea con el fin de erradicar la explotación de la prostitución, habiendo sido muchas de ellas ratificadas por España, esta ha quedado sujeta a la obligación de llevar a cabo las medidas legislativas necesarias para dar cumplimiento a esta, tal y como establece el art. 10.2 CE.

A tales efectos cabe tener en cuenta la protección realizada por el marco normativo interno, a la explotación de la prostitución, por cuanto también ha realizado una protección específica a los migrantes y niños, lo que se recoge en el CP. Conviene pues, reseñar las conductas reconocidas como punibles en este ordenamiento interno español:

- 1) Explotación de la prostitución ajena.** El art. 188.1 CP establece literalmente que: “...*el que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con...*”. De la lectura de tal precepto legal, se desprende que se cumple con lo establecido en la normativa internacional, con el fin de combatir la trata de personas, ya que se refiere a una pena establecida, que se aplica teniendo en cuenta el hecho de que una persona induzca o ayude a que una persona se mantenga a realizar este ejercicio del trabajo sexual, y que lo realiza empleando violencia, engaño, o abusando de una situación de superioridad, así como otras formas coactivas, lo que en definitiva supone dicho cumplimiento, para combatir la trata de personas, entendiendo esta conducta

⁴⁵ Protocolo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Protocolo Marco de Protección a las Víctimas de trata de seres humanos, aprobado el 28 de octubre de 2011 por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Interior, Justicia y Trabajo e Inmigración.

castigada por el CP como trata de personas al ser realizadas las formas coactivas señaladas por el art. 3 PP. Por otra parte, el art. 188.1 CP establece que en la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. A tales efectos, pues, cabe entender que en cumplimiento de la normativa internacional, este concepto también debe entenderse encajado dentro del término trata de personas, ya que esta segunda parte del art. 188 el CP se refiere a la explotación de la prostitución ajena, siendo incompatible en este ordenamiento jurídico aunque exista consentimiento, ya que tal y como establece el art. 3 PP la trata de personas incluye como mínimo la explotación sexual, considerando también que el consentimiento de la víctima no se tendrá en cuenta si se ha recurrido a alguna de las formas coactivas. Por lo tanto, cabe entender que la situación entre trata de personas y prostitución, entendida como tal la explotación de la prostitución ajena con vicios en el consentimiento, debe entenderse como prohibida en el estado español por cumplimiento de la normativa internacional preventiva de la trata de personas, ante lo que cantidad de resoluciones judiciales se han pronunciado⁴⁶, entre las que se puede destacar el FJ sexto de la SAP de Madrid de 8 de marzo de 2013 (ARP 2013\626), en la medida que establece que “...*el bien jurídico protegido del artículo 188.1 Código Penal es el constreñimiento o coacción para el ejercicio de la prostitución con propósitos lucrativos doblegando la voluntad de las víctimas...en definitiva, la intimidación a las víctimas mediante amenazas directas (cortarles la cabeza, o dispararles) o veladas (“pueden pasar cosas”); unida a una actuación como la de privarles del pasaporte y dinero, impedirles salir del local o controlar sus clientes; atentan al bien jurídico protegido y constituyen el tipo del injusto...*”.

- 2) **Explotación de la prostitución de menores.** En cuanto a los menores de edad, en el art. 187.2 CP, se establece que: “...*si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena de prisión de cuatro a seis años...*”, a lo que el art. 187.3 añade: “...*el que lleve a cabo la conducta prevista en el apartado anterior, siendo la víctima menor de trece*

⁴⁶ SAP de Alicante de 5 de mayo de 2005 FJ segundo (JUR 2008\326206); SAP de Zamora de 28 de julio de 2011 FJ tercero (JUR 2011\315756).

años será castigado con la pena de prisión de cinco a diez años... ”. Ante esto se entiende que existe un cumplimiento de la normativa internacional, ya que en virtud de esta se debe dar una protección más específica a este colectivo, y en el CP también se establece un régimen privilegiado sobre este colectivo, pues entendiéndose que se produce lo que es tipificado como delito para una persona adulta, en el caso de menores de edad no se requieren ni tan solo las conductas coactivas, ya que con este régimen privilegiado se pretende proteger la evolución de la personalidad del menor, pues de hecho han sido varias las sentencias en las que se ha resuelto de este modo el conflicto amparado⁴⁷.

- 3) Explotación de prostitución de migrantes.** Por otra parte, en lo que se refiere al colectivo migrante, víctimas de la explotación de la prostitución y de su tráfico ilegal, lo que conlleva que estos se hallen en una situación irregular en España siendo explotados sexualmente, también existe un cumplimiento en el ordenamiento penal español que les da una mayor protección, entendiéndose que la normativa internacional antes citada, también les ha otorgado esta protección privilegiada. Con ello, en lo que se refiere a la explotación de la prostitución de este colectivo, no existe una pena específica para quien se lucre de ella, de modo que la pena impuesta será alguna de las dos anteriores, dependiendo de que el inmigrante sea mayor o menor de edad. Sin embargo, existe la conducta punible en el estado español de tráfico ilícito de migrantes, en el art. 318 bis.1 CP. A su vez, en virtud del art. 59 bis LOEX, se debe facilitar la reintegración social de estas víctimas cuando se trata de inmigrantes en cuanto estos se hallen en situación irregular y son víctimas de lacras como tales, de lo que puede destacarse el art. 59 bis.4 donde se establece que: “...*la autoridad competente podrá declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa...*”, lo que supone en definitiva el cumplimiento de la normativa internacional, pues así ya era como establecía el art. art. 5 PTIM: “...*los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo...*”, lo que también ha sido objeto de amparo jurisdiccional en

⁴⁷ SAP de Alicante de 21 de mayo de 2013 FJ cuarto (JUR 2014\76763); SAP de Málaga de 22 de febrero de 2001 FJ segundo (ARP 2001\322); SAP de Las Palmas de 5 de junio del 2006 FJ cuarto (JUR 2006\296038).

numerosas ocasiones⁴⁸, de las que se podría destacar el FJ segundo de la STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2011 (JUR 2011\438446), en cuanto establece que: “...podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores...recoge una potestad discrecional de la administración según la cual esta podría excusar de la responsabilidad administrativa que en principio le era exigible...”. En todo caso, cabe entender que estas medidas, son claro ejemplo del cumplimiento de la normativa internacional en la medida de dar a este colectivo una protección específica.

3. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE LA PROSTITUCIÓN FORZADA Y VOLUNTARIA

Si los derechos humanos se ven amenazados por la trata de personas, y este fenómeno incluye la explotación de la prostitución, tal vez quepa concluir que toda la prostitución por cuenta ajena supone una violación de derechos fundamentales de la persona prostituida. Sin embargo, en el PP se considera como trata de personas el hecho de que exista un uso de fuerza, coacción, o abuso de situación de vulnerabilidad, entre otras conductas coactivas por parte de un sujeto, con el fin de obtener el consentimiento de la persona prostituida, con el objetivo de lograr así su explotación sexual. Ante esto y con una lectura atenta de esta definición de trata de personas, la prostitución como trata de personas se presume en los casos que existen dichas amenazas y otras formas de coacción con el fin de lograr el consentimiento, para realizar la explotación de la prostitución, lo que se puede definir como prostitución forzada.

Ahora bien, tal vez la cuestión a plantear sea si debe entenderse como trata de personas o violación de derechos fundamentales, aquel lucro de la prostitución que es ejercido mediante un consentimiento sin vicios, es decir en aquellos casos en los que no existen

⁴⁸ STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2011 FJ segundo (JUR 2011\438446); STSJ de Madrid de 25 de enero de 2007 FJ cuarto (JUR 2008\200272); STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2006 FJ tercero (JUR 2007\275342).

los fenómenos expuestos en el PP para lograr este consentimiento de quien se prostituye, sino que la persona que ejerce el servicio, mayor de edad y sin haber sido víctima de tráfico ilícito de migrantes, haya prestado su consentimiento sin haber sido amenazado, coaccionado o aprovechado de una situación de especial vulnerabilidad o necesidad. A nadie se le escapa, que estaríamos pues ante una prostitución de carácter voluntario, la que en aplicación de la normativa internacional hasta el momento analizada, se desconoce si debe penalizarse por parte de quien se lucre de ella.

3.1. EL TRATADO LAKE SUCCESS COMO PARADIGMA DEL ABOLICIONISMO INTERNACIONAL

Con ello, cabe destacar por su fundamental importancia, el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución ajena, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949, conocido más bien como Tratado Lake Success (en adelante TLS), ratificado por España, el 18 de junio del año 1962. A efectos de lo establecido en su preámbulo, ya se considera desde un principio que uno de los derechos que más vulnerados resulta ser con el ejercicio de la prostitución es el de la dignidad, pues a su tenor literal se establece que: *“...considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad...”*. De tal lectura ya se desprende que existe una prostitución voluntaria, sin vicios en el consentimiento, ya que en el preámbulo se establece la prostitución en sí misma, considerándola como incompatible con la dignidad, con lo que pese a que no existan estas formas coactivas y obligatorias, y que consecuentemente no se vulneren los derechos a la integridad física, psíquica y moral, así como la libre elección de profesión u oficio, se parte igualmente de la premisa de que el derecho a la dignidad resulta ser vulnerado en cualquier caso de prostitución, es decir que pese a que esta sea realizada con carácter voluntario se debe entender su ejercicio como un atentado a la dignidad de la persona.

A estos efectos, el art. 1 TLS establece literalmente: *“...las Partes en el presente Convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra:*

- 1) *Concertase la prostitución de otra persona, la indujere a la prostitución o la corrompiere con objeto de prostituirla, aún con el consentimiento de tal persona;*
- 2) *Explotare la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de tal persona.”*

Así pues, se trata de un modelo que persigue fines abolicionistas, de modo que en aras de este, toda forma de prostitución constituye una violación de derechos fundamentales de la persona que se prostituye. Si bien es cierto que en los casos de prostitución voluntaria no se recurre a la amenaza u otros usos de fuerza, pero el ejercicio de este trabajo es incompatible con la dignidad de la persona que lo realiza, por lo que a estos efectos cabe considerar la prostitución como una violación de los derechos fundamentales. Con ello, cabe entender que se trata del redactado legal que culmina con los fines abolicionistas de este fenómeno, por parte de la normativa internacional, en la medida que entiende que existe una prostitución voluntaria, al establecer: “...*quien concertase esta prostitución...*”, así como también realiza una distinción entre los términos concertar y explotar, lo que supone en definitiva una distinción entre un carácter voluntario y otro de forzado, o bien realizado con vicios en el consentimiento por el empleo de formas coactivas para obtenerlo, pero que en todo caso su objetivo es de erradicar cualquier de las dos modalidades en cuanto ambas resultan ser contrarias a la dignidad humana.

Por otra parte, no solo se limita a pretender acabar con toda forma de lucro de la prostitución por parte de un tercero, sino que incluso quien participe de algún modo u otro en su financiamiento o su propio desarrollo, también debe ser castigado en virtud de este redactado normativo internacional. Y es que a tenor literal de lo establecido en su art. 2: “...*las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que:*

- 1) *Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento;*
- 2) *Diere o tomare a sabiendas en arriendo, un edificio u otro local, o cualquier, parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena”.*

En definitiva, en virtud del TLS aunque exista un carácter voluntario se entiende esta conducta como castigable, por parte del tercero que se lucre de esta actividad, así como también de quien la favorezca, en la medida que establece que: “...*las Partes en el presente Convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que...*”. El motivo de ello, radica pues en que como se indica en su propia exposición de motivos, se trata de una violación a los derechos fundamentales relativos a la dignidad de la persona, pues tal y como se ha indicado anteriormente la persona se rige por si misma y no puede ser considerada como un medio. Es por ello, que en la exposición de motivos ya se indica que en la medida que el ejercicio de la prostitución es incompatible con la dignidad, en el cuerpo legal se castigan las conductas de incitación y concertación de prostitución voluntaria.

Ante esto, resulta obvio pues que la persona que ejerce este trabajo por cuenta de otro, aun cuando es realizado de forma voluntaria, se entiende como víctima por haberle sido vulnerado su derecho fundamental a la dignidad, y como víctima que es, no resulta ser considerada en esta normativa internacional como un criminal, por lo que no existen redactados legales internacionales que persigan a quien se prostituye, a diferencia de quien asume las ganancias derivadas de ello.

3.2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Ante la realización de una distinción entre prostitución voluntaria y obligatoria, por parte del TLS, penalizando ambas por parte de quien la determine, es decir de quien tuviera la figura entendible como de empleador, habiendo sido este redactado legal ratificado por España, resulta necesario analizar si el CP solo castiga la prostitución forzada y con vicios en el consentimiento, o si también castiga el lucro de un tercero sobre el trabajo sexual de otro aunque exista una voluntariedad por parte de quien lo realiza.

Tal y como se ha visto anteriormente, el art. 188.1 CP establece las conductas punibles en el ordenamiento jurídico español por parte de quien determina la prostitución de otra persona. En su primera parte no supone ningún obstáculo, ya que cumple con la pena que se debe establecer a la inducción y explotación de la prostitución como fenómeno de la trata, ya que resulta ser una prostitución de coacciones, pues a su tenor literal se establece que: “... *el que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o*

abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella...”, lo que supone el cumplimiento de la normativa internacional que persigue castigar las conductas que supongan en definitiva una prostitución forzada.

Sin embargo, la segunda parte ha creado polémica, al introducir los conceptos: “...*aun con el consentimiento de la misma...*” y “...*explotar la prostitución...*”, pero sin hacer referencia a las conductas coactivas de la primera parte del precepto legal. Con ello, surge la duda en la doctrina judicial de si debe entenderse por explotación en el sentido de que este concepto ya supone el aprovechamiento de la situación de necesidad por parte de otro sin escrúpulos, de modo que ya supone una conducta coactiva, o bien que se debe entender por tal conducta el simple lucro⁴⁹.

Ante esto han existido varias resoluciones judiciales que han venido a considerar: “...*no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión. Para que así acontezca es indispensable que concurran, con carácter general, las siguientes circunstancias: ...Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad...Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución...La ganancia económica...es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo....La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico...*”⁵⁰.

⁴⁹ Blanco Lozano, Carlos. *El Nuevo Derecho Penal Sexual Español tras las Reformas de 2003*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5/2005. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2005. Pp. 3 y ss.

⁵⁰ SAP de Málaga de 4 de diciembre de 2009 FJ primero (ARP 2011\292); STS de 15 de febrero de 2010 FJ cuarto (RJ 2010\2350); SAP de Zaragoza de 28 de octubre de 2010 FJ tercero (ARP 2010\1499); SAP de Almería de 14 de octubre de 2009 FJ segundo (JUR 2009\497666); SAP de Pontevedra de 13 de octubre de 2009 FJ segundo (ARP 2009\1449).

Con ello, se debe tener en cuenta que lo que realmente se ha exigido para calificar una conducta como delictiva en lo que se refiere al art. 188.1 segundo inciso del CP, son una serie de requisitos, entre los que se encuentra el empleo de violencia. Y es que pese a que se indique que tenga que ser un acto más que episódico y que tiene que ser un beneficio directo, lo que coincide en un lucro de la prostitución ejercida voluntariamente, cabe tener en cuenta también que la jurisprudencia citada indica que deben concurrir una serie de requisitos, de modo que no basta con que se cumplan simplemente algunos de ellos para realizar dicha calificación, sino que deben cumplirse todos y cada uno de ellos. De este modo, se debe entender que lo que realmente ha venido a castigar este art. 188.1 segundo inciso del CP ha sido igualmente la explotación de la prostitución ajena mediante coacciones.

Sin embargo, carece de sentido entender que lo que tipifica esta segunda parte del art. 188.1 CP es las conductas en las que se emplean coacciones para que otra persona ejerza la prostitución, ya que este precepto legal empieza estableciendo: “...*en la misma pena incurrirá...*”, lo que hace pensar que no se trata de conductas iguales, pues las conductas coactivas ya son tipificadas en la primera parte de este precepto legal. Ante esto, algunas sentencias se han pronunciado estableciendo que no se trata de conductas iguales, pues si este precepto legal ya se divide en dos partes es precisamente para distinguirlas entre las que existe coacción y las que no, todo ello con el fin de evitar una quiebra del principio de proporcionalidad, esto es que se debe distinguir las que se han realizado mediante estas formas coactivas de las que no, pues pese a que en el delito relativo al art. 188.1 CP la pena establecida sea la misma, puede que por el hecho de realizar conductas coactivas sobre otro también se le aplique otra pena⁵¹.

Ante esto, la respuesta adoptada por los Tribunales, se ha basado en que lo que tipifica el art. 188.1 CP como delito es una prostitución sin coacciones, y en este sentido se ha indicado: “...*de esta forma cabe incluir en la tipicidad del segundo inciso, cuando se den estas condiciones, el llamado proxenetismo no coercitivo, pero en principio quedarían fuera de la misma la denominada " tercería locativa " o el denominado " rufianismo " , cuando existe una situación de igualdad y consentimiento abierto...*”⁵².

⁵¹ STS de 1 de diciembre de 2010 FJ cuarto (RJ\2011\603).

⁵² STS de 1 de diciembre de 2010 FJ cuarto (RJ\2011\603); SAP de Córdoba de 23 de abril de 2013 FJ cuarto (ARP 2013\661); SAP de Albacete de 13 de noviembre de 2012 FJ sexto (JUR 2012\404325).

De este modo se ha venido a castigar así, un proxenetismo en el que no existen coacciones, lo que supone que se castiga el simple lucro por parte de un tercero, pero sin castigarse la inducción y el favorecimiento sin coacciones, los que si son castigados por el primer inciso en el caso de que existan medidas coactivas.

A mayor abundamiento, la doctrina judicial de diferentes salas de lo penal, ha establecido que: *“...en el presente supuesto... debe descartarse claramente la concurrencia del primer inciso del artículo 188 .1 del Código Penal , no existiendo indicio alguno de que contra las mismas se hubiera empleado violencia, intimidación o engaño, o bien se haya abusado de una situación de necesidad o vulnerabilidad determinando a las mismas a ejercer la prostitución. Procede analizar en consecuencia la posible concurrencia del último inciso del artículo 188.1 del Código penal, inciso al que se refiere el ministerio fiscal en el previo recurso de reforma y que castiga a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. Este último inciso fue introducido por la reforma operada LO 11/2003, reintroduciendo así la figura del proxenetismo...”*⁵³.

Así pues, debe entenderse así que pese a que no existan estas coacciones, ha de interpretarse que el derecho a la dignidad humana es el bien jurídico protegido por la legislación penal, por lo que cualquier tipo de prostitución debe ser castigada con el fin de velar por el respeto a dicho derecho. Ahora bien, no se trata de castigar a quien se prostituye ya que en aras de este ordenamiento jurídico se trata de una víctima, sino que se trata de castigar a quien lo vulnera, este es alguien que actúe como posible empleador o empresario. Es por ello que con la reforma del CP por la Ley Orgánica 11/2003, se reintroduce en nuestro ordenamiento jurídico la figura del proxenetismo, suponiendo este fenómeno una conducta punible en el ordenamiento jurídico penal, lo que a efectos de lo dispuesto en el DRAE cabe entender por: *“...persona que obtiene beneficios de la prostitución de otra persona...”*.

⁵³ SAP de Tarragona de 19 de mayo de 2008 FJ primero (JUR\2008\267215); SAP de Málaga de 4 de diciembre de 2009 FJ primero (ARP\2011\292); SAP de Almería de 14 de octubre de 2009 FJ segundo (JUR\2009\497666).

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SEXUALES: ¿RELACIÓN JURÍDICA LABORAL?

Por lo tanto, cabe entender que se trata de castigar a toda forma de prostitución cuando es ejercida por cuenta de otro, ya que se debe proteger la dignidad, entendiéndose el ejercicio de la prostitución por cuenta de otro como incompatible con esta.

CAPÍTULO III. APROXIMACIÓN A LA LABORALIDAD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SEXUALES

Hasta el momento se ha analizado tanto lo establecido legalmente para formalizar un contrato en el marco de una relación laboral, así como también se ha reseñado que el lucro por parte de un tercero en el ejercicio de la prostitución de otra persona constituye un delito por ser contrario a los derechos humanos, pese a que no medien coacciones.

Ante esto, cabe realizar un análisis atendiendo a cada uno de los citados requisitos de toda relación laboral, con el fin de justificar el motivo por el que no puede tener un carácter laboral la prestación de servicios sexuales, en cuanto suponen una vulneración de la dignidad humana.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Existen numerosas sentencias que abordan el estudio de la laboralidad del ejercicio de la prostitución junto a la de alterne, que en los propios antecedentes de hecho se presume la existencia de un local, en el que se ejercía tanto una actividad de alterne como de prostitución⁵⁴, calificando de laboral la primera mientras que no se realizaba dicha calificación en la actividad de prostitución.

Ante esto y lo adoptado por la normativa, que como se ha podido ver hasta el momento, la prestación de servicios sexuales no puede ser vínculo laboral subordinado por confrontarse con la dignidad, mientras que no ocurre así en la actividad de alterne, se está empleando una terminología nueva en la sociedad entorno al carácter laboral de este colectivo: trabajadoras del sexo, trabajadoras sexuales e incluso se emplea el de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, con el fin de realizar una distinción entre las actividades que realizan las camareras de alterne, cuyo vínculo tiene un carácter

⁵⁴ STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 antecedente de hecho primero (AS 2008\673); STSJ de Castilla y León antecedente de hecho primero (JUR 2011\351118); STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008 antecedente de hecho cuarto (AS 2008\1748); STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2008 antecedente de hecho segundo (AS 2008\2392); STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2008 antecedente de hecho segundo (AS 2008\1243); STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 antecedente de hecho segundo (AS 2008\2004).

laboral y consecuentemente dependencia sobre su empleador, respeto el de prostitución que no puede constituir prestación de servicios por cuenta ajena y subordinada⁵⁵.

Y es que en numerosas sentencias se ha considerado que cuando se comprueban la dependencia y ajenidad en la actividad de alterne, existe relación laboral, puesto que de lo contrario se trataría de una actividad por cuenta propia, mientras que el ejercicio de la prostitución a causa de su incompatibilidad con la dignidad no puede tener un carácter dependiente, y consecuentemente no puede tener encaje en el ordenamiento laboral⁵⁶, por lo que en el presente apartado se pretende delimitar si tanto en lo que se refiere a la actividad de alterne como la de prostitución responden al amplio cobijo del Derecho del Trabajo, todo ello en atención a requisitos contractuales como el objeto y la causa, ya que estos deben tener un carácter lícito en todo caso, habiendo sido estos los que no han permitido la calificación laboral del ejercicio de la prostitución por la ilicitud de su causa, sentido en el que se puede destacar el FJ tercero de la STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2013 (JUR 2014\2586), en cuanto establece que: *“...sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales para terceros existe una ya consolidada jurisprudencia que distingue entre la actividad de "alterne" que se realiza en el ámbito de una relación laboral, es decir, por cuenta ajena, en el ámbito de organización y dirección de una empresa, con sometimiento a jornada y horario (por flexibles que éstos sean) y a cambio de una retribución, y la actividad de prostitución que se ejerce por cuenta propia...en este caso, estaríamos ante un contrato con causa ilícita que no produce efecto alguno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil, situación en la que no se puede reconocer relación laboral a dicha actividad...”*.

Ante esto cabe tener en cuenta, no tan solo si resulta ser una actividad que no puede ser encajada en el ordenamiento laboral en atención a los requisitos exigidos para ello, sino que también se debe partir de la dignidad de los trabajadores por si misma, de modo que no solo se debe excluir la prostitución del Derecho del Trabajo por no ser digno el

⁵⁵ Pacheco Zerga, Luz. *La aplicación del Derecho en el caso «Mesalina»*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 16/2004. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2004. Pp. 8 y ss.

⁵⁶ STS de 6 de mayo de 2010 FJ segundo (JUR 2010\202049); STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 FJ segundo (AS 2009\1748); STSJ de Asturias de 26 de octubre de 2012 FJ tercero (AS 2013\481); STSJ de Castilla- La Mancha de 26 de julio de 2011 FJ tercero (JUR 2011\330270); STSJ de Navarra de 22 de noviembre de 2010 FJ cuarto (JUR 2011\122336); JS de Tarragona de 20 de julio de 2007 FJ cuarto y quinto (JUR 2008\385182).

hecho de estar sujeto a órdenes de otra persona en lo que se refiere a la prestación de sus servicios sexuales, puesto que pese a que esta actividad sea realizada por cuenta propia ello supone establecer un precio al propio ser con lo que se pierde esta dignidad, ya que la dignidad no tiene precio y cuando lo tiene deja de ser dignidad⁵⁷.

Y es que, pese a que exista una prohibición en la legislación penal acerca del lucro por parte de un tercero de la prostitución ajena, ha venido considerándose igualmente el ejercicio del trabajo sexual como un atentado a la dignidad humana incluso cuando se realiza por cuenta propia, ya que en definitiva en ese otro extremo, quien se prostituye también es tratado como una mercancía y tiene un precio. Sin embargo, es el propio CP quien incita al debate de por qué no regular esta actividad, pues en la medida en que en su art. 188.1 tipifica a quien se lucra de la prostitución de otro, exonera de responsabilidad criminal a quien se prostituye, pues de hecho en lo que se refiere al ejercicio de la prostitución libre y voluntaria se halla en una situación de alegalidad⁵⁸. Ante esto, parece obvio que exista esta distinción entre ambas actividades, en la medida que mientras una de ellas es ejercida por cuenta ajena la otra es realizada por cuenta propia, ya que obviando por un momento lo referente a la dignidad, no existe legislación específica que pretenda castigar a quien realiza el ejercicio de su trabajo sexual, al ser este considerado como una víctima.

Ahora bien, cabe tener en cuenta que si la actividad referente a la prestación de servicios sexuales no está encuadrada en el ámbito aplicativo del Derecho Laboral, teniendo en cuenta también que en muchas ocasiones viene acompañada de tráfico de personas, estas posibles víctimas quedan aún más desprotegidas, no siéndoles reconocidos los derechos que se derivarían de una relación laboral⁵⁹. Y es que han sido varios los pronunciamientos judiciales que han considerado que el estado de la cuestión es verdaderamente delicado, al quedar abierto un debate social hacia esta legalización,

⁵⁷ Pacheco Zerga, Luz. *La aplicación del Derecho en el caso «Mesalina»*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 16/2004. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2004. Pp. 11 y ss.

⁵⁸ Salas Porras, María; Vila Tierno, Francisco. *El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena*. Pp. 3 y ss. Fecha consulta: 06/05/2014. Puede consultarse en: <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf>.

⁵⁹ Rivas Vallejo, Pilar. *EXTRANJERAS Y MUJERES, la irregularidad en la precariedad. Sin papeles ni derechos*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 20/2005. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2006. P. 1.

donde se ha destacado en muchas ocasiones que ni el poder ejecutivo ni el legislativo no quieren o no pueden abordar este fenómeno⁶⁰.

En definitiva, resulta diferenciarse entre ambas actividades a razón de que mientras una de ellas tiene un encaje en el Derecho del Trabajo la actividad de prostitución ya no, quedando por tanto excluida de toda la protección derivada del ámbito tuitivo de esta rama del Derecho. Es por ello que en los próximos apartados conviene dar una distinción entre ambas actividades, con el fin de entender como han razonado los Tribunales la calificación laboral de la actividad de alterne mientras como se ha venido a justificar la exclusión de la prostitución del amplio cobijo del Derecho Laboral.

2. EL DESLINDE CONCEPTUAL ENTRE ACTIVIDAD DE ALTERNE Y PROSTITUCIÓN

Tal y como se ha mencionado en el apartado precedente, numerosas sentencias muestran en muchas ocasiones, que actividad de alterne y prostitución se realizan conjuntamente, quedando esta última excluida del ámbito protector del Derecho del Trabajo.

En este apartado se va a realizar un análisis, de los argumentos jurídicos que contienen dichos pronunciamientos, que si bien se razona por la ilicitud de la causa en lo que se refiere al ejercicio de la prostitución, al ser contraria a lo establecido en el art. 188.1 CP, conviene en todo caso profundizar, mediante un análisis de cada aspecto valorado para realizar tal calificación, por parte del juzgador, así como también de lo considerado respecto la actividad de alterne.

2.1. ESTUDIO DE LA LABORALIDAD DE LA ACTIVIDAD DE ALTERNE

Consideramos conveniente, resaltar lo que debe entenderse por actividad de alterne, con anterioridad a realizar el análisis jurisprudencial que establezca si dicha actividad puede ser considerada o no como laboral, por cumplimiento o no de las notas calificadoras de esta. En este sentido, en el DRAE se establece una remisión del concepto alterne a su verbo “*alternar*”, lo que en definitiva el propio diccionario considera como: “*dicho de*

⁶⁰ Benlloch Sanz, Pablo. *La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 26/2008. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2008. P. 1.

una mujer: En ciertas salas de fiestas, bares y lugares semejantes, tratar con los clientes, para estimularles a hacer gasto en su compañía, del cual obtienen generalmente porcentaje”.

Pero también cabe tener presente que han sido varios los artículos doctrinales que han abordado el tema a lo que han entendido: “*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”*⁶¹. Asimismo, conviene reseñar que la jurisprudencia no ha aportado ninguna definición al respecto.

Realizada la definición de lo que debe entenderse por actividad de alterne, procede realizar una aproximación a la laboralidad de la misma en atención al cumplimiento de los requisitos de toda relación laboral, analizados ya en anteriores capítulos.

2.1.1. EL CUMPLIMIENTO DE LAS NOTAS DE LABORALIDAD EN LA ACTIVIDAD DE ALTERNE

La doctrina judicial mayoritaria, ha considerado que esta actividad puede ser objeto de contrato siempre y cuando concurren los requisitos esenciales de toda relación laboral, estos son los contemplados en el art. 1 ET, con especialidad a los requisitos de ajenidad y dependencia, al ser los que más complejidad han venido causando⁶².

Y es que tal y como más adelante se verá, las primeras resoluciones judiciales, del ya extinto Tribunal Central de Trabajo (en adelante TCT), entendían que la actividad de alterne no podía ser objeto de contrato de trabajo, a causa de la ausencia de ajenidad y dependencia, por lo que resultaba una actividad de imposible inclusión en el ámbito laboral por la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos para ello. Sin

⁶¹ Arias Domínguez, Ángel. *Prostitución y Derecho del Trabajo ¿auténtica relación laboral?* Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm.61/2008. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2008. P. 2.

⁶² STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 FJ primero (AS 2008\2004); STSJ del País Vasco de 24 de mayo de 2011 FJ tercero (JUR 2011\300816); STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2010 FJ segundo (AS 2010\2368).

embargo, las recientes resoluciones judiciales tienden en su mayoría a reconocer el carácter laboral de esta actividad, cuando concurren las notas de laboralidad, reconociendo también la existencia de una actividad de alterne por cuenta propia cuando estas no concurren.

En todo caso, conviene realizar un análisis de estos requisitos calificadores de toda relación laboral y su cumplimiento en la actividad de alterne:

- 1) **Trabajo personal.** En la medida en que anteriormente ya se ha establecido que la prestación de servicios debe tener un carácter personal, entendiendo así que es el propio trabajador que formaliza el contrato quien presta sus servicios, queda obvio en un principio que para que la actividad ahora analizada tenga el carácter de laboral, los servicios de alterne deben ser realizados de una forma personal por parte del propio trabajador que haya formalizado el contrato de trabajo. En este sentido se podrían destacar varios antecedentes de hecho de numerosas sentencias, en los que ya se indicaba desde un principio el carácter personal de la prestación de los servicios⁶³, del mismo modo que para la calificación técnica del vínculo contractual que unía a ambas partes, han tenido en cuenta este fenómeno en los fundamentos jurídicos de ciertas sentencias⁶⁴, a título de ejemplo se podría destacar antecedente de hecho segundo de la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2011 (AS\2011\1513), en cuanto establece: “...se concluye que los trabajos realizados por las señoritas, en especial los de toma de copas con el cliente, se consideran trabajos por cuenta ajena...se aprecian en esta relación laboral empresa-trabajadora, las características de ajenidad en el trabajo realizado...la trabajadora no pone ningún útil o herramienta, solo aporta su trabajo personal...”.
- 2) **Voluntariedad en la prestación de servicios.** En lo que se refiere a la voluntariedad, cabe partir ya desde un principio, de que es indispensable, pues de lo contrario estaríamos ante una obligatoriedad, lo que supondría un

⁶³ STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 antecedente de hecho segundo (AS 2009\1748); STSJ de Castilla y León de 31 de marzo de 2005 antecedente de hecho segundo (AS 2005\2720); STSJ de Aragón de 28 de marzo de 2012 antecedente de hecho segundo (AS 2012\1494).

⁶⁴ STSJ de Galicia de 4 de diciembre de 2009 FJ tercero (JUR 2010\34781); STSJ de Castilla y La Mancha de 8 de marzo de 2011 FJ tercero (AS 2011\1513).

incumplimiento legal. Ante esto, conviene destacar que en la medida que la actividad de alterne se ha ejercido conjuntamente con la de prostitución, en los casos que se ha realizado sin una manifestación de voluntariedad ha tenido sus consecuencias jurídicas, pues ejemplo de ello es entre otras, la SAP de Murcia de 16 de julio de 2007 (ARP 2007\624), por cuanto en su antecedente de hecho tercero queda acreditado que: “...tales datos evidencian que al menos las ocho chicas a que se refiere el escrito de acusación estaban intimidadas en el establecimiento, eran objeto de violencia y se empleaban contra ellas medios coactivos para obligarlas a prostituirse, no ejerciendo libremente su libertad sexual...”. Pero en todo caso, conviene reseñar y centrarse, en una actividad realizada de forma voluntaria, sin ningún tipo de obligatoriedad, pues en los casos que dicho requisito ha sido cumplido, ello ha sido tenido en cuenta para encuadrar dicha relación en el ámbito laboral, en la medida que se ha establecido: “...prestaban de forma voluntaria unos servicios y remunerada por cuenta de otro y en el ámbito de su organización y dirección...”⁶⁵.

- 3) Retribución por el trabajo realizado.** Resulta ser también una condición necesaria para que una relación tenga el carácter de laboral que exista una remuneración por los servicios prestados, lo que se puede contemplar en varios de los casos abordados por distintas sentencias, con lo que estas reconocen el carácter laboral de la actividad de alterne en relación al cumplimiento de este requisito⁶⁶, de las que se puede destacar el FJ segundo de la STSJ de Murcia de 16 de abril de 2012 (AS 2012\1556), por cuanto establece que: “...la ajenidad, dependencia y retribución fueron constatadas por los inspectores en la forma que se ha venido indicando respecto de todas las trabajadoras citada en el hecho primero, y en las condiciones acreditadas que también se hacen constar, por lo que se considera acreditada la existencia de relación laboral de todas las trabajadoras afectas...”. A su vez, cabe tener en cuenta también que este concepto ha sido uno de los que más problemática ha causado a la hora de calificar la laboralidad de esta actividad, ya que tal y como se muestra en los

⁶⁵ STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2009 FJ tercero (JUR 2009\402382); STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2010 FJ sexto (AS 2011\490); STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010 FJ tercero (JUR 2011\49532).

⁶⁶ STSJ de Navarra de 5 de octubre de 2012 FJ tercero (AS 2012\2986); STSJ de la C. Valenciana de 3 de octubre de 2012 FJ tercero (JUR 2013\27904).

antecedentes de hecho de numerosas sentencias esta retribución se ha satisfecho en una gran cantidad de ocasiones mediante la modalidad de pago a comisión y en algunas de ellas incluso ha sido satisfecha directamente por el cliente⁶⁷, sin embargo esto no ha supuesto ningún problema para el cumplimiento de este requisito, en la medida de que se ha establecido que: “...*el que la comisión sea entregada directamente por el cliente a la trabajadora o sea abonada por la empresa previo cobro al cliente es puramente artificioso e irrelevante...*”⁶⁸.

- 4) Ajenidad.** En lo que se refiere a la nota de ajenidad se puede presumir que quien presta los servicios de alterne resulta ser ajeno a los beneficios de él, ya que como se ha indicado en numerosas sentencias, solo percibe una parte de éstos, que en todo caso había acordado con el empresario. Así la jurisprudencia ha establecido que debe presumirse existente esta ajenidad siempre que se acredite ser ajeno en los beneficios derivados de su actividad, del modo en que ha interpretado que: “...*la ajenidad se manifiesta de forma inequívoca al ser la empresa quien incorpora los beneficios producidos por la actividad de alterne, esto es, por las consumiciones y los bailes. Se trata, en definitiva, de trabajadoras por cuenta ajena, puesto que la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores...*”⁶⁹. Y es que de hecho este requisito junto a la dependencia ha sido el que ha causado mayor problemática para la calificación laboral de la actividad de alterne, pues entre otras el FJ tercero de la STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2013 (JUR 2014\2586), ha interpretado: “...*sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales para terceros existe una ya consolidada jurisprudencia que distingue entre la actividad de "alterne" que se realiza en el ámbito de una relación laboral, es decir, por cuenta ajena, en el ámbito de organización y dirección de una empresa, con sometimiento a jornada y horario (por flexibles que éstos sean)...*”.

⁶⁷ STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2010 antecedente de hecho cuarto (AS 2010\3110); STSJ de Castilla y León de 21 de septiembre de 2011 antecedente de hecho segundo (JUR 2011\351118).

⁶⁸ STSJ de Castilla y León de 21 de septiembre de 2011 FJ segundo (JUR 2011\351118).

⁶⁹ STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 FJ segundo (AS 2009\1748); STSJ de Castilla Y León de 21 de septiembre de 2011 FJ segundo (JUR 2011\351118); STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2009 FJ tercero (AS 2009\2506).

5) Carácter dependiente de la relación laboral. En cuanto al requisito de dependencia ha supuesto problemática en ciertos supuestos, ya que en los antecedentes de hecho de algunas de las sentencias se establece que existe una gran libertad de actuación por parte de quienes ejercen este servicio, de las que se puede destacar a modo de ejemplo la STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 (AS 2008\673), por cuanto en su antecedente de hecho primero establecía que: “...*dicha actividad la han venido desarrollando de forma voluntaria y sin sujeción a horario alguno ni a órdenes o instrucciones de trabajo...*”. Sin embargo, este concepto de libertad ha venido flexibilizándose con el tiempo, lo que en definitiva ha supuesto que cabe entender por dependencia el mero hecho de quedar sujeto a las órdenes de quien actúe como empleador o empresario. De este modo y en atención a algunos de los pronunciamientos judiciales, se ha entendido que esta dependencia del trabajador respecto del alternador existe siempre y cuando la actividad se realice en el seno de una organización empresarial, sin constituir este requisito en una subordinación rigurosa y estricta a todos los efectos sobre las órdenes del empleador, sino que se entiende por cumplido por el mero hecho de estarse bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue⁷⁰, pues entre otras se puede destacar la STSJ de Galicia de 2 de junio de 2008 (AS 2008\1917), en la medida que en su FJ segundo establece que: “...*no obstante, la dependencia ha venido flexibilizándose en el sentido de no ha de entenderse por tal una «subordinación rigurosa y absoluta, sino una «inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial», que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne...*”.

Así pues, los Tribunales han venido a considerar que la actividad de alterne puede ser en sí misma una relación laboral por cuenta ajena siempre y cuando concurren los requisitos establecidos para ello por el art. 1 ET⁷¹.

⁷⁰ STSJ de Navarra de 6 de junio de 2007 FJ tercero (AS 2007\3631); STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 2004 FJ tercero (AS 2005\242); STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2005 FJ segundo (AS 2005\1881).

⁷¹ STS de 21 de octubre de 1987 FJ único (RJ 1987\7172); STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 FJ segundo (AS\2008\673); STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 FJ primero (AS 2008\2004).

2.1.2. EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONTRACTUALES EN LA ACTIVIDAD DE ALTERNE

En atención a los requisitos esenciales de todo contrato de trabajo, conviene reseñar cada uno de ellos analizando así según consta en la jurisprudencia, si la actividad de alterne puede estar en el marco de un contrato de trabajo por cumplimiento de estos. A tales efectos es necesario distinguir entre:

1) **Consentimiento.** En lo que se refiere al consentimiento, cabe tener en cuenta lo establecido anteriormente, en la medida que se establece quien puede prestarlo y los vicios que pueden presentarse en él que conllevarían la nulidad del contrato. Con ello, en lo que se refiere a la actividad de alterne, del mismo modo que se reconoce la laboralidad del servicio se reconoce la validez del contrato, cuando este está prestado sin vicios y por una persona capacitada para prestarlo, ya que en definitiva acaba siendo una manifestación de la voluntad requerida por el art. 1 ET⁷². Por el contrario, pese a que esta actividad tenga reconocido un carácter laboral, en otra serie de casos este consentimiento ha sido prestado por menores de edad o se ha producido con vicios, lo que ha sido objeto tipificado como delito, ya que en estos supuestos no solo se realizaba la actividad de alterne sino también la de prostitución, a lo que debe tenerse en cuenta la prohibición expresa de los arts. 187 y 188.1 CP⁷³.

2) **Objeto.** El objeto del contrato, como se ha indicado con anterioridad es la actividad a realizar por parte del trabajador, debiendo ser este determinado y conforme a las leyes y las buenas costumbres. A tales efectos, conviene analizar si esta actividad cumple con dichos requisitos:

2.1.Determinado. En aras del CC esta acción que debe realizar el trabajador a cambio de la correspondiente retribución debe estar determinada, en el sentido de que no puede ser genérica o abstracta, ya que de lo contrario estaríamos ante un objeto contractual nulo. Con ello, se podrían destacar

⁷² STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 FJ segundo (AS 2009\1748); STSJ de Galicia de 30 de junio de 2008 FJ quinto (AS 2008\2173); STS de 10 de noviembre de 2009 FJ primero (JUR 2009\487231); STS de 30 de enero de 2007 FJ primero (JUR 2007\102513).

⁷³ SAP de Ciudad Real de 11 de abril de 2005 FJ séptimo (ARP 2005\315); SAP de Navarra de 18 de febrero de 2004 FJ tercero (ARP 2005\146).

varias resoluciones judiciales⁷⁴, en la medida que en sus propios antecedentes de hecho se establece que la función de los trabajadores que ejercían la función de alterne era la de animar al público mediante su atractivo sexual e incitar de este modo al consumo de bebidas, lo que supone que quienes realizaban dicho trabajo sabían lo que debían hacer, pues este objeto contractual era determinado a todos sus efectos, de modo que en atención a dicho requisito puede presumirse que la actividad de alterne es ajustada a derecho. En este sentido se podrían destacar entre otras la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2009 (AS 2009\2506), cuyo antecedente de hecho tercero establece que: “...alternaban con los clientes para incitarles a consumir bebidas y a invitarlas, percibiendo a cambio la mitad del valor de la copa...”, lo que debe entenderse como una función determinada y concreta, pues existe un conocimiento de lo que deben hacer.

2.2.Posible. También debe ser posible, en la medida que esta actividad no podría ser objeto contractual si fuera imposible de realizar. En este caso, debe presumirse existente y cumplido dicho requisito, pues no tiene nada de imposible el hecho de realizar la función consistente en el alterne, ya que cuando la jurisprudencia define la actividad de alterne, establece que: “...queda vinculada con un local comprometiéndose a permanecer en el establecimiento para animar el ambiente...”⁷⁵, y de ahí que no exista nada de imposible en realizar dicha actividad. Podría ser una imposibilidad en un caso como tal el hecho de estar en dos locales, pues nadie puede estar en dos lugares distintos en el mismo núcleo de tiempo, pero por esto ya se indica en la propia definición de alterne que se trata de permanecer en un local, por lo que debe calificarse esta actividad como posible en cuanto a su objeto.

2.3.Lícito. Este objeto contractual debe ser lícito en la medida que debe respetar las leyes y las buenas costumbres, a lo que se debe plantear ante ello si realizar este ejercicio de la actividad de alterne resulta ser contrario a la

⁷⁴ STSJ de Castilla y León de 21 de septiembre de 2011 antecedente de hecho segundo (JUR 2011\351118); STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 antecedente de hecho segundo (AS 2009\1748); STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2004 antecedente de hecho segundo (AS 2004\886).

⁷⁵ Arias Domínguez, Ángel. *Prostitución y Derecho del Trabajo: ¿auténtica relación laboral?* Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm.61/2008. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2008. Pp. 2 y ss.

legislación actual, a lo que en absoluto se puede contestar afirmativamente, pues no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma que prohíba el ejercicio de esta actividad. Con ello, en determinados supuestos se ha venido a considerar que: “...*falta de cita de la infracción legal a través del correspondiente motivo de casación...*”⁷⁶, de lo que debe derivarse pues, que en los recursos que se plantearon en su momento con el fin de declarar dicha actividad como ilegal no se encontró en absoluto ningún redactado legal que estableciera la prohibición de su ejercicio, por lo que tampoco puede presumirse que la actividad de alterne sea ilícita en cuanto a su objeto.

3) Causa. Por lo que se refiere a la causa, como ya se ha establecido con anterioridad, debemos entender como tal el beneficio que se remunera, es decir la finalidad que se persigue, que en este caso resulta ser la obtención de un lucro por parte del empresario a partir de los bailes eróticos realizados con ropa provocativa por parte de quienes realizan esta actividad, y que se hallen a su cargo, mientras que para el trabajador esta causa es la de obtener una remuneración derivada del lucro de su empresario. Ahora bien, esta causa debe reunir dos requisitos:

3.1. Verdadera. En este sentido, cabe calificar que si el contrato derivado de esta relación laboral no es verdadero se declarará la nulidad del contrato, lo que supone en definitiva que en la medida de que dicho fenómeno no se produzca no va a existir ningún problema para la validez de este contrato. Y en este sentido no se ha pronunciado en absoluto la jurisprudencia acerca de las actividades de alterne y de prostitución.

3.2. Lícita. Esta finalidad perseguida, debe ser ajustada a derecho, pero no del modo en que se establece en el objeto, sino en la medida de que sea legal el hecho de que exista un lucro derivado de esta actividad. Ante esto cabe plantearse si realmente se trata de una actividad prohibida legalmente, a lo que en absoluto puede encontrarse en nuestro ordenamiento jurídico ningún redactado legal que realice dicha prohibición, pues de hecho si se reconoce como actividad laboral no puede considerarse prohibido el hecho de que

⁷⁶ STS de 5 de octubre de 2011 FJ primero (JUR 2011\396109); STS de 25 de octubre de 2011 FJ segundo (JUR 2011\428666).

exista un lucro por parte de otro⁷⁷, pues en este sentido lo han venido a considerar algunas resoluciones judiciales como la STS de 21 de julio de 1995 (RJ 1995\5948), en la medida que en su FJ tercero se establece que: *“...pues bien, sobre la figura concreta del captador/a de clientes o camarero/a de alterne el orden jurisdiccional social ha venido reconociendo su acogida en el ámbito del contrato de trabajo por lo que queda ya anticipado el reconocimiento de su «licitud» como medio de vida...y, lógicamente, si tiene ese carácter como actividad realizada por cuenta ajena...”*.

Por lo tanto, en atención a los requisitos esenciales de todo contrato de trabajo cabe considerar su cumplimiento por parte de la actividad de alterne, siempre que el consentimiento sea prestado sin vicios y por alguien capacitado para llevarlo a cabo. Y en lo que se refiere al objeto y causa no pueden suponer ningún obstáculo al efecto, por no ser considerados contrarios a la moral, a las buenas costumbres ni a la legislación actual, así como las funciones a realizar en dicha actividad tampoco son indeterminadas o imposibles de realizar.

2.1.3. LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS TRABAJADORES DE ALTERNE

Resulta ser un requisito esencial de todo contrato, la capacidad en formalizarlo que deben poseer quienes pretendan llevarlo a cabo, de este modo, según el caso de cada persona va a poder realizar su contratación sin más, o bien va a requerir una autorización de quienes ostenten su representación, o simplemente no va a poder concertar la prestación de sus servicios. Asimismo, teniendo en cuenta lo establecido para el caso de los ciudadanos extranjeros, éstos deberán estarse a las autorizaciones de residencia y trabajo, o bien a la libertad de circulación de los tratados internacionales que tenga suscrito su país de origen, en el caso de que sean procedentes de un país perteneciente a la UE.

De todo esto se deriva que la actividad de alterne, en cuanto actividad laboral reconocida que es, así como también que puede cumplir con los requisitos esenciales de todo contrato, puede ser formalizada contractualmente, por cualquier persona que a

⁷⁷ STS de 24 de febrero de 1997 FJ primero (RJ 1997\1543).

efectos del CC esté habilitada para la contratación de su trabajo, y disponiendo de las autorizaciones de otras personas en el caso que se precisen.

De este modo, existen casos en los que se ha tipificado como delito el hecho de formalizar una contratación con una persona que no pueda llevarla a cabo. Ahora bien, cabe destacar que como ya se ha mencionado en la actividad de alterne suele existir una actividad encubierta de prostitución⁷⁸, lo que supone que en casos como tales no se ha tipificado el delito de utilizar personas para la actividad de alterne sin que estas estén legitimadas para formalizar la contratación de su trabajo, sino que se ha venido penalizando el hecho de lucrarse de la prostitución de personas que gozan de un régimen más privilegiado cuando son víctimas de esta lacra, como es el caso de los menores y los extranjeros⁷⁹.

2.2. ANÁLISIS DE LA LABORALIDAD DEL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN POR CUENTA AJENA

Resulta necesario desde un principio realizar una definición de lo que debe entenderse por prostitución, lo que a tenor literal del DRAE se considera: “*actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero*”. Asimismo, conviene reseñar ya desde un principio que la jurisprudencia no ha aportado ninguna definición al respecto.

En atención a ello, conviene realizar un análisis del motivo por el que esta prestación de servicios sexuales hacia otra persona a cambio de dinero, no puede ser objeto de contratación laboral, atendiendo a una estructura como la utilizada para la actividad de alterne.

⁷⁸ STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2009 antecedente de hecho cuarto (JUR 2009\386815); STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2010 antecedente de hecho segundo (AS 2010\2368); STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008 FJ cuarto (AS 2008\1748).

⁷⁹ SAP de Cáceres de 27 de junio de 2012 FJ segundo (JUR 2012\257060); SAP de Albacete de 23 de enero de 2009 FJ segundo (ARP 2009\479).

2.2.1. LAS NOTAS DELIMITADORAS DE LA RELACIÓN JURÍDICA LABORAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SEXUALES

Anteriormente se ha identificado la prohibición expresa del lucro por parte de otro de la prostitución ajena. Ahora bien, ante ello cabe realizar un análisis con el fin de delimitar que vinculación existe entre el encaje de la actividad de la prostitución en el ámbito laboral respecto dicha prohibición, ya que distintas resoluciones judiciales han contestado en la medida que han reconocido únicamente la laboralidad de la actividad de alterne⁸⁰.

Y es que dejando por un momento de lado el ilícito penal que supone el lucro de la prostitución por parte de otro, cabe tener en cuenta que en algunos casos que se ha estudiado la laboralidad de dicha actividad, se ha añadido: “...es cierto pues, que si se cumplen todos los requisitos fijados por el artículo 8.1, nos encontramos ante un verdadero contrato de trabajo; pero no porque se presuma por mandato legal, sino porque se cumplirían todos los requisitos legalmente fijados para la existencia de este tipo de contrato...”⁸¹. A tales efectos conviene realizar un estudio de cada una de estas, poniendo atención a las interpretaciones llevadas a cabo por los Tribunales, con el fin de delimitar el motivo por el que dicha prestación de servicios no puede tener encaje en el ámbito laboral:

- 1) **Trabajo personal.** En lo que se refiere a la nota de trabajo personal, cabe decir que a la hora de excluir el ejercicio de la prostitución del marco del contrato de trabajo, no ha resultado ser en absoluto el factor decisivo para ello. Y es que de hecho, en aplicación de este requisito se podría establecer que la prestación de servicios sexuales puede ser objeto de una relación laboral, pues lo que se requiere es que el trabajo sea ejercido personalmente, es decir que exista un carácter personal en su prestación. Ante esto, se podrían destacar varios antecedentes de hecho de diferentes sentencias, así como también diferentes FJ, en que pese a la calificación de esta actividad como de imposible encaje en el ordenamiento laboral por cuenta ajena, se ha reconocido que este requisito se ha

⁸⁰ STS de 10 de noviembre de 2009 FJ primero (JUR 2009\487231); STS de 12 de enero de 2010 FJ primero (JUR 2010\67022); STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 FJ segundo (AS 2009\1748).

⁸¹ SJS de Vigo de 7 de Mayo de 2004 FJ tercero (AS 2004\1276).

cumplido, en la medida que han establecido que: “...ejercían la prostitución en el local con los clientes que allí acudían...”⁸², así como también: “...donde ejercen libremente la prostitución...”⁸³. De este modo, cabe entender que en atención a dicho requisito se podría presumir que la actividad del comercio sexual por cuenta ajena puede tener encaje en el marco de un contrato de trabajo.

- 2) **Voluntariedad en la prestación de servicios.** Conviene reseñar que en lo que se refiere a la voluntariedad a la hora de prestar los servicios por cuenta de un empleador, tal y como se ha dicho anteriormente, han existido casos en los que ha sido vulnerada, pues se trataría de una manifestación de la trata de personas, en la que se ha producido una obligación en realizar esta prestación de servicios, por lo que consecuentemente ha tenido sus consecuencias penales. Y es que en este sentido la voluntariedad en la prestación de estos servicios está estrictamente vinculada con el consentimiento, pues como ya se ha indicado el consentimiento es una manifestación de la voluntad, el cual como se ha dicho no se tiene en ningún caso por presentado, al ser una actividad con causa ilícita. Sin embargo, cabe centrarse en si atendiendo al cumplimiento de este requisito, esta actividad puede tener encaje en las relaciones laborales por cuenta ajena. Con ello, han sido varios los antecedentes de hecho así como también FJ, que han manifestado que la misma se produce, en la medida que han establecido que: “...la han venido desarrollando de forma voluntaria...”⁸⁴. De esto se deriva así, en un primer momento que en la medida que se cumpla el requisito referente a la voluntariedad, de modo que no sea presentada con vicios, no puede haber problema alguno en calificar de laboral esta relación. Pero en todo caso conviene

⁸² STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2009 antecedente de hecho cuarto (JUR 2009\386815); STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2008 antecedente de hecho cuarto (AS 2008\2392); STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2009 antecedente de hecho cuarto (JUR 2009\402382); STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 antecedente de hecho primero (AS 2008\2004); STSJ de la C. Valenciana de 12 de diciembre de 2007 antecedente de hecho primero (JUR 2008\148124).

⁸³ STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 2003 FJ segundo (AS 2003\3638); STSJ de la C. Valenciana de 12 de diciembre de 2007 FJ primero (JUR 2008\148124); STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008 FJ tercero (AS 2008\1748); STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 FJ primero (AS 2008\2004).

⁸⁴ STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 antecedente de hecho primero (AS 2008\673); STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2013 FJ tercero (JUR 2014\2586); STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2011 FJ tercero (AS 2011\1513); STSJ de la C. Valenciana de 25 de abril de 2013 FJ primero (JUR 2013\258746).

estarse a lo dispuesto en el CP referido al consentimiento, por lo que resulta ser un término muy complejo, que se desarrollará más extensamente cuando se haga referencia al consentimiento.

- 3) Retribución.** En atención a la existencia de una retribución, como condición *sine qua non*, para que así poder calificar un vínculo de laboral, cabe mencionar que ha sido uno de los requisitos que ha causado debate. Si bien es cierto que esta es satisfecha con la modalidad de pago a comisión⁸⁵, reconocida legalmente en el art. 29 ET, por lo que en un principio no debe suponer ningún problema a la hora de calificar el ejercicio de la prostitución como una actividad laboral. Pero en determinados supuestos ha existido polémica, como ha sido el hecho de que la remuneración sea satisfecha directamente por el cliente, lo que del modo en que ya se ha comentado en la actividad de alterne, esto no supuso en absoluto problema alguno, ya que se consideró artificioso e irrelevante. Igualmente, también se han planteado otras cuestiones entorno a la retribución, que solo afectaban al ejercicio de la prostitución y no a la actividad de alterne, ya que en determinados supuestos quienes ejercen este trabajo realizan a su empresario un pago de alojamiento, añadiendo la propia sentencia que: “...ocupaban una habitación en el establecimiento -en algunos casos compartida- por las que abonaban 50 € diarios...”⁸⁶, a lo que algunas sentencias acabaron interpretando que: “...el pago del alojamiento y manutención por parte de la trabajadora es en principio irrelevante e incluso, en cuanto pueda constituir una condición de trabajo, puede ser objeto de control administrativo y judicial si se trata de alojamiento proporcionado por la empresa como parte del contrato laboral...”⁸⁷. De este modo, la respuesta a ello, ha sido establecedora de poca importancia en lo que se refiere a la remuneración, debiéndolo considerar así, como más propio de una condición de trabajo pero no como un factor decisivo para la calificación de la relación como laboral o la exclusión de este. Y es que a

⁸⁵ STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 FJ segundo (AS 2008\673); STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 FJ segundo (AS 2008\2004); STSJ de Aragón de 28 de marzo de 2012 FJ cuarto (AS 2012\1494); STSJ de Asturias de 26 de octubre de 2012 FJ tercero (AS 2013\481).

⁸⁶ STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 FJ primero (AS 2008\2004); STSJ de la C. Valenciana de 11 de diciembre de 2007 FJ tercero (JUR 2008\118034).

⁸⁷ STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2011 FJ único (AS 2011\3077); STSJ de Castilla y León de 21 de septiembre de 2011 FJ segundo (JUR 2011\351118).

tenor literal de lo establecido en la citada doctrina: “...por tanto no conviene reseñar grandes cuestiones relativas a la retribución a la hora de poder calificar la relación como laboral...”, por lo que en atención al término de la retribución no debe considerarse en absoluto un aspecto problemático a la hora de realizar la calificación de la prestación de servicios sexuales...”⁸⁸. Así pues, conviene establecer que en lo que se refiere a la remuneración, no resulta ser una exigencia del art. 1 ET que permita calificar directamente la actividad de prostitución como excluida de toda relación laboral.

- 4) **Ajenidad.** El requisito referente a la ajenidad, ha venido a ser de los que realmente ya no permite el encaje del ejercicio de la prostitución en el ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo. Con ello, en numerosos casos se ha indicado que no todos los beneficios derivados de la actividad de prostitución eran para quien ejercía el trabajo, pues la trabajadora pagaba un tanto al empleador de sus servicios pero en concepto de alquiler, lo que como ya se ha dicho, en aras de la retribución constituye una posibilidad de encuadrar el pago como una modalidad en especie. Sin embargo, esta ajenidad no puede producirse en la prestación de servicios sexuales, ya que como se ha establecido con anterioridad resulta ser un ilícito penal en la medida que va en contra de la dignidad personal, pues de este modo se han pronunciado algunas resoluciones judiciales estableciendo que no puede acreditarse una ajenidad en el favor sexual, al ser contrario a la dignidad personal, en la medida que se ha venido a establecer que: “...si se admitiera la ajenidad en este tipo de relación, se estaría abriendo un portillo en sede judicial a la posibilidad de redes de trata de blancas y explotación de la prostitución; no puede admitirse, que las personas a las órdenes del empresario puedan cumplir las mismas recibiendo instrucciones para desarrollar su trabajo, porque si así fuera, se daría carta de naturaleza a la explotación y esclavitud humana...”⁸⁹. De este modo, la ajenidad no puede producirse, ya que si se acreditara se estaría ante el lucro por parte de un tercero a partir del ejercicio de la prostitución de otra persona. Y es que en el ilícito penal del art. 188.1 CP, el bien jurídico

⁸⁸ *Ibidem.*

⁸⁹ SJS de Vigo de 7 de Mayo de 2004 FJ cuarto (AS 2004\1276).

protegido es la intimidad e indemnidad sexual, así como también la propia dignidad⁹⁰, las cuales no serían respetadas si no se respetara este precepto legal.

- 5) Dependencia.** En una última instancia, en lo que se refiere a la dependencia sobre otro, a nadie se le puede escapar con lo comentado hasta el momento que el ejercicio de la prostitución no puede ser objeto de sujeción a órdenes empresariales, ya que así es como lo ha prohibido el art. 188.1 CP, en la medida que ha castigado el proxenetismo, ya sea coercitivo o no coercitivo. De este modo, se han pronunciado varias resoluciones judiciales estableciendo que por contraria a la dignidad humana, la prestación de servicios sexuales no puede ser objeto de subordinación empresarial, en la medida que han establecido que: *“...un límite fisiológico pues el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial...”*⁹¹. Y es que cabe tener en cuenta que el requisito referente a la ajenidad se encuentra en todo caso estrechamente vinculado con el de dependencia, por lo que del mismo modo que ocurre con la ajenidad, la estancia a unas órdenes de un empleador, no puede reconocerse por suponer la vulneración de los derechos fundamentales de quienes se prostituyen, en la medida que los Tribunales han establecido 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 ...además de favorecer, promover e inducir con ello al ejercicio de la prostitución, se trata de que 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 ésta sea forzada y no libre...”*⁹². Y es que en este sentido, se ha venido a interpretar, que pese a que exista una

⁹⁰ SAP de Pontevedra de 30 de octubre de 2006 FJ segundo (JUR 2007\23966).

⁹¹ SAN de 23 de diciembre de 2003 FJ quinto (AS 2003\3692); SJS de Vigo de 7 de Mayo de 2004 FJ cuarto (AS 2004\1276).

⁹² STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 2003 Voto Particular (AS 2003\3638); STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 FJ sexto (AS 2008\673); STSJ de Navarra de 28 de mayo de 2004 FJ sexto (AS 2004\2096); STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2011 FJ segundo (JUR 2012\25209); STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2013 FJ tercero (JUR 2014\2586).

voluntariedad en la prestación de estos servicios por cuenta de un tercero, tal vez no exista respecto la realización de un acto sexual con un cliente concreto, lo que supondría que si existe esta dependencia, el trabajador estaría obligado, ya que no se podría negar a las órdenes del empresario, y consecuentemente, esto resultaría ser un ataque contra sus derechos fundamentales referentes a la libertad y dignidad.

Y es que de un modo similar se ha establecido que: “...*la prostitución es una violación continua y reiterada de la dignidad de la mujer; es un ataque frontal contra su arcano más íntimo, esto es, su capacidad de decidir en plena libertad sobre su indemnidad e intimidad sexual. Desde otra perspectiva, la prostitución igualmente es una manifestación y proyección concreta de la violencia de género, porque estrangula desde el comienzo la posibilidad de desarrollar con dignidad la personalidad de la mujer...ya podemos inferir que el ejercicio de la prostitución no puede ser objeto lícito de un contrato de trabajo, porque su objeto, el fin explotado para el beneficio patronal, es la negación de la libertad sexual como expresión de destrucción de la capacidad de decidir por sí misma una persona cuándo, con quién y de qué forma permite y quiere donarse con y en otra para lograr enriquecer su propia personalidad. No olvidemos que los actos voluntarios y queridos van fortaleciendo y forjando la dignidad y la libertad de una persona; los obligados y subyugados, la van destrozando en cada acto...*”⁹³. De todo esto pues, se deriva que en la medida que el art. 188.1 CP prohíbe expresamente el lucro por parte de un tercero sobre la prostitución de otra, siendo el bien jurídico protegido los derechos humanos a la persona relativos concretamente a su dignidad e indemnidad sexual, no existe posibilidad de que esta actividad pueda ser sujeta a subordinación del empresario, ya que de lo contrario resultaría ser un atentado contra su libertad, entre otros derechos fundamentales.

⁹³ STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 FJ sexto (AS 2008\673); STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2009 FJ cuarto (JUR 2009\386815); STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2013 FJ tercero (JUR 2014\2586); STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2013 FJ tercero (JUR 2013\340783); SJS de Vigo de 7 de mayo de 2004 FJ segundo (AS 2004\1276).

Así pues, teniendo en cuenta cada una de las notas de laboralidad, resulta obvio el motivo por el cual en aplicación de estas, la prestación de servicios sexuales no puede ser objeto de contrato de trabajo. Y es que pese a que una prestación de unos servicios como tales sea realizada de forma personal, voluntaria y exista una retribución para ello, cabe acreditar la ajenidad y la dependencia, y en atención al cumplimiento de estos dos últimos resulta de imposible encaje en el entorno laboral, pues algo tan íntimo como el favor sexual no puede ser en absoluto objeto de subordinación empresarial, ya que en la medida que el art. 188.1 CP ha castigado la conducta de proxenetismo ha protegido la libertad sexual y dignidad personal, lo que supone que como derechos fundamentales e inherentes a la persona que son no pueden ser sujetos a órdenes empresariales y consecuentemente, tampoco se puede acreditar una ajenidad en la prestación de estos servicios.

2.2.2. EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LOS REQUISITOS ESENCIALES DE TODO CONTRATO DE TRABAJO

En la medida que se ha acreditado que la prostitución no puede enmarcarse dentro de un contrato de trabajo, tal vez quepa plantearse si la misma tiene encaje en cualquier otra figura contractual. A nadie se le escapa que en atención a los requisitos contractuales analizados anteriormente, esta actividad se tratará de un ilícito penal, por lo que no podrá ser objeto de ningún contrato.

Sin embargo, desde un principio ya se ha indicado una correcta distinción entre los términos causa y objeto, pues por su similitud es posible que estos induzcan a confusión. Y es que el problema reside en que la regulación realizada por el CP de la prostitución excluye la posibilidad de que exista un empleador, lo que supone que en la medida que el objeto, como actividad en si misma realizada por el trabajador resulta ser impune de sanción penal, ya que carece de regulación específica, lo referido a la causa empresarial, como finalidad perseguida que es, resulta ser tipificada penalmente⁹⁴.

⁹⁴ Biblioteca de la FCJ de la Universidad de Málaga. Salas Porras, María; Vila Tierno, Francisco. *El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena*. P. 7. Fecha consulta: 06/05/2014. Este libro electrónico puede consultarse en <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf>.

Ante esto consideramos necesario resaltar también, la actividad de prostitución respecto a los requisitos esenciales de todo contrato, ya sea este de trabajo o de cualquier otra clase, con el fin de vincular así la prohibición expresa por el CP con los requisitos contractuales:

1) Consentimiento. En atención a la prestación del consentimiento indispensable para la formalización de todo contrato, resulta necesario tener en cuenta que como se ha indicado varias veces, no puede prestarse por parte de ciertos colectivos, si por quienes no sean estos, tal y como establece el art. 1263 CC. Ahora bien, en atención al objeto de estudio concreto de la prostitución, cabe tener en cuenta que se trata de un consentimiento que no puede prestarlo nadie en absoluto, pues en la medida que en nuestro ordenamiento jurídico se castiga tanto el proxenetismo coercitivo como el no coercitivo⁹⁵, este consentimiento no se debe tener por presentado, pues pese a que no exista amenaza alguna, como es el caso en el que no existe coacción, la persona que lo haya prestado se considerada a todos sus efectos como una víctima, al serle vulnerados sus derechos fundamentales, principalmente su dignidad, pues así varias sentencias han establecido que: *“...sin que se exija para su consumación, la acreditación de la existencia de un perjuicio para el sujeto pasivo, y siendo indiferente que el mismo haya prestado su consentimiento, al tratarse de un bien jurídico irrenunciable y no disponible...”*⁹⁶. Y en el mismo sentido, existen resoluciones judiciales en los casos en que existen medidas coactivas, a lo que se establece: *“...este delito protege la «libertad individual sexual» en el ámbito de las relaciones sexuales consentidas, mediante pago de un precio es decir, en el ámbito de la prostitución, y castiga a quienes mediante el engaño, la violencia o intimidación, el abuso de superioridad o el aprovechamiento de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, conduzcan, dirijan o empujen eficazmente a persona mayor de edad al ejercicio de la prostitución o a mantenerse en ella, ...”*⁹⁷.

⁹⁵ STS de 1 de diciembre de 2010 FJ cuarto (RJ 2011\603); SAP de Asturias de 23 de febrero de 2012 FJ tercero (JUR 2013\172433).

⁹⁶ SAP de Las Palmas de 15 de mayo de 2013 FJ sexto (JUR 2013\277460); SAP de Granada de 24 de mayo de 2013 FJ segundo (ARP 2013\872); SAP de Las Palmas de 17 de abril de 2013 FJ cuarto (ARP 2014\108).

⁹⁷ SAP de Córdoba de 31 de enero de 2006 FJ cuarto (ARP 2006\273).

2) **Objeto.** Por lo que se refiere al objeto, entendiéndolo como la realización de una actividad realizada personalmente por el trabajador, debe plantearse si reúne los requisitos exigidos:

2.1. Determinado. En atención a si el objeto contractual de la prestación de servicios sexuales resulta ser determinado, esto es que no tenga un carácter abstracto, sino que sea una acción concreta que deba realizar el trabajador, no debe entenderse por problemático, pues en la medida que los trabajadores ejercían actividad de alterne y prostitución, lo que se ha mostrado en una serie de sentencias⁹⁸, estos tenían un conocimiento de lo que debían realizar, pues así lo establecían tanto los antecedentes de hecho como los FJ de distintas resoluciones judiciales, en la medida que establecían que en lo referente a la prostitución, su función era: “...entre los servicios que presta la empresa demandada a sus clientes, además del bar (en el que las chicas contactan con los clientes para ofrecerles sus servicios sexuales y les incitan a consumir...)”⁹⁹. De este modo ambas partes saben cuál es la función a realizar: tener contacto sexual con los clientes que acuden al establecimiento y que así lo requieran, con lo que estaríamos ante un objeto contractual determinado.

2.2. Posible. En lo que se refiere a un objeto contractual posible, teniendo en cuenta que la actividad de quienes ejercen este trabajo es la de prestar un favor sexual a quien lo solicite, resulta ser una actividad que tampoco presta problema alguno a la hora de ser considerado posible, pues del mismo modo que sucede con la actividad de alterne, la imposibilidad en una actividad como tal podría ser el hecho de realizar esta prestación de servicios sexuales en dos lugares distintos, es decir en dos habitaciones diferentes a la vez, lo que en esta actividad no se produce en absoluto, pues así ha quedado acreditado en varios casos, cuando se ha establecido que: “...ejerciendo las condenadas también la prostitución en las habitaciones, donde viven, del piso superior del club abonando al titular del local 10 euros del total que ellas percibían por el servicio prestado al cliente en

⁹⁸ STSJ de la C. Valenciana de 3 de octubre de 2012 antecedente de hecho segundo (JUR 2013\27904); STSJ de Castilla y León antecedente de hecho primero (JUR 2011\351118); STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008 antecedente de hecho cuarto (AS 2008\1748).

⁹⁹ STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2013 antecedente de hecho quinto (JUR 2013\340783); STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008 FJ tercero (AS 2008\1748); STSJ de la C. Valenciana de 11 de diciembre de 2007 antecedente de hecho segundo (JUR 2008\118034).

*la habitación...*¹⁰⁰, de cuya interpretación literal se desprende que se trata de una prestación posible materialmente, al no poder deducirse ninguna acción imposible de esta oración.

2.3. Lícito. En cuanto a la licitud del objeto, entendiendo como tal la legalidad de la actividad realizada por quien presta estos servicios, tal vez quepa plantearse la cuestión de si realmente es ilegal la prostitución. De ello se deriva, que en la medida que el CP tipifica quien se lucra de la prostitución ajena considerando como víctima a quien se prostituye, debe entenderse que la actividad de la prostitución en si misma, no es una conducta delictiva, pues de hecho, practicar su ejercicio sin estarse a la sujeción de alguien que actúe como empleador, se trata de una *vacatio legis*¹⁰¹, en el sentido de que no existe una regulación que lo permita así como tampoco que lo prohíba. Ahora bien, tal vez quepa considerar la actividad en si misma como legal, pues en este sentido los Tribunales han considerado que: “...donde la norma no distingue no debe distinguir el intérprete máxime cuando se trate de restringir derechos...”¹⁰², lo que debe entenderse desde el mero sentido de que si la propia norma no lo considera ilegal no se puede considerar por el propio lector de la legislación como una infracción. A mayor abundamiento se podría destacar el art. 1 CC en la medida que reconoce la costumbre como un principio general del derecho, a lo que se podría sumar que el ejercicio de este trabajo sexual ha venido considerándose como el oficio más viejo del mundo¹⁰³. Es por ello, que en atención al objeto debe presumirse que la actividad de prostitución constituye un *vacatio legis*, pero que debe entenderse como legal su realización.

3) Causa. Por lo que se refiere a la causa, como finalidad perseguida por ambas partes, en este caso resulta ser la obtención de un lucro por parte del empresario a partir de

¹⁰⁰ STSJ de la C. Valenciana de 12 de diciembre de 2007 antecedente de hecho segundo (JUR 2008\148124); STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 FJ primero (AS 2008\2004).

¹⁰¹ Biblioteca de la FCJ de la Universidad de Málaga. Salas Porras, María; Vila Tierno, Francisco. *El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena*. P. 7. Fecha consulta: 07/05/2014. Este libro electrónico puede consultarse en <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf>.

¹⁰² STS de 5 de marzo de 2012 FJ cuarto (RJ 2012\5107); STS de 5 de febrero de 2013 FJ tercero (RJ 2013\2860); STSJ de Cataluña de 29 de junio de 200 FJ tercero (AS 2000\2968).

¹⁰³ González del Río, José María. *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo*. Granada: Ed. Comares. 2013. Pp. 4 y ss.

la prestación de favores sexuales a otros que ofrecen quienes se prostituyen, y que se hallan a su cargo, mientras que para el trabajador prostituido, esta causa es la de obtener una retribución derivada del lucro de su empresario. Pero esta causa debe reunir dos requisitos:

3.1. Verdadera. En este sentido, cabe calificar que si el contrato derivado de esta relación laboral no es verdadero se declarará la nulidad del vínculo contractual, lo que supone en definitiva que en la medida de que dicho fenómeno no se produzca no va a existir ningún problema para la validez de este contrato, lo que no ha supuesto problemática en los Tribunales por lo que se refiere al ejercicio de la prostitución, puesto que no se ha podido contemplar jurisprudencia acerca de la veracidad de la causa.

3.2. Lícita. Esta finalidad perseguida, debe ser ajustada a derecho, de modo que no es la actividad en si misma realizada por el trabajador, ya que esta queda comprendida dentro del objeto del contrato, sino que debe entenderse legal desde el punto de vista del lucro perseguido por el empresario. Con ello, cabe calificar precisamente aquí el principio de porqué la prostitución no puede ser objeto de un contrato de trabajo, ya que esta resulta ser ilícita en cuanto a su causa, pues el art. 188.1 CP tipifica el lucro derivado de este trabajo sexual por parte de un tercero que actúe como empleador o empresario, en la medida que la sexualidad no puede ser objeto de lucro por parte de un tercero, al tratarse de un fenómeno contrario a la dignidad¹⁰⁴.

En este sentido no se puede hacer referencia en absoluto a que sea una ilicitud por contraria a la moral, pues de este modo el TS ha venido a defender que: *“...la cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones...”*¹⁰⁵, pues de este modo ha quedado claro que en cuanto ilícito penal que supone el lucro de la prostitución ajena, ya sea con o sin coacciones,

¹⁰⁴ STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2009 FJ cuarto (JUR 2009\386815); STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 FJ sexto (AS 2008\673).

¹⁰⁵ STS de 14 de abril de 2009 FJ segundo (RJ 2009\3197).

esto es considerado así por cuanto lo establece la legislación actual, no siendo función de la sociedad establecer dicha ilicitud, pues no se ha planteado abiertamente la cuestión de si existe una causa contractual contraria a la moral o al orden público¹⁰⁶, pues entre otras sentencias se podría destacar, la STSJ de Navarra de 28 de mayo de 2004 (AS 2004\2096), cuyo FJ sexto interpreta: “...tal ilicitud deriva del grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas...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 ésta sea forzada y no libre...”.

2.2.3. LA CAPACIDAD CONTRACTUAL DE LOS TRABAJADORES SEXUALES

Tal y como ya se ha comentado, a efectos de lo establecido en el CC para formalizar un contrato debe poseerse la plena capacidad exigida para ello, o bien las precisas autorizaciones, en el caso de quienes tengan una capacidad limitada, así como las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia o estarse a la libertad de circulación, por parte de los trabajadores extranjeros.

Ahora bien, cabe tener en cuenta que en la medida que el lucro de una tercera persona respecto la actividad de prostitución es considerado como una modalidad delictiva, cabe entender que no existe esta capacidad contractual del trabajador en la prestación de servicios sexuales, pues en la medida que el proxenetismo está prohibido quien actúe como empleador será castigado. Y esta pena establecida será aún más grave, para aquellos casos en los que dicho lucro conlleve la utilización de inmigración ilegal, niños o incapacitados, para poderlo conseguir, así como también cuando para ello se empleen formas coactivas, lo que puede reflejarse en varias resoluciones judiciales del ámbito penal¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Arias Domínguez, Ángel. *Prostitución y derecho del trabajo: ¿auténtica relación laboral?* Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm.61/2008. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2008. P. 3.

¹⁰⁷ SAP de Asturias de 23 de febrero de 2012 FJ cuarto (JUR 2013\172433).

CAPÍTULO IV. LAS INTERPRETACIONES DE LOS TRIBUNALES EN LA CALIFICACIÓN TÉCNICA DE LAS ACTIVIDADES DE ALTERNE Y PROSTITUCIÓN

La actividad de alterne, en la medida que se ha venido desarrollando en muchos casos conjuntamente con la de prostitución, no siempre ha sido considerada como de carácter laboral, pues en ciertas ocasiones esta calificación ha sido objeto de controversia.

Asimismo, si se debe presumir el ejercicio de la prostitución como una *vacatio legis* en lo que se refiere a su práctica, aunque como costumbre que resulta ser, debe considerarse legal su ejercicio, cabe tener en cuenta también las interpretaciones realizadas al respecto por los Tribunales, con el fin de poder realizar una calificación técnica de la misma.

1. LA POLÉMICA ENTORNO A LA CONSIDERACIÓN LABORAL DE LA ACTIVIDAD DE ALTERNE

No han sido pocos los pronunciamientos judiciales acerca de la inclusión o no de la actividad de alterne en el ámbito del Derecho Laboral. Con ello, frente al sentir mayoritario que ha venido a considerar el carácter laboral de la actividad, existe una parte de la doctrina judicial en que la respuesta ha sido negativa¹⁰⁸.

Y es que la problemática surgida entorno esta calificación laboral ha surgido en base a dos argumentos:

- 1) Por un lado la discusión acerca de si la actividad de alterne por si misma resulta ser cumplidora del requisito de dependencia del art. 1 ET.
- 2) Por otro lado, ha surgido el planteamiento de si realmente puede realizarse una distinción entre actividad de alterne y prostitución.

Ante esto, consideramos necesario realizar una referencia sobre las interpretaciones hechas por los Tribunales al respecto.

¹⁰⁸ STSJ de la C. Valenciana de 8 de junio de 1993 FJ segundo (AS 1993\3059).

1.1. LA INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE DEPENDENCIA

Tal y como ya se ha comentado anteriormente, las sentencias de los distintos Tribunales que han tenido ocasión de pronunciarse al efecto, han considerado en su mayoría que existe una actividad de alterne siempre y cuando se acrediten los requisitos del art. 1 ET, especialmente ajenidad y dependencia. Pero han sido dos fenómenos que han causado problemática en la calificación laboral que unía a quienes prestaban sus servicios de alterne con el propietario del local: la retribución y la dependencia.

En lo que se refiere a la retribución, la respuesta a la problemática que causó, tal y como ya se ha establecido anteriormente, no ha supuesto un gran obstáculo, en la medida que se ha considerado que: *“...el que la comisión sea entregada directamente por el cliente a la trabajadora o sea abonada por la empresa previo cobro al cliente es puramente artificioso e irrelevante...”*¹⁰⁹. De este modo no debe calificarse, en absoluto, de que resulte ser un requisito que pueda conllevar problemática en la calificación laboral de esta actividad.

Ahora bien, centrándonos en el requisito referente a la dependencia, cabe tener en cuenta que ha sido el que en determinadas ocasiones no ha permitido el encaje de la actividad de alterne en el Derecho del Trabajo, pues este ha resultado un fenómeno complejo para realizar tal calificación.

En las primeras resoluciones judiciales que abordaron el tema, el ya extinto TCT, entendía que la actividad de alterne no podía ser objeto de contrato de trabajo, pues no cumplía con el requisito de dependencia como para ser considerada como tal, pues así el Tribunal entendía que: *“...tal como lo desarrollaba en el Club Nocturno demandado, no puede ser tipificado en el art. 1.º del E. T., puesto que ello habría exigido por su parte una prestación regular de servicios, no solo retribuida sino también de carácter obligatorio, y el estudio de las actuaciones, demuestra ...que la demandante era una azafata recepcionista de la sala de fiestas...se colocaba, los días en que le parecía conveniente acudir, para entregar a los clientes que entraban flores, bombones u otros productos similares...situación ésta, totalmente ajena a una vinculación laboral que exige, por su naturaleza, obligaciones a cumplir y es, pues, incompatible con aquella*

¹⁰⁹ STSJ de Castilla y León de 21 de septiembre de 2011 FJ segundo (JUR 2011\351118).

libertad de que la demandante disponía para acudir o no acudir al centro de trabajo...»¹¹⁰.

A tales efectos, el mencionado órgano jurisdiccional no se pronunciaba en absoluto de la imposibilidad de encaje en el ámbito laboral de la actividad de alterne por el hecho de que conllevara la actividad de la prostitución, con motivo de que esta última tiene la consideración de ilícita, sino que lo hizo desde el prisma de que una actividad laboral debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos al efecto por el art. 1.1 ET y en el caso de las actividades de alterne no se podía presumir existente dicho cumplimiento, a causa de esta enorme libertad de acudir al centro de trabajo.

Y es que lo cierto es que resoluciones posteriores, también han indicado condiciones confrontables con este requisito, pues se ha acreditado una falta de concreción horaria así como una gran libertad a la hora de vestir y captar clientes¹¹¹. Ahora bien, todas estas consideraciones cambiaron de una forma rotunda a partir de la consideración como laboral de la mencionada actividad por parte del TS, pues entendió que: “... *la demandante, ahora recurrida... fue despedida, vino al servicio de empresa dedicada a Sala de Fiestas con retribución de ... y obligación de concurrir de 10,30 a 11 de la noche y permanecer en ella hasta las 3 o 4 de la madrugada privándosele de un día de haber si no acudía, siendo su misión animar el baile, percibiendo también comisión por botella de champagne abierta en compañía de concurrentes y otra inferior en consumiciones ordinarias; por lo cual, al concurrir los elementos característicos del contrato de trabajo, especialmente dependencia y retribución...*”¹¹². En el mismo sentido, se han pronunciado diferentes sentencias de los TSJ en la medida que han establecido que: “...*el requisito de "dependencia", debatido en numerosas Sentencias de Tribunales Superiores, ha venido flexibilizándose en el sentido de no ha de entenderse por tal una "subordinación rigurosa y absoluta", sino una "inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial", que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne...*”¹¹³.

¹¹⁰ STCT de 19 de mayo de 1983 FJ único (RTCT 1983\4464).

¹¹¹ STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2008 antecedente de hecho segundo (AS 2008\2563).

¹¹² STS de 3 de marzo de 1981 FJ (RJ 1981\13019).

¹¹³ STSJ de Castilla y León de 31 de marzo de 2005 FJ segundo (AS 2005\2720); STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 FJ segundo (AS 2008\673); STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 2004 FJ tercero (AS 2005\242).

Así pues, conviene reseñar que este término referente a un trabajo de carácter dependiente, pese a que pueda parecer complejo por la total libertad de quienes realizan las funciones de alterne, debe entenderse por flexible, lo que consecuentemente, no debe conllevar dificultades para determinar su cumplimiento en la actividad de alterne.

1.2. LA ARTIFICIAL DISTINCIÓN ENTRE ACTIVIDAD DE ALTERNE Y PROSTITUCIÓN

Por otra parte, pese a que este requisito referente a la dependencia haya sido flexibilizado con el tiempo, esto no ha sido la única problemática surgida en el momento de calificar de laboral la actividad de alterne. Si bien es cierto, que mientras esta actividad es realizada legalmente y por lo tanto puede quedar enmarcada en un contrato de trabajo, la prostitución no puede ser considerada laboral por su carácter ilícito, con lo que no puede ser objeto de subordinación empresarial.

Ahora bien, el problema reside en la difícil distinción entre ambas actividades, que resulta ser en definitiva imposible de realizar¹¹⁴. Y es que se ha interpretado, que dicha diferenciación no puede realizarse, pues así algunos artículos doctrinales han considerado que la actividad de alterne no solo conlleva a la actividad de prostitución sino que incluso constituye una modalidad de esta, entendiendo que: “...por tanto, puede afirmarse que el alterne es una modalidad de la prostitución. Y, consecuentemente, no reúne los requisitos indispensables para cumplir con lo dispuesto -por ejemplo- en el art. 4.e) del ET , que ordena respetar la intimidad de los trabajadores y la consideración debida a su dignidad...”¹¹⁵.

De este modo, se podrían destacar algunas sentencias, que en el momento que consideraban que la actividad de prostitución no podía quedar sujeta a las órdenes de alguien que actuara como empleador o empresario, no solo se referían a la prestación de servicios sexuales, sino que también se referían a la propia actividad de alterne¹¹⁶.

¹¹⁴ Benlloch Sanz, Pablo. *¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de alterne*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 64. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2004. Pp. 3 y ss.

¹¹⁵ Pacheco Zerga, Luz. *La aplicación del Derecho en el caso «Mesalina»*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 16/2004. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2004. P. 9.

¹¹⁶ SJS de Vigo de 7 de mayo de 2004 FJ segundo (AS 2004\1276).

Por otra parte, esta imposibilidad de distinción aún ha introducido mayores confusiones en determinados casos, en la medida que se ha establecido que: *“...el actual marco legislativo... impide el que pueda atribuirse eficacia jurídica a una relación en la que la "tipificada" ilicitud de la prostitución deberá arrastrar la del alterne; máxime cuando, en el supuesto enjuiciado... ambas actividades -la de prostitución y la de alterne- se desarrollan en el mismo local...”*¹¹⁷. Y en este sentido, se podrían destacar mayores contradicciones, en cuanto en algunos casos se ha indicado que: *“...una empleada que, como encargada del turno de día, se limitaba a realizar funciones de recepción de los clientes,...pese a las notas...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...”*¹¹⁸.

Así pues, cabe entender que esta dificultad de distinción entre ambas actividades, ha supuesto una contradicción del sentir mayoritario, en el que se reconocía la laboralidad de la actividad de alterne cuando en esta concurrían las notas del art. 1 ET, puesto que se ha considerado que la ilicitud de la prostitución no solo debe conllevar la nulidad contractual de la actividad de alterne, sino que incluso debe viciar de licitud cualquier actividad que se desarrolle en el mismo local.

Pero cabe situar tales consideraciones como momentáneas y puntuales, pues la jurisprudencia ha venido calificando estas dos actividades por separado, por lo que una adhesión al sentir mayoritario, hace deducir que ni una ilicitud conlleva la otra, ni que el alterne tenga que tener un carácter nulo por el carácter ilícito de la prostitución, en cuanto se ha indicado que: *“...sin que esta última actividad pueda descalificar jurídicamente aquella que es objeto de contrato de trabajo lícito, más aún cuando captar clientes o realizar números de baile no implica necesariamente, sino de forma eventual, la prostitución, aunque aparezcan en su caso proyectados o pre ordenados a ésta...”*¹¹⁹.

¹¹⁷ STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2009 FJ tercero (AS 2009\2506).

¹¹⁸ Benlloch Sanz, Pablo. *La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 26/2008. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2008. P. 3.

¹¹⁹ STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 FJ segundo (AS 2009\1748).

2. AVANCES EN LA CALIFICACIÓN TÉCNICA DE LA ACTIVIDAD DE PROSTITUCIÓN

Si bien es cierto que el sentir mayoritario de los Tribunales ha considerado el carácter laboral de la actividad de alterne, habiendo sido pocos de ellos los que han negado su carácter laboral por establecer que la ilicitud de una actividad vicia de eficacia contractual cualquier actividad desarrollada en el mismo local.

Ahora bien, el hecho de que sea una escasa doctrina la que invoca tal ilicitud, ha surgido precisamente porque en ninguna de ellas se ha realizado una distinción suficientemente clara entre ambas actividades. Por lo tanto, debe considerarse como un fenómeno confuso, producido a causa de una ceguera judicial. Todo esto ha favorecido un asociacionismo de los empresarios de los locales de alterne, en los que se ejerce la actividad de alterne y prostitución por cuenta propia, pues en la medida que no existe prohibición expresa en lo que se refiere al ejercicio libre y voluntario de la prostitución, esta queda comprendida dentro del concepto de actividad económica, perteneciente a la libertad de circulación¹²⁰.

2.1. EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN COMO DERECHO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) se ha pronunciado en alguna ocasión acerca del ejercicio de la prostitución, entre dichos pronunciamientos cabe destacar por su gran trascendencia el conocido *asunto Jany*. El conflicto planteado en esta, surgió a raíz de la denegación de los permisos de residencia a seis nacionales checas y polacas que ejercían en Holanda como prostitutas por cuenta propia, justificándose la denegación en base a que la prostitución suponía una amenaza al orden público, cuando las meretrices lo solicitaron al Secretario de Estado, para poder continuar su permanencia en dicho territorio trabajando en la misma actividad¹²¹.

Ante esto, las citadas nacionales checas y polacas plantearon la controversia ante el Tribunal de Justicia holandés (en adelante TJH), en el que alegaban los Acuerdos Europeos por los que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus

¹²⁰ Arias Domínguez, Ángel. *Prostitución y Derecho del Trabajo ¿auténtica relación laboral?* Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm.61/2008. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2008. P. 4.

¹²¹ STJCE de 20 de noviembre de 2001 antecedente de hecho segundo (TJCE 2001\314).

Estados miembros, por una parte, y el país de procedencia de cada una de ellas. Y es que ambos Acuerdos, se reconocía el derecho a iniciar y proseguir actividades económicas por cuenta propia¹²². Con ello, las extranjeras invocaban su derecho a proseguir actividades económicas, entendiendo la prostitución como tal.

Es por ello, que ante esta fundamentación jurídica por parte de las meretrices, junto a la alegación de falta de moralidad por parte del Secretario de Estado, el TJH suspendió el procedimiento y planteó cinco cuestiones prejudiciales ante el TJCE sobre la interpretación de ambos Acuerdos:

- 1) Entre estas cuestiones cabe destacar en primer lugar las cuestiones primera y segunda, en las que se cuestionó al TJCE si los nacionales checos y polacos podían invocar directamente los Acuerdos frente a un Estado miembro. Ante esto, el TJCE estableció que: “...tal como está definido en los arts. ... se confiere un derecho de entrada y un derecho de estancia, como corolarios de aquél, a los nacionales polacos y checos, respectivamente, que deseen ejercer actividades...en un Estado miembro. Sin embargo, de los arts. ...se desprende que estos derechos de entrada y de estancia no constituyen prerrogativas absolutas, ya que, en su caso, las normas del Estado miembro de acogida...pueden limitar su ejercicio...”¹²³. Esta respuesta sin embargo, no aclaró mucho, pues en este caso concreto, ¿se debería de estar a lo expuesto en los Acuerdos o bien a una normativa nacional holandesa que prohibía expresamente el ejercicio de dicha actividad?
- 2) Es por ello que en lo que se refiere a la cuarta cuestión ya se preguntaba si se podía realizar una distinción entre los conceptos de actividades no asalariadas y actividades económicas, que se encontraban en el Tratado de las CE y en los Acuerdos respectivamente. A lo que el TJCE dio por respuesta: “... procede señalar que, según jurisprudencia reiterada, una prestación de trabajo asalariado o una prestación de servicios retribuidos deben considerarse como actividad económica en el sentido del art. ... siempre y cuando las actividades desarrolladas sean reales y efectivas y no revistan un carácter tal que resulten

¹²² STJCE de 20 de noviembre de 2001 FJ cuarto (TJCE 2001\314).

¹²³ STJCE de 20 de noviembre de 2001 FJ vigesimoséptimo (TJCE 2001\314).

*meramente marginales y accesorias...*¹²⁴. A lo que añadió: “...de las consideraciones expuestas resulta que procede responder... que los artículos contenidos en los Acuerdos, deben ser interpretados en el sentido de que el concepto de «actividades económicas por cuenta propia» utilizado en dichas disposiciones tiene el mismo significado y alcance que el de «actividades no asalariadas» que figura en el artículo 52 del Tratado...”¹²⁵. Así pues, el TJCE establece que ambos conceptos se pueden encajar el concepto de prostitución. Con ello, resultó innecesario dar contestación a la quinta cuestión, pues en esta se realizaron planteamientos acerca de la prostitución como actividad por cuenta ajena, de modo que su contestación solo hubiera sido posible en caso de respuesta afirmativa.

- 3) Ahora bien, en lo que se refiere a la tercera cuestión, que es en definitiva a la que ya desde un principio las autoridades holandesas se aferraron, se planteó ante el TJCE, si podía excluirse la actividad de prostitución del de actividades económicas, por lo relativo a las cuestiones de moralidad, a lo que el juzgador consideró: “...aunque el Derecho comunitario no impone a los Estados miembros una escala uniforme de valores para la apreciación de aquellos comportamientos que puedan considerarse contrarios al orden público, no cabe considerar que un comportamiento es lo suficientemente grave como para justificar la imposición de restricciones a la entrada o a la estancia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de otro Estado miembro si, cuando el mismo comportamiento proviene de sus propios nacionales, el primer Estado no adopta medidas represivas u otro tipo de medidas reales y efectivas destinadas a combatir este comportamiento...”¹²⁶. Lo que en el siguiente apartado prosigue: “...los comportamientos que un Estado miembro acepta cuando se trata de sus propios nacionales no pueden considerarse una verdadera amenaza para el orden público en el contexto de los Acuerdos de asociación... así pues, la posibilidad de aplicar la excepción de orden público prevista en los arts....está supeditada, por lo que respecta a los nacionales polacos y checos que deseen ejercer una actividad de prostitución en el territorio del Estado miembro de acogida, a la condición de que dicho Estado

¹²⁴ STJCE de 20 de noviembre de 2001 FJ trigésimo séptimo (TJCE 2001\314).

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ STJCE de 20 de noviembre de 2001 FJ sexagésimo (TJCE 2001\314).

*haya adoptado medidas efectivas para controlar y reprimir igualmente las actividades de este tipo ejercidas por sus propios nacionales...*¹²⁷.

Así pues, el TJCE considera la actividad de prostitución como una actividad económica, esto es como trabajo autónomo, y del modo en que hacen referencia los Tratados existentes. Asimismo, se requiere que en el país que se ejerza dicha actividad tenga la consideración de legal, no pudiendo realizarse en aquellos en que esté prohibida. Con ello, los países en los que se permita dicha actividad deberán tener el mismo trato con sus propios nacionales que con los procedentes de otros países miembros y que realicen esta actividad en virtud del Tratado.

2.2. LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA COMO ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA. UNA APROXIMACIÓN AL CASO MESALINA

En la medida que el ejercicio de la prostitución puede presumirse legal, por cuanto es realizada por cuenta propia, junto a la pronunciación hecha al respecto por el TJCE, en la que se considera su ejercicio libre e independiente como un derecho perteneciente a la libertad de circulación, esto ha favorecido un asociacionismo de los empresarios de locales de alterne, lo que ha supuesto un salto cualitativo, en el otorgamiento de un hipotético reconocimiento jurídico acompañado de una cobertura legal a quienes ejercen la actividad de la prostitución por cuenta propia y voluntariamente.

Se trata de la Asociación Nacional de Empresarios Mesalina (en adelante ASNEM), conocida también como ANELA, en la medida que éstos pretendieron realizar un asociacionismo empresarial entre ellos, en la medida que lo reconoce el art. 22 CE. Esta asociación era de empresarios de locales de alterne en los que se ejercía la prostitución por cuenta propia, de modo que se constituyó como tal de acuerdo con la legislación, a lo que procedió a depositar sus estatutos en la Dirección General de Trabajo (en adelante DGT), en los que ya quedaba clara su actividad, pues a tenor literal de lo establecido en su art. 3: “...*el ámbito sectorial de la Asociación se circunscribe al servicio de la actividad mercantil consistente en la tenencia, o gestión, o ambas, 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. Los fines de la asociación son la defensa*

¹²⁷ STJCE de 20 de noviembre de 2001 FJ sexagésimo primero (TJCE 2001\314).

y, promoción de los intereses económicos y sociales propios del sector, empresarial al que pertenecen, los asociados y en concreto, la negociación colectiva laboral el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el diálogo social, la participación institucional en los organismos públicos de las Administraciones laboral y cualesquiera otros que se deriven lógicamente de los anteriores. El ámbito territorial de la asociación en todo el territorio español... ”¹²⁸.

Sin embargo, la problemática surge cuando estos proceden a depositar sus estatutos en la DGT, pues esta entendió: *“...es preciso que se modifique el artículo tercero; en el sentido de suprimir la última frase del primer párrafo, que dice, en concreto "... que ejerzan la prostitución, por cuenta propia puesto que en el puesto jurídico español esta actividad no se reconoce como actividad por cuenta propia ajena... ”¹²⁹.*

Ante esto, la ASNEM sin problema alguno procedió a dar una nueva redacción del art. 3 de sus estatutos, añadiendo esta vez que: *“...la referencia realizada en el párrafo anterior a la actividad de alterne y prostitución por cuenta propia se realiza exclusivamente para delimitar concretamente el ámbito sectorial de la asociación, y bajo ninguna circunstancia debe entenderse en el sentido de inducción, promoción, intermediación o cooperación, con estas actividades: En todo caso, las terceras personas, ajenas al establecimiento, que constituyen el público objetivo de los establecimientos públicos hosteleros que forman el ámbito sectorial de la asociación deberán cumplir en el ejercicio de su actividad los requisitos, establecido por la... en el sentido de que el concepto de 'actividades económicas por cuenta propia... ”¹³⁰. Pero pese a esta, la DGT vuelve a denegar dicha inscripción, pues entiende de este modo que: *“...en cuanto a la no modificación de la expresión "... prostitución por cuenta propia" lo cierto, es que en nuestro ordenamiento jurídico, esta actividad no se encuentra regulada, estando únicamente tolerada, pues no existe ninguna norma ni de carácter general o autonómico, que regule expresamente esta actividad... ”¹³¹.**

Esta fundamentación jurídica por parte de la DGT, supone una confrontación de lo que se había presumido hasta el momento, en la medida que se entendía la prostitución

¹²⁸ SAN de 23 de diciembre de 2003 hecho probado primero (AS\2003\3692).

¹²⁹ SAN de 23 de diciembre de 2003 hecho probado segundo (AS\2003\3692).

¹³⁰ SAN de 23 de diciembre de 2003 hecho probado tercero (AS\2003\3692).

¹³¹ SAN de 23 de diciembre de 2003 hecho probado cuarto (AS\2003\3692).

como de carácter legal al tratarse de una actividad no prohibida, además de ser una costumbre. Sin embargo, en la medida que la ASNEM plantea esta controversia ante la AN, esta resuelve en favor de esta, pues así entendió que: “... la Asociación alega que la Dirección General «ignora la actual jerarquía de fuentes del Derecho Español» añadiendo que la actividad de prostitución por cuenta propia, fuera de los supuestos del Código Penal, es una actividad legal, no siendo admisible la valoración extrajurídica de «actividad Tolerada»...”¹³². A lo que se añade: “...tiene razón la parte actora cuando denuncia como «extrajurídico» la calificación de «actividad tolerada» que emplea la resolución. De hecho tal calificación presupone una jerarquía axiológica, propia de un Estado que, en fusión espiritual con una específica moral religiosa o partidista se cree legitimado para adoptar una postura desplegada respecto a los otros ámbitos éticos divergentes existentes en la sociedad, metafísica que repugna la de nuestro vigente Estado Constitucional Aconfesional que reconoce las libertades de los ciudadanos, como libertades públicas y en cuanto tales de respeto y amparo, obligatorio, y no potestativo para el Estado... La regulación es pues clara. En el Estado democrático de Derecho se rechaza, el atentado a la de libertad, pero no el ejercicio de ésta. Sólo desde la perspectiva del Estado social de Derecho podemos identificar una falta de previsión legislativa, una carencia de sensibilidad normativa en orden a acometer y cercenar los múltiples problemas que desde ámbitos tan diferentes como la marginación, las relaciones de vecindad y urbanidad la sanidad o la economía sumergida, plantea la realidad social de la prostitución...”¹³³.

Por lo tanto, a través del asociacionismo empresarial de quienes ejercen las actividades de alterne y prostitución por cuenta propia, se ha llegado en la cima en el reconocimiento legal de la actividad de la prostitución. Con ello, diversas comunidades autónomas, han adoptado medidas legislativas para regular locales en los que se lleve a cabo el intercambio de servicios sexuales por dinero, como es el caso del Decreto 217/2002 de 1 de agosto de la Generalitat de Cataluña, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución.

Por otra parte, si la actividad del comercio carnal, dentro de su carácter independiente, voluntario y por cuenta propia, se ha reconocido como legal, ello ha de llevar

¹³² SAN de 23 de diciembre de 2003 FJ cuarto (AS\2003\3692).

¹³³ SAN de 23 de diciembre de 2003 FJ quinto (AS\2003\3692).

consecuentemente a que también tenga las obligaciones y las derivadas protecciones del Sistema de Seguridad Social (en adelante SSS), quedando así encuadrada en lo que sería el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (en adelante RETA). Sin embargo, ha existido la duda en ciertas ocasiones, de si realmente poseen dicho encaje, pues en el SSS, no consta el concepto de actividad de prostitución o de prestación de servicios sexuales, de hecho ningún concepto asimilado. Sin embargo, ello no ha de conllevar necesariamente a la exclusión del RETA a este colectivo, ya que existe un nombre genérico para casos como tales, como podría ser: “*otros servicios personales*”¹³⁴.

¹³⁴ González del Río, José María. El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo. Granada: Ed. Comares. 2013. Pp. 92 y ss.

CAPÍTULO V. CONSIDERACIONES FINALES

En atención a lo establecido a la guía normativa para la realización del TFG, procede en un último lugar, realizar unas consideraciones finales a partir de la propia reflexión personal del análisis efectuado, entorno a la situación jurídica laboral de los trabajadores sexuales. En este caso, las conclusiones extraídas son las siguientes:

- 1) Toda relación jurídica laboral tiene que cumplir una serie de requisitos, estos son una prestación de servicios de carácter personal, retribuida, voluntaria, por cuenta ajena y dependiente. Con ello, los Tribunales han venido a considerar que la actividad de la prostitución no puede quedar comprendida dentro del ámbito objetivo del Derecho Laboral, pues en esta actividad no puede existir ajenidad y dependencia respecto de un empleador, al constituir un atentado a los derechos humanos de la persona que se prostituye, ya que algo tan íntimo como es el favor sexual no puede ser objeto de subordinación empresarial¹³⁵.
- 2) Por otra parte, tanto un vínculo de carácter laboral como del ordenamiento civil o mercantil requiere la formalización de un contrato, para cuya existencia es indispensable la concurrencia de tres requisitos: consentimiento de las partes manifestado sin vicios, objeto lícito y una causa contractual también de carácter lícito. De este modo, no puede ser válido en ningún caso, aquel contrato en el que existen coacciones con el fin de obtener el consentimiento de la otra parte, así como tampoco aquellos en los que el objeto o la causa resultan ser contrarios a la legislación vigente. Con ello, como ha resultado del análisis efectuado en el presente trabajo, el ejercicio de la prostitución no queda excluido únicamente del ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo, sino que simplemente no puede ser objeto de ningún tipo de contratación, ya que en cualquier caso debe entenderse la causa contractual por ilícita. Y es que debe entenderse tal ilicitud, derivada de la prohibición expresa por la normativa internacional y por el CP, por cuanto tipifica el lucro de la prostitución ajena por parte de un tercero, lo que supone de este modo que en dicha actividad no puede existir una causa de carácter lícito..
- 3) Por otra parte, toda persona tiene una serie de Derechos Fundamentales, que le son inherentes y personalísimos, pero que sin embargo en muchas ocasiones le son vulnerados. Entre todos estos conviene reseñar por su especial importancia y

¹³⁵ STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 FJ sexto (AS 2008\673).

vinculación con el objeto de estudio tratado en este TFG: el derecho a la dignidad, debiéndose entender por la imposibilidad de ser tratado como un objeto, ya que toda persona posee este derecho en la medida que a diferencia de las máquinas o los objetos, la persona es un ser racional; la libertad de elección de profesión u oficio, debiéndose entender por la libertad que tiene todo individuo para elegir una profesión, con lo que someter a obligaciones a otra persona sobre la actividad que debe desarrollar se debe entender como un atentado a este derecho; y en una última instancia conviene reseñar también el derecho a la integridad en todas sus vertientes, estas son la física, psíquica y moral, cuya vulneración se puede manifestar mediante el empleo de violencia, malos tratos psicológicos o amenazas sobre una persona, respectivamente, por lo que cabe considerar este derecho como el respeto a la entereza y el bienestar en estas tres vertientes de una persona.

- 4) Ahora bien, cabe destacar como ya se ha indicado desde la introducción de este TFG, que cada vez son mayores las situaciones que existen de trata de personas, con fines de explotación sexual, las que comportan el lucro de la prostitución ajena por parte de un tercero mediante la vulneración de estos Derechos Fundamentales, entre otros. Y es que en este sentido, conviene destacar que como ya se ha indicado en su momento, la trata de personas comporta la vulneración del derecho a la integridad de la persona, ya que mediante el empleo de coacciones se pretende conseguir el consentimiento de la persona, con el fin de trasladarla y explotarla sexualmente, lo que se confronta con los derechos de libertad (tanto de elección de profesión u oficio, como en si misma) y la dignidad, respectivamente. Ante esto, tanto la normativa internacional como la legislación interna han calificado de delictivas las conductas que pretendan llevar a cabo la explotación sexual de otra persona, al constituir un atentado contra el propio consentimiento de quien se prostituye, y consecuentemente de sus derechos humanos, entre otros la libertad, la dignidad y la integridad en cualquiera de sus vertientes. Es por ello, que en la medida que se vulneran derechos humanos como tales, que esta causa debe entenderse por ilícita, pues constituye una infracción legal en la medida que se vulneran los Derechos Fundamentales de la persona prostituida. Todo esto, ya suscita dudas a nivel personal en torno a si un reconocimiento expreso de la legalidad de esta

actividad, podría suponer una mejor protección de las víctimas de estas lacras o por el contrario conllevaría mayores posibilidades a que estas se produjeran.

- 5) Pero en todo caso, cabe tener en cuenta, que la ilicitud no solo se limita a casos como tales, pues cabe tener en cuenta también que pese a que no existan medidas coactivas, y consecuentemente tampoco vulneraciones a derechos como pueden ser la libertad o la integridad de una persona, la propia legislación internacional ha considerado que el lucro de la prostitución ajena supone en todo caso una vulneración de los derechos humanos, concretamente la dignidad de la persona que se prostituye. Y es que pese a la inexistencia de conductas coactivas, se ha venido a tipificar como delictiva toda forma de lucro de la prostitución ajena, ya que se vulnera la dignidad de la persona, por considerarse que la persona es tratada como una mercancía o un objeto, pues de esta solo se requiere un lucro derivado de la prestación de sus servicios sexuales a quienes lo soliciten. De este modo, la causa contractual en el ejercicio de la prostitución por cuenta de otro, siempre deberá entenderse por ilícita. Ahora bien, esta regulación punitiva, en cuanto tipifica como delictivas todas las formas de lucro de la prostitución ajena, aun cuando no existen medidas coactivas en ella¹³⁶, ha suscitado mayores dudas a nivel personal, pues en este sentido la cuestión es: ¿la prostitución ejercida por cuenta de un tercero, sin coacciones, cabe calificarla también como una lacra? ¿Esta regulación, posibilita una protección o hace a este colectivo todavía más vulnerable a padecer este tipo de males?
- 6) Es por ello, que el ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo incluye los servicios de alterne dada la interpretación de la norma realizada por los Tribunales, que han venido a considerar la existencia de todos los requisitos del contrato de trabajo y la concurrencia de las notas de laboralidad que se exigen para realizar tal calificación¹³⁷, lo que supone que en absoluto son vulnerados los Derechos Fundamentales de quien realiza esta actividad. Ahora bien, también han existido determinados casos que han producido confusión, pues en este sentido conviene resaltar aquellas resoluciones que han calificado la actividad de

¹³⁶ STS de 1 de diciembre de 2010 FJ cuarto (RJ\2011\603); SAP de Córdoba de 23 de abril de 2013 FJ cuarto (ARP 2013\661).

¹³⁷ STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 FJ primero (AS 2008\2004); STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2010 FJ segundo (AS 2010\2368).

alterne como ilícita por realizarse conjuntamente con la de prostitución¹³⁸, que pese a ser pocos ya han introducido algunas dudas acerca de la calificación técnica de dicha actividad. Pero conviene remarcar que como ya se ha indicado en su momento se trata de resoluciones judiciales momentáneas y puntuales, por lo que en atención al sentir mayoritario de los Tribunales cabe considerar que los servicios de alterne tienen encaje en el ámbito protector de esta rama del Derecho.

- 7) Por el contrario, en lo referido al ejercicio de la prostitución por cuenta ajena, las interpretaciones efectuadas por los Tribunales no han considerado esta actividad como de posible encaje en el ámbito del Derecho Laboral. Y es que no se puede llevar a cabo una relación laboral, puesto que todas las formas de lucro de la prostitución ajena están tipificadas penalmente, pues de lo contrario esta tendría un carácter ilícito. Si bien es cierto que en determinados casos la actividad no es realizada mediante coacciones, pero se ha establecido que se defiende la propia dignidad¹³⁹. Es por ello, que el motivo de que todas las modalidades de lucro de la prostitución ajena sean consideradas como delictivas, ya que resultan ser contrarias a los derechos humanos, en especial la dignidad de la persona que se prostituye. Asimismo, como se ha tenido ocasión de analizar durante el desarrollo de este trabajo, en cuanto esta actividad resulta ser contraria a la dignidad de la persona, ello supone también que no puede existir una subordinación empresarial de una persona en lo que se refiere a la prestación de sus servicios sexuales. Ante esto, aumentan las cuestiones personales entorno a la posible laboralización de la actividad, y es que de hecho, se pueden tener presentes tanto las interpretaciones llevadas a cabo por los Tribunales como otros pronunciamientos que han considerado que la dependencia debe entenderse en un sentido flexible. Ahora bien, cabe tener en cuenta, que ante el debate abierto que queda sobre el reconocimiento laboral de esta actividad, resulta ser un asunto merecedor de otro tipo de análisis por si solo, pues a causa de su complejidad y la consecuente extensión, no es posible de encuadrar una temática como esta en el presente TFG.

¹³⁸ STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2009 FJ tercero (AS 2009\2506).

¹³⁹ STSJ de Navarra de 28 de mayo de 2004 FJ sexto (AS 2004\2096); STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2011 FJ segundo (JUR 2012\25209).

- 8) En breve consideración respecto al ejercicio de la prostitución por cuenta propia, los Tribunales han reconocido el ejercicio de este trabajo sexual cuando es realizado por cuenta propia, pues como ya se ha establecido en su momento, cabe tener en cuenta lo considerado por la jurisprudencia del TS¹⁴⁰, en cuanto se ha interpretado que si la norma no distingue tampoco debe distinguir el intérprete. Todo ello ha conducido a la consideración de esta actividad como de carácter alegal en muchas ocasiones, e incluso de carácter legal¹⁴¹. Sin embargo, entiendo que esta consideración resulta ser de difícil comprensión, puesto que tal y como se ha indicado en los casos comentados durante el desarrollo del trabajo, en muchas ocasiones, se realizaban la actividad de alterne por cuenta ajena y la de prostitución por cuenta propia, realizándose ambas actividades en el mismo local¹⁴², de lo que tal vez se deba desprender que ambas actividades son realizadas de forma subordinada respecto un empleador.
- 9) A mi parecer, paradoja de ello es la del reconocimiento de un asociacionismo entre los empresarios de los clubes de alterne en los que se ejerce la prostitución por cuenta propia, en la medida que esta actividad por cuenta propia no resulta ser prohibida y además está comprendida dentro del concepto de actividades económicas de la libertad de circulación. Todo esto resulta ser un factor más de la hipocresía social imperante, pues en la medida que el pago de alojamiento se consideró que constituye una modalidad retributiva en especie¹⁴³, mientras que quienes ejercen la prostitución por cuenta propia según los estatutos de ANELA simplemente se alojan allí a cambio de formalizar un pago por este alojamiento¹⁴⁴, tal vez quepa considerar que existe un lucro por parte de un tercero en lo que se refiere al ejercicio de la prostitución de estas personas. Pero en todo caso, a nivel personal ha suscitado motivos de reflexión, entre los que se halla la consideración de mejorar la posición jurídica de quienes ejercen esta

¹⁴⁰ STS de 5 de febrero de 2013 FJ tercero (RJ 2013\2860).

¹⁴¹ Salas Porras, María; Vila Tierno, Francisco. *El ejercicio de la prostitución como contenido de la prestación de servicios por cuenta ajena*. Pp. 3 y ss. Fecha consulta: 06/05/2014. Puede consultarse en: <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf>.

¹⁴² STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 antecedente de hecho primero (AS 2008\673); STSJ de Castilla y León antecedente de hecho primero (JUR 2011\351118).

¹⁴³ STSJ de Castilla y León de 21 de septiembre de 2011 FJ segundo (JUR 2011\351118).

¹⁴⁴ SAN de 23 de diciembre de 2003 hecho probado primero (AS\2003\3692).

actividad mediante mecanismos como es el caso de ANELA, e incluso el reciente caso publicado en los medios de comunicación referente a la constitución de una cooperativa de meretrices en las Islas Baleares¹⁴⁵.

- 10) Finalmente, conviene reseñar que existen dudas personales frente a posiciones que defienden la legalización de esta actividad por cuenta ajena¹⁴⁶, aunque también se podría compartir los argumentos abordados por distintas resoluciones judiciales, que han defendido que un reconocimiento laboral de este trabajo sexual supondría estar ordenando a otro sobre con quien, cuando y de que modo debería mantener relaciones sexuales, lo que supondría una quiebra de la libertad personal y de la propia dignidad¹⁴⁷. Y es que teniendo en cuenta que se trata de un tema que está conexo a la violencia de género, la cuestión personal entorno al reconocimiento laboral de esta actividad radica en si dicho reconocimiento en el ámbito aplicativo del Derecho del Trabajo, tendría una mayor o una menor incidencia respecto la violencia de género.

En definitiva, se debe considerar que existe un debate abierto, ya que en la medida que esta actividad no ha sido reconocida como relación de carácter laboral, por defender una serie de derechos fundamentales, como son la dignidad y la libertad personal, los cuales son inherentes al ser humano y personalísimos, no se puede establecer con total seguridad que una posible inclusión en el Derecho Laboral de esta actividad tenga que suponer un fenómeno válido y útil para frenar lacras, como pueden ser entre otras, la explotación de personas y el tráfico ilícito de inmigrantes.

Ante esto, la posición personal resulta compleja de clarificar, pues a nivel personal se defiende que quienes ejerzan esta actividad les conviene tener una posición jurídica reforzada, lo que requiere sin duda cambios legislativos de mayor alcance, con el fin de quedar beneficiados de determinados derechos, derivados de los sistemas protectores del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sin embargo, atendiendo a la

¹⁴⁵ El Confidencial: el diario de los lectores influyentes. Fecha de consulta: 05/05/2015. Puede consultarse en: http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2014-01-12/nace-en-ibiza-la-primera-cooperativa-de-prostitutas-que-pagaran-su-seguridad-social_74870/.

¹⁴⁶ González del Río, José María. El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo. Granada: Ed. Comares. 2013. Pp. 16 y ss.

¹⁴⁷ STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2013 FJ tercero (JUR 2014\2586); STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2013 FJ tercero (JUR 2013\340783).

vulneración de los Derechos Fundamentales, que los Tribunales así han entendido que se produce en esta actividad cuando es ejercida por cuenta de otro, existen dudas acerca de si realmente sería óptimo defender una regulación que comportase el encaje de este colectivo en el ámbito aplicativo del Derecho del Laboral, y en su caso con la correspondiente consideración de relación laboral, ya sea esta de carácter común o bien especial.

BIBLIOGRAFÍA

I. MONOGRAFÍA

- González del Río, José María. *El ejercicio de la prostitución y el derecho del trabajo*. Granada: Ed. Comares. 2013. ISBN: 9788490450383.
- Monereo Pérez, José Luis. *Manual de derecho del trabajo*. 11a ed. Granada: Ed. Comares. 2013. ISBN: 9788490450932.
- Pérez Alonso, Esteban Juan. *Tráfico de personas e inmigración clandestina: un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch. 2008. ISBN: 9788484569268.
- Serra Cristóbal, Rosario. *Prostitución y trata. Marco jurídico y régimen de derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2007. ISBN: 9788484568421.

II. ARTÍCULOS DOCTRINALES

- Arias Domínguez, Ángel. *Prostitución y Derecho del Trabajo: ¿auténtica relación laboral?* Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm.61/2008. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2008. BIB 2008\2878.
- Benlloch Sanz, Pablo. *La laboralidad de las actividades de alterne y prostitución: un debate abierto*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 26/2008. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2008. BIB 2008\1321.
- Benlloch Sanz, Pablo. *¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de alterne*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 64. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2004. BIB 2003\1493.
- Blanco Lozano, Carlos. *El Nuevo Derecho Penal Sexual Español tras las Reformas de 2003*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 5/2005. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2005. BIB 2005\1139.
- García Testal, Elena. *Personal de limpieza y contrato de trabajo*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 15/2000. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2000. BIB 2000\1719.
- Luján Alcaraz, José. *Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 16/2000. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2000. BIB 2000\1894.

- Pacheco Zerga, Luz. *La aplicación del Derecho en el caso «Mesalina»*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 16/2004. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2004. BIB 2004\1829.
- Padilla Ruiz, Pedro. *El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 4/2011. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2013. BIB 2011\930.
- Rivas Vallejo, Pilar. *EXTRANJERAS Y MUJERES, la irregularidad en la precariedad. Sin papeles ni derechos*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 20/2005. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2006. BIB 2005\2701.
- Robles, Gregorio. *Persona: análisis lingüístico y algunos rasgos de la historia del concepto*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 978-84-470-4142-8. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2013. BIB 2013\8959.
- Sánchez Domingo, M^a Belén. *El delito de prostitución de menores del artículo 187 CP/1995*. Publicación: Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 458. Pamplona: Ed. Aranzadi, SA. 2000. BIB 2000\1473.

III. WEBGRAFIA Y BASES DE DATOS UTILIZADAS

- <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/search/template?stid=all&stnew=true&crumb-action=reset&crumb-label=all>. Última conexión el día: 07/05/14.
- <http://noticias.juridicas.com/>. Última conexión el día: 07/05/2014.
- http://webs.uvigo.es/pmayobre/pop/archi/profesorado/teresa_conde/prostitucion.pdf. Última conexión el día: 07/05/2014.
- http://cataleg.urv.cat:2082/search~S13*spl?/aAPRAMP/aapramp/-3%2C-1%2C0%2CB/webaddress0. Última conexión el día: 07/05/2014.
- <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf>. Última conexión el día 07/05/2014.
- http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1166017160_Prostitucion_perspectivaddhh.pdf. Última conexión el día 07/05/2014.
- <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/51873.pdf>. Última conexión el día: 07/05/2014.
- http://www.anela.es/marco_presentacion.htm. Última conexión el día: 07/05/2014.

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SEXUALES: ¿RELACIÓN JURÍDICA LABORAL?

- <http://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>. Última conexión el día: 07/05/2014.
- <http://www.un.org/es/>. Última conexión el día: 07/05/2014.
- <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>. Última conexión el día 07/05/2014.
- http://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2014-01-12/nace-en-ibiza-la-primera-cooperativa-de-prostitutas-que-pagaran-su-seguridad-social_74870/. Última conexión el día: 07/05/2014.

ANEXO I. RELACIÓN DE SENTENCIAS UTILIZADAS

I. SENTENCIAS DEL TJCE

- STJCE de 20 de noviembre de 2001 (TJCE 2001\314).

II. SENTENCIAS DEL TC

- STC de 13 de diciembre de 1999 (RTC 1999\224).
- STC de 20 de mayo de 2002 (RTC 2002\119).
- STC de 4 de julio de 2005 (RTC 2005\182).
- STC de 3 de julio de 2006 (RTC 2006\214).
- STC de 15 de enero de 2007 (RTC 2007\3).
- STC de 20 de junio de 2011 (RTC 2011\106).

III. SENTENCIAS DEL TS

- STS de 3 de marzo de 1981 FJ (RJ 1981\13019).
- STS de 7 de marzo de 1984 (RTC 1984\31).
- STS de 27 de junio de 1984 (RJ 1984, 3963).
- STS de 29 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5915).
- STS de 18 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5165).
- STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987\7172).
- STS de 13 de julio de 1992 (RJ 1992\5613).
- STS de 23 de marzo de 1993 (RJ 1993\2543).
- STS de 21 de julio de 1995 (RJ 1995\5948).
- STS de 24 de febrero de 1997 (RJ 1997\1543).
- STS de 10 julio de 2000 (RJ 2000\8326).
- STS de 17 de junio de 2002 (RJ 2002\7359).
- STS de 30 de enero de 2007 (JUR 2007\102513).
- STS de 10 julio de 2007 (RJ 2007\7296).
- STS de 7 noviembre de 2007 (RJ 2008\299).
- STS de 18 de marzo de 2009 (RJ 2009\2204).
- STS de 14 de abril de 2009 (RJ 2009\3197).
- STS de 10 de noviembre de 2009 (JUR 2009\487231).
- STS de 12 de enero de 2010 (JUR 2010\67022).

- STS de 15 de febrero de 2010 (RJ 2010\2350).
- STS de 6 de mayo de 2010 (JUR 2010\202049).
- STS de 1 de diciembre de 2010 (RJ\2011\603).
- STS de 5 de octubre de 2011 (JUR 2011\396109).
- STS de 25 de octubre de 2011 (JUR 2011\428666).
- STS de 6 de marzo de 2012 (JUR 2012\170298).
- STS de 26 noviembre de 2012 (RJ 2013\1076).
- STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\2860).
- STS de 25 de marzo de 2013 FJ (RJ 2013\4757).

IV. SENTENCIAS DE LA AN

- SAN de 23 de diciembre de 2003 (AS 2003\3692).

V. SENTENCIAS DEL TSJ

- STSJ de la C. Valenciana de 8 de junio de 1993 (AS 1993\3059).
- STSJ de Aragón de 13 de marzo de 1996 (AS 1996\1189).
- STSJ de Cataluña de 2 de enero de 1997 (AS 1997\340).
- STSJ de Cantabria de 13 de junio de 2000 (AS 2000\2456).
- STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 2001 (AS 2001\4641).
- STSJ de la C. Valenciana de 29 de noviembre de 2001 (JUR 2002\267328).
- STSJ de Andalucía de 20 febrero de 2003 (AS 2003\1523).
- STSJ del País Vasco de 22 de julio de 2003 (AS 2003\3039).
- STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 2003 (AS 2003\3638).
- STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2004 (AS 2004\886).
- STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2004 (JUR 2005\178358).
- STSJ de Madrid de 16 marzo de 2004 (JUR 2004\238490).
- STSJ de Navarra de 28 de mayo de 2004 (AS 2004\2096).
- STSJ del País Vasco de 7 de diciembre de 2004 (AS 2005\413).
- STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 2004 (AS 2005\242).
- STSJ de Castilla y León de 31 de marzo de 2005 (AS 2005\2720).
- STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2005 (AS 2005\1881).
- STSJ de Castilla y León de 20 de julio de 2005 (AS 2005\2577).
- STSJ de Madrid de 1 de septiembre de 2005 (JUR 2005\220252).

- STSJ de la C. Valenciana de 15 de septiembre de 2005 (AS 2005\3103).
- STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2006 (AS 2006\967).
- STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2006 (JUR 2007\275342).
- STSJ de Galicia de 3 de noviembre de 2006 (JUR 2007\207436).
- STSJ de Madrid de 25 de enero de 2007 (JUR 2008\200272).
- STSJ de Galicia de 26 de enero de 2007 (JUR 2007\205626).
- STSJ de Navarra de 6 de junio de 2007 (AS 2007\3631).
- STSJ de Murcia de 29 de octubre de 2007 (AS 2008\673).
- STSJ de la C. Valenciana de 11 de diciembre de 2007 (JUR 2008\118034).
- STSJ de la C. Valenciana de 12 de diciembre de 2007 (JUR 2008\148124).
- STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2008 (AS 2008\2563).
- STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2008 (AS 2008\1243).
- STSJ de Navarra de 14 de abril de 2008 (AS 2008\1748).
- STSJ de Galicia de 2 de junio de 2008 (AS 2008\1917).
- STSJ de la C. Valenciana de 10 de junio de 2008 (AS 2008\2004).
- STSJ de Galicia de 30 de junio de 2008 (AS 2008\2173).
- STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2008 (AS 2008\2392).
- STSJ de Murcia de 1 de diciembre de 2008 (AS 2009\92).
- STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2009 (JUR 2009\386815).
- STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2009 (AS 2009\1748).
- STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2009 (JUR 2009\402382).
- STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2009 (AS 2009\2506).
- STSJ de Galicia de 4 de diciembre de 2009 (JUR 2010\34781).
- STSJ de Cataluña de 4 febrero de 2010 (JUR 2010\157790).
- STSJ de Galicia de 15 de junio de 2010 (JUR 2010\321585).
- STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2010 (AS 2010\2368).
- STSJ de Cataluña de 14 de octubre de 2010 (AS 2011\490).
- STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2010 (AS 2010\3110).
- STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2010 (JUR 2011\49532).
- STSJ de Navarra de 22 de noviembre de 2010 (JUR 2011\122336).
- STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2011 (AS\2011\1513).
- STSJ del País Vasco de 24 de mayo de 2011 (JUR 2011\300816).

- STSJ de Castilla- La Mancha de 26 de julio de 2011 (JUR 2011\330270).
- STSJ de Castilla y León de 21 de septiembre de 2011 (JUR 2011\351118).
- STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2011 (JUR 2011\438446).
- STSJ de Castilla y León de 2 de diciembre de 2011 (AS 2011\3077).
- STSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2011 (JUR 2012\25209).
- STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2012 (AS 2012\495).
- STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2012 (AS 2012\1414).
- STSJ de Aragón de 28 de marzo de 2012 (AS 2012\1494).
- STSJ de Murcia de 16 de abril de 2012 (AS 2012\1556).
- STSJ de la C. Valenciana de 3 de octubre de 2012 (JUR 2013\27904).
- STSJ de Navarra de 5 de octubre de 2012 (AS 2012\2986).
- STSJ de Asturias de 19 de octubre de 2012 (AS\2013\439).
- STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2012 (AS 2012\119).
- STSJ de Asturias de 26 de octubre de 2012 (AS 2013\481).
- STSJ de Castilla y León de 12 diciembre de 2012 (JUR 2013\3829).
- STSJ de la C. Valenciana de 25 de abril de 2013 (JUR 2013\258746).
- STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2013 (JUR 2013\340783).
- STSJ de Andalucía de 3 de octubre de 2013 (AS 2013\3161).
- STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2013 (JUR 2014\2586).

VI. SENTENCIAS DEL TCT

- STCT de 19 de mayo de 1983 (RTCT 1983\4464).

VII. SENTENCIAS DE LA AP

- SAP de Lleida de 14 de junio de 2000 (JUR 2000\243463).
- SAP de Málaga de 22 de febrero de 2001 (ARP 2001\322).
- SAP de Navarra de 18 de febrero de 2004 (ARP 2005\146).
- SAP de Lugo de 15 de octubre de 2004 (JUR 2004\303205).
- SAP de Valencia de 25 de enero de 2005 (JUR 2005\81908).
- SAP de Ciudad Real de 11 de abril de 2005 (ARP 2005\315).
- SAP de Alicante de 5 de mayo de 2005 (JUR 2008\326206).
- SAP de Córdoba de 31 de enero de 2006 (ARP 2006\273).
- SAP de Las Palmas de 5 de junio del 2006 (JUR 2006\296038).

- SAP de Pontevedra de 30 de octubre de 2006 (JUR 2007\23966).
- SAP de Murcia de 16 de julio de 2007 (ARP 2007\624).
- SAP de Murcia de 10 de octubre de 2007 (JUR 2007\62305).
- SAP de Tarragona de 19 de mayo de 2008 (JUR\2008\267215).
- SAP de Albacete de 23 de enero de 2009 (ARP 2009\479).
- SAP de Pontevedra de 13 de octubre de 2009 (ARP 2009\1449).
- SAP de Almería de 14 de octubre de 2009 (JUR 2009\497666).
- SAP de Málaga de 4 de diciembre de 2009 (ARP 2011\292).
- SAP de A Coruña de 6 de octubre de 2010 (ARP 2010\1352).
- SAP de Zaragoza de 28 de octubre de 2010 (ARP 2010\1499).
- SAP de Zamora de 23 de junio de 2011 (ARP 2011\1032).
- SAP de Zamora de 28 de julio de 2011 (JUR 2011\315756).
- SAP de Madrid de 2 de noviembre de 2011 (AC 2011\2277).
- SAP de Asturias de 23 de febrero de 2012 (JUR 2013\172433).
- SAP de las Islas Baleares de 16 de abril de 2012 (JUR 2012\158447).
- SAP de Cáceres de 27 de junio de 2012 (JUR 2012\257060).
- SAP de Albacete de 13 de noviembre de 2012 (JUR 2012\404325).
- SAP de Madrid de 8 de marzo de 2013 (ARP 2013\626).
- SAP de Las Palmas de 17 de abril de 2013 (ARP 2014\108).
- SAP de Córdoba de 23 de abril de 2013 (ARP 2013\661).
- SAP de Las Palmas de 15 de mayo de 2013 (JUR 2013\277460).
- SAP de Alicante de 21 de mayo de 2013 (JUR 2014\76763).
- SAP de Granada de 24 de mayo de 2013 (ARP 2013\872).

VIII. SENTENCIAS DEL JS

- SJS de Vigo de 7 de mayo de 2004 (AS 2004\1276).
- SJS de Tarragona de 20 de julio de 2007 (JUR 2008\385182).

