



Universidad de Valladolid



icava

Ilustre Colegio de
Abogados de Valladolid

FACULTAD DE DERECHO

PROSTITUCIÓN Y CONTRATO DE TRABAJO

MASTER EN ABOGACÍA 2021/2022

Autor: Liced Yesenia Jaramillo Castillo

Tutora: Ana Murcia Claveria

Convocatoria: enero 2022

Pido disculpas por mi desconocimiento sobre la realidad y el día a día de las prostitutas, meretrices o trabajadoras sexuales. Pido disculpas a todas aquellas personas que se puedan sentir ofendidas.

“Las personas dentro del comercio sexual no deberían ser el foco del movimiento en contra de la trata, sino sus líderes. Ni la más aguerrida activista contra la prostitución tiene un incentivo mejor para abordar la violencia y la explotación dentro de la industria del sexo que alguien que está vendiendo sus servicios sexuales.”

MAC, JUNO y SMITH, MOLLY,

Putas Insolentes: La Lucha por los Derechos de las Trabajadoras Sexuales

I.- INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL DICTAMEN JURÍDICO	4
1.- Supuesto de hecho	4
2.- Consulta.....	7
II. FUNDAMENTOS DE DERECHO	8
1.- Modelos jurídicos	8
A. Prohibicionismo	8
B. Reglamentismo.....	8
C. Regulacionismo.....	10
D. Abolicionismo.....	11
2.- Calificación jurídica de la relación establecida entre la “alternadora” y la empresa	12
3.- Análisis de la impugnación del contrato	17
A. La figura del “falso autónomo”	17
B. Análisis de la situación por COVID	18
C. Cuestiones procesales	19
4.- El ejercicio de la prostitución	20
A. Prostitución por cuenta ajena	22
B. La prostitución por cuenta propia o autónoma	27
C. Otras formas de relaciones de trabajo que la prostitución puede adoptar	34
5. CONCLUSIONES:	38
BIBLIOGRAFÍA.....	44

I.- INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL DICTAMEN JURÍDICO

1.- Supuesto de hecho

Primero.- Con fecha 26 de noviembre de 2021 acude al despacho la clienta Doña Isabel López mayor de edad, de nacionalidad española, con núm. de D.N.I. 00.000.000 P, en busca de asesoramiento jurídico en relación a su situación laboral.

Segundo.- Doña Isabel López realiza dos actividades, por un lado como “camarera de alterne” o “alternadora” y por otro oferta servicios sexuales por cuenta propia.

Tercero.- Mi clienta suscribió el 21 de abril de 2018 un contrato de prestación de servicios con la “Discoteca Valladolid Sin Límites, S.L.” situada en la calle Esperanza, nº 4, La Cistérniga, Valladolid.

Cuarto.- La Sra. Isabel López firmó el contrato el día que comenzó la prestación de servicios. La clienta afirma que no le fue entregada ninguna copia del contrato y reconoce que lo firmó sin comprenderlo perfectamente. Los servicios objeto de contratación consistían en la “actividad de alterne”.

Quinto.- En la Discoteca, Isabel presta, junto con otras compañeras, "servicios de alterne", con una jornada parcial, de 4 a 5 horas, con un horario flexible, la clienta afirma acudir al establecimiento desde las 21.00 horas hasta las 2.00 horas, de lunes a sábado, y en caso de no poder asistir a la discoteca, las “alternadora” debía avisar inmediata y directamente a la encargada o jefa de personal.

La actividad de alterne consiste en la captación de clientes, y en hacer compañía e incitar al consumo de copas. La “alternadora” obtiene la cantidad 5 € la hora por el mero acto de presencia, más una comisión variable según el número de consumiciones de cada cliente. El precio de las copas es de 20,00 euros, y el de refrescos y agua de 5 €, los beneficios de tales consumiciones son repartidos por mitad entre la empresa y la “alternadora” que es invitada. El cliente abona el precio de la consumición directamente en la barra al camarero o, camarera, y

excepcionalmente - afirma Doña Isabel – recibir el precio de la copa directamente. Las ganancias obtenidas son aportadas al final de la jornada por el encargado de la sala, tras presentar los tickets que recibía en la barra en el momento de realizar la consumición. La “alternadora” afirma ganar “al redor de 50 € por noche trabajada”, es decir, un total de 1.400 € al mes.

La empresa estableció que al inicio de la jornada las “alternadoras” no pudieran acercarse a los clientes hasta que éstos efectuaran una primera consumición en la Discoteca.

Sexto.- La empresa tenía normas estrictas de vestimenta, tanto para el personal de barra como para las camareras de alterne. El vestuario para las “alternadoras” se proporcionaba en el mismo local, y era elegido por éstas entre las distintas opciones puestas a su disposición. Para esto, la empresa proporcionaba taquillas, que eran utilizadas por sus trabajadores para guardar sus efectos personales.

Séptimo.- El 15 de marzo Doña Isabel es informada mediante mensaje de WhatsApp de que la actividad de la “Discoteca Valladolid Sin Límite” es suspendida, debido a las medidas adoptadas por el Gobierno tras declarar el estado de alarma en todo el territorio español el 14 de marzo de 2020 para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19.

Durante la época de pandemia mi clienta siguió prestando sus servicios como “alternadora” cuando las medidas adoptadas debido a la COVID lo permitían, de tal manera que la relación se suspendió y se reanudó según el cierre o apertura de la hostelería:

- El 22 de junio de 2020, tras 98 días, expiró el estado de alarma y España entró en la llamada “nueva normalidad”. Y tras el comunicado del encargado de la “Discoteca Valladolid Sin Límites, S.L.”., Doña Isabel volvió a prestar sus servicios en el establecimiento el 25 de junio de 2020.

- La segunda suspensión de la relación tuvo lugar del 27 de octubre de 2020 hasta al 11 de mayo de 2021, en esta última fecha se comunicó la apertura de la Discoteca y el inicio de sus servicios.

Sin embargo, a partir de agosto de 2021 Doña Isabel dejó de percibir la cantidad fija de 5 € la hora y la comisión correspondiente a las consumiciones efectuadas por los clientes en la “Discoteca Valladolid Sin Límites”, a pesar de haber cumplido con su parte acordada, captando clientes para el citado establecimiento y asistiendo puntualmente al lugar de trabajo.

El 1 de octubre de 2021 y con el asesoramiento de esta letrada interpone denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad social (ITSS).

El 1 de diciembre de 2021, mi clienta fue notificada de la finalización de sus servicios mediante mensaje de Whatsapp por el encargado de la sala, que decía lo siguiente:

“La “Discoteca Valladolid Sin Límites” debe prescindir de sus servicios. Esta decisión está fundada en la situación económica que atraviesa la empresa, con un progresivo y continuado descenso de ingresos, como consecuencia de la falta de actividad derivados de las restricciones impuestas por las Autoridades nacionales y autonómicas por causa del COVID-19, cerrando intermitentemente los negocios de hostelería, restricción de aforos y demás medidas por todos conocidas y que obviamos mencionar.”

Octavo.- La otra actividad a la que se dedica mi clienta es la prestación de servicios de carácter sexual. Esta actividad tiene lugar en el establecimiento más cercano a la Discoteca, el “Hostal Baco”, categoría administrativa de motel de dos estrellas (categoría 3ª, grupo C), propiedad de la empresa “Discoteca Valladolid Sin Límites, S.L.” Para ello Isabel alquila una habitación en el citado Hostal, allí se traslada con los clientes captados mediante alterne en la Discoteca. Abona por la habitación la cantidad de 30 euros, más otros 5 euros por la limpieza y adecuación de las habitaciones en las que se prestan tales servicios.

Noveno.- Doña Isabel procura tener un mínimo 5 clientes por noche, contacta con éstos una vez concluida su actividad como “alternadora”, puede tratarse de clientes que se encuentran tanto dentro del local como fuera de éste (en este último supuesto, los servicios se contratan directamente con Doña Isabel mediante medios informáticos en los que se anuncia). El precio general que cobra por sus servicios sexuales es de 80 €/h, “aunque depende del servicio”, explica. Por lo que percibe la cantidad de 2.5000 € mensuales.

Para esta actividad utiliza sus propios medios de producción y material de trabajo (anticonceptivos, lubricantes, desinfectante, juguetes eróticos...). Es ella quien se encarga de la elección del cliente entre aquellos que se encuentran en la discoteca “Valladolid Sin Límite”.

2.- Consulta

De acuerdo con los antecedentes de hecho expuestos, se requiere a esta Letrada que emita un dictamen jurídico sobre las cuestiones que se plantean a continuación:

1. Determinar la calificación de la relación jurídica entre Doña Isabel y la empresa “Valladolid Sin Límites”.
3. Analizar el tipo de la relación contractual existente entre las partes y las acciones de las que dispone la trabajadora, así como el procedimiento a seguir.
2. Valorar la ilicitud o licitud de la prostitución como relación laboral, y sus consecuencias jurídico-laborales.

Dicho dictamen jurídico se emite por la Letrada que suscribe sirviendo de apoyo de su fundamentación jurídica, y al objeto de resolver cada una de las cuestiones jurídicas arriba expuestas, la bibliografía referida al final del presente trabajo y las principales normas legales aplicables en la materia.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Modelos jurídicos

La doctrina ha clasificado la prostitución entorno a los siguientes modelos jurídicos: prohibicionismo, reglamentismo, regulacionismo y abolicionismo. Se expondrá a continuación los aspectos básicos de cada uno de ellos:

A. Prohibicionismo

El prohibicionismo se basa en la represión penal de la prostitución. En este modelo se persigue tanto la prostitución como el proxenetismo, ambas formas categorizadas como delitos, por lo que se considera a la mujer prostituta una delincuente, quedando el cliente impune.

Este modelo adolece de varios defectos, pues se desconoce qué bienes o derechos protege realmente, para castigar tanto al proxeneta como a aquellas mujeres a las que prostituye, sin ofrecerles ninguna alternativa, y defendiendo la atipicidad del cliente (como por ejemplo en Egipto y dentro de la Unión Europea (UE) Irlanda).

El prohibicionismo fue utilizado durante el franquismo, pese a haberse declarado abolicionista. Tanto el código penal, como la Ley de Vagos y maleantes hasta 1970 y la Ley de Peligrosidad Social y Rehabilitación social, legitimaban la persecución policial y el encarcelamiento de las mujeres prostitutas basándose en la peligrosidad.¹

B. Reglamentismo

El reglamentismo mantiene la idea de que la prostitución es una práctica negativa para la sociedad, sin embargo, su imposible erradicación hace que sea “mejor” regularla. Tiene como objetivo eliminar la prostitución de la calle. El reglamentismo observa a la prostituta no como víctima sino como un sujeto potencialmente conflictivo. En algunos casos, su argumento se centra en motivos

¹ IGLESIAS SKULJ, A: “La prostitución y el trabajo sexual: las relaciones entre sexualidad y género”, en *¿Prostitución Hacia la Legalización?*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 61 y 62.

de salud pública, sometiendo a la mujer prostituta a controles oficiales de sanidad. Y en otros, se basa en motivos de seguridad ciudadana, prohibiendo el ejercicio de la prostitución en la calle, como en el caso de Inglaterra. *“En este modelo todo lo que está fuera de la reglamentación, deviene ilegal”*².

La Ley holandesa que reconoce el libre ejercicio de la prostitución como actividad laboral, influye tanto en España como en el resto de Europa.

El modelo reglamentista en España tiene su reflejo en la normativa autonómica, atendiendo los Ayuntamientos a su ámbito competencial, siempre desde una perspectiva administrativa imitando en esto los modelos franceses e italianos³.

1. Las Ordenanzas Municipales del Ayuntamiento de Bilbao promulgadas en 1999, consistente en una reglamentación administrativa de los locales (sin incluir pisos o prostitución en la calle) en los que se ejerce la prostitución imponiendo requisitos de higiene cuya inobservancia puede conllevar el cierre del local.
2. Y en ese mismo sentido, destaca el Decreto de la Generalitat de Cataluña 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, reglamenta las condiciones que éstos deben reunir (horarios, instalaciones, ubicación, condiciones de higiene, etc.), define la prestación de servicios de naturaleza sexual, establece controles sanitarios obligatorios... tales medidas suponen reforzar la posición del dueño del alterne sobre la parte más débil, que no dispone de ninguna autonomía.

² GONZÁLEZ, JOSE M: “El Modelo Legalizador”, en *El ejercicio de la prostitución y el Derecho del Trabajo*. Ed. Comares, Granada, 2013, página 14.

³ BARRÉRE, MARÍA, A y CAMPOS ARANTZA (Coord.), “Libertad de Elección de la Profesión y Ejercicio de la prostitución, Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Género una Relación a Debate. Ed Dykinson, Madrid, 2005, págs. 107-110.

C. Regulacionismo

El regulacionismo (o modelo legalizador) es adoptado por Holanda y Alemania. Este modelo reconoce a la mujer prostituta la condición de mujer trabajadora, dotándola de derechos laborales, incluyendo la Seguridad Social.

Desde los años ochenta, la autoorganización de las prostitutas apuesta por un cambio importante en la concienciación y la solidaridad entre todas las mujeres, defienden los derechos de las trabajadoras sexuales, el derecho a decidir por ellas mismas sobre cómo vivir y resistir a la explotación. Aunque las reivindicaciones del movimiento no son del todo homogéneas, los estatutos mundiales del Internacional Committee for Prostitues Rights, recogidos en la Carta mundial por los Derechos de las Prostitutas exigen la descriminalización de todos los aspectos de la prostitución adulta que sean resultado de una decisión individual y solicitan su regulación según la normativa para los contratos laborales y mercantiles. Y hacen hincapié en la inclusión de cláusulas para prevenir el abuso y la estigmatización. Solicitan la supresión de la prostitución de los códigos penales, exigen que sus derechos humanos y, en particular, sus derechos laborales, sean respetados. En suma, luchan por obtener los mismos beneficios sociales que las demás trabajadoras y trabajadores, y exigen la implementación de programas sociales destinados a cambiar la actitud para con las prostitutas. Asimismo, consideran imprescindible que sean ellas quienes establezcan las condiciones laborales y rechazan los controles sanitarios. Las mujeres prostitutas están dispuestas a disputar democráticamente los múltiples usos del espacio público, solicitan la existencia de servicios de empleo, apoyo legal, vivienda, cuidados de hijas e hijos y programas ocupacionales para las mujeres que deseen abandonar la profesión⁴.

⁴ ARELLA CELESTE; FERNÁNDEZ CRISTINA, B; NICOLÁS GEMMA, L; VARTABEDIAN JULIETA, Los Pasos (In)Visibles de la Prostitución, Estigma, Persecución y Vulneración de Derechos de las Trabajadoras Sexuales en Barcelona, Ed. La Llevar-VIRUS, Barcelona 2007.

D. Abolicionismo

El abolicionismo considera que la prostitución y la trata de personas se encuentran estrechamente relacionados. Este modelo rechaza todo tipo de prostitución sin diferenciar entre la prostitución forzada o libre, adulta o infantil. A diferencia del prohibicionismo, la prostituta no es criminalizada, sino todo lo contrario, es considerada víctima. El sujeto perseguible penalmente es el proxeneta. Pero en ocasiones, se exige responsabilidad al cliente por ser considerado cooperador necesario, (en tales casos se trataría de un “prohibicionismo impropio”)⁵.

La ideología del abolicionismo considera esta actividad sexual una vulneración de los derechos humanos y la dominación total del hombre sobre la mujer, propia de una sociedad patriarcal que fomenta la desigualdad entre ambos sexos.

Hay multitud de países abolicionistas, como ejemplo Grecia y Turquía (en el que las prostitutas deben inscribirse en un Registro y acudir periódicamente a clínicas), Austria (que permite ejercer la prostitución en casas registradas) y Bélgica (donde se tolera la prostitución en clubes, bares y escaparates de calle).

El abolicionismo tuvo una gran influencia a finales del s. XIX y comienzo del s. XX, debido al crecimiento del tráfico sexual de mujeres y la “trata de blancas” que reclama la intervención internacional. Esta situación queda recogida en la Convención de Nueva York de 1950, firmada por España años más tarde⁶.

⁵ BARRÉRE, MARÍA, A y CAMPOS ARANTZA (Coords.): “Libertad de Elección de la Profesión y Ejercicio de la prostitución”, en *Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Género una Relación a Debate*. Ed Dykinson, Madrid, págs. 100-103.

⁶ REY, FERNANDO; MATA, RICARDO y SERRANO, NOEMÍ, *Prostitución y Derecho*, Ed. Aranzadi S.A. 2004.

En la práctica los Estados no adaptan sus normas a estos modelos jurídicos en su estado puro u originario⁷.

Actualmente en España la prostitución no es ilegal, no rige un modelo prohibicionista, pero tampoco es legal, ya que no existe una regulación normativa para aquellas situaciones en las que se ejerce de forma libre y voluntaria, ni existe una norma que la castigue, al contrario de lo que ocurre con la prostitución forzosa o el proxenetismo, que se trata de un delito público perseguible por el Estado. Por lo que se trata de una ausencia de regulación de la prostitución.

2.- Calificación jurídica de la relación establecida entre la “alternadora” y la empresa

Tomando como base los pronunciamientos judiciales, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su Sentencia núm. 4004/2009 de fecha 15 de mayo de 2009, definió la actividad de alterne como aquella *“consistente en que las mujeres estimulen con su compañía y la mayor o menor exhibición de su físico, el consumo de bebidas por los clientes de un establecimiento donde aquéllas prestan el servicio a cambio de un porcentaje en el precio de la consumición, es aceptada hoy por la jurisprudencia como relación laboral.”*

Y siguiendo esta misma línea la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León Sentencia núm. 01791/2017 de fecha 9 de noviembre de 2017, define como servicios de alterne aquellos *“consistentes en la captación de clientes para ser invitadas a consumiciones al precio de 20,00 euros, que son repartidos por mitad entre la empresa y la chica que es invitada”*.

El alterne es aquella actividad que tiene por objeto la captación de clientes (hombres, mayoritariamente) e incitación al consumo de bebidas alcohólicas mediante la exhibición del físico, recibiendo a cambio un porcentaje por cada consumición.

⁷ REY, FERNANDO; MATA, RICARDO y SERRANO, NOEMÍ, *Prostitución y Derecho*, Ed. Aranzadi S.A. 2004.

El supuesto expuesto, como en otros tantos, la actividad de alterne aparece ligada a la prostitución, sin embargo, la labor de “alternar” no es sinónimo de prostitución. El Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en la Reunión de Tokio de 1958, entendió que jurídicamente la prostitución designa *“a toda persona de uno u otro sexo que, percibiendo una remuneración cualquiera, en especie o en natura, se entrega de una manera habitual y en la forma que sea, durante toda o una parte de su tiempo, a contactos sexuales, normales o anormales, con diferentes personas sean del mismo sexo, o de sexo opuesto”*. La Real Academia Española presenta un concepto más básico y concreto, definiendo la prostitución como *“la actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero”*.

La jurisprudencia ha admitido como relación laboral el alterne. Aunque en un primer momento la doctrina de los Tribunales Laborales era reticente, (por todas, sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 13 de marzo de 1975 y de 1 de abril de 1978)⁸, ya que entendían que tal materia era constitutiva de una relación de carácter civil, argumentado la inexistencia de indicios de laboralidad, y omitiendo pronunciarse sobre el trabajo sexual aparejado a la actividad de alterne. Pero la doctrina judicial pronto fue revisada por el Tribunal Supremo, declarando la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de las demandas relativas a las relaciones de alterne.

La primera de las resoluciones del Tribunal Supremo que reconoció la existencia de contrato de trabajo entre una "alternadora" ("con la obligación de concurrir de 10,30 a 11 de la noche y permanecer en ella hasta las 3 ó 4 de la madrugada ..., siendo su misión animar el baile, percibiendo también comisión por botella de champagne abierta en compañía de concurrentes y otra inferior en consumiciones ordinarias") y un empresario ("empresa dedicada a Sala de Fiestas") fue en la Sentencia núm. 580 de fecha 3 de marzo de 1981, en la que

⁸ SEMPERE ANTONIO V. (DIRECTOR) y MALDONADO JUAN (COORDINADOR) *Las Fronteras del Contrato de Trabajo en la Jurisprudencia*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, MADRID, 2020.

se declaró que concurrían *"los elementos característicos del contrato de trabajo, especialmente dependencia y retribución"*.

Posteriormente, esa misma jurisprudencia acabará consolidándose mediante⁹:

1º) La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1984, en la que, con relación a un supuesto de *"prestación de servicios de las llamadas señoritas de alterne ... atendiendo a los clientes ...mediante la percepción de 3.000 ptas. diarias más 150 ptas. por cada copa que tomara con aquéllos"*, se consideró que la calificación de la naturaleza jurídica que vinculaba a las partes no podía ser otra que *"la de un auténtico contrato de trabajo"*, ya que se trata de una actividad en la que se encuentran presentes todos los requisitos que lo conforman, v.gr., *"prestación voluntaria de servicios ..., realizada por cuenta ajena ..., dependencia de otra persona [entendida] como inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial, como una sujeción a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo del vínculo contractual ... [y] cobro de una retribución cualquiera que sea su forma"*;

2º) Y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de 21 de julio de 1995, en la que se declara que *"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 a los efectos del artículo 26.1.f) de la Ley de Extranjería y, lógicamente, si tiene ese carácter como actividad realizada por cuenta ajena en régimen de contrato de trabajo la misma licitud debe reconocerse para el supuesto de realización por cuenta propia, como así está acogido expresamente en el ámbito comunitario europeo (cfr. Roux, Sentencia de 5 febrero 1991)"*.

Los pronunciamientos expuestos, conducen a la conclusión de que la relación laboral existe siempre y cuando se acredite la ajenidad y dependencia

⁹ La citada doctrina jurisprudencial se recoge en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia, Sección 1, de fecha 24 de junio de 2011 (ROJ: STSJ GAL 5652/2011, de 24 de junio de 2011).

de la actividad en el seno de una organización empresarial, siendo la prestación de servicios realizada de forma voluntaria y remunerada.

Los criterios para determinar la existencia o no de una relación laboral están recogidos en el artículo 1.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET): el trabajo es personal, voluntario, dependiente, retribuido y bajo el ámbito de dirección y organización de la empresa. Y en relación con el artículo 8.1 del mismo cuerpo legal, el cual dispone que *“el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. 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 aquel”*.

Atendiendo a los antecedentes de hecho, se analizará si las funciones realizadas por mi clienta para la empresa “Valladolid Sin Límite” cumple con las características de laboralidad establecidas en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y si, por lo tanto, podría ser calificada como “alternadora” por cuenta ajena.

a) Dependencia. La empresa fija el horario de trabajo, permaneciendo la trabajadora en el local en su horario de apertura al público, desde las 19.00 horas hasta las 5.00 a.m. de martes a domingo.

b) Retribución. La trabajadora percibe una retribución fija de 5 € la hora por el mero acto de presencia, más una comisión variable según el número de consumiciones de cada cliente. Por lo tanto, obtiene la cantidad fija de 50 € más comisiones por los servicios de alterne.

La actividad realizada por Doña Isabel López lleva sin ser retribuida desde hace cinco meses, aunque ésta ha seguido cumpliendo con su parte de lo acordado, y asiste puntualmente al lugar de trabajo y desarrolla las funciones que le son propias. En este sentido, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de febrero de 2018¹⁰, admite que la falta de remuneración no desvirtúa la laboralidad *“porque ello no quiere decir que el*

¹⁰ Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de febrero de 2018 (Roj: STSJ M 11244/2019, 18 de febrero de 2018).

salario no se haya devengado, ya que el trabajo ha sido prestado en las mismas condiciones pactadas y la empresa ha obtenido un beneficio económico. Así pues, la trabajadora cumplió con sus obligaciones, siendo acreedora del salario que se había de abonar, tal y como hacía inicialmente. Afirmando la sentencia que considerar que se trataba de un trabajo sin derecho a contraprestación, sería tanto como admitir la esclavitud”.

c) Ajenidad. La ajenidad se manifiesta en la incorporación de los beneficios producidos por la actividad de alterne en la empresa.

Y aunque excepcionalmente la “alternadora” Doña Isael López recibiera el precio de la copa directamente del cliente, la ajenidad no se ve afectada, se establece así en la Sentencia de la Sala Social del TSJ de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 2 de diciembre de 2011 *“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 a estos efectos.”*

d) Voluntariedad. El consentimiento ha sido prestado de manera libre y voluntaria, no posee vicio alguno.

Se puede apreciar que tales características gozan de flexibilidad, y esto se debe a que se trata de un trabajo por comisión que requiere de cierta autonomía de horario, jornada y retribución en el desempeño de sus funciones. El Tribunal Superior de Andalucía en su Sentencia núm. 1486/2021 de 1 de junio de 2021, recoge que tal flexibilidad no supone un impedimento para la existencia de una relación laboral, *“como expresamente señalan las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de abril de y 13 de noviembre de 2001, y Andalucía/Málaga de 14 de julio de 2000 o 5 de octubre de 2001, que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela, y cierta libertad de horario de permanencia en los locales de alterne, y que pudiera no acreditarse taxativamente su modo de retribución, no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento*

de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad”.

La laboralidad de la actividad de alterne se encuentra en que genera unos rendimientos económicos para la empresa que se ocupa de la organización del capital y el trabajo, por lo que se encuentra sometida a las leyes tributarias y laborales que protegen a los trabajadores¹¹.

Para identificar la verdadera naturaleza del contrato debe atenderse a la realidad del contenido, que se manifiesta en los actos realizados en su ejecución sobre la denominación que le atribuyen las partes. Así pues, a pesar de que la entidad “Discoteca Valladolid Sin Límites, S.L.” suscribió con Doña Isabel un contrato mercantil de prestación de servicios, las funciones desempeñadas por mi clienta cumplen con los criterios establecidos en el artículo 1 ET. La descripción de la actividad realizada en la Discoteca determina que existía una relación laboral de alterne conocida y organizada por la empresa titular del establecimiento. Mi clienta está vinculada a la entidad por una relación laboral que obligaba a su alta en la Seguridad Social, el incumplimiento de este deber en las condiciones establecidas constituye un delito contenido en el artículo 311.2 Código Penal (CP).

3.- Análisis de la impugnación del contrato

A. La figura del “falso autónomo”

La figura del falso autónomo no tiene ninguna regulación legal, se trata de un concepto jurisprudencial. Se puede definir al falso autónomo como aquel trabajador sometido a la dirección y control del empresario, y que cumple con los requisitos de ajenidad y dependencia para ser reconocido como trabajador por cuenta ajena, y sin embargo posee un contrato mercantil, encuadrándose en el

¹¹ La laboralidad de la actividad de alterne se recoge en los siguientes términos, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, en su sentencia núm. 01215/2007, de fecha 20 de octubre de 2007: “*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 y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica*”.

RETA (Régimen Económico de Trabajadores Autónomos). Se produce un fraude de ley.

El contrato mercantil firmado por Doña Isabel con la empresa “Discoteca Valladolid Sin Límites, S.L.” ha sido realizado en fraude de ley, cuyas consecuencias están determinadas en el artículo 6.4 CC, el cual establece que *“no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”*, y constituye una infracción grave según lo estipulado en el art. 7.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

B. Análisis de la situación por COVID

El artículo 2 del Real Decreto Ley 9/2020 el 28 de marzo de 2020, establece que no se puede despedir a ningún trabajador mediante un despido objetivo por causa de fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción motivado por el Coronavirus. Así pues, si el despido que se base en causas COVID es improcedente¹².

En este caso no se impugnará la suspensión que tuvo lugar del 27 de octubre de 2020 hasta al 11 de mayo de 2021, por un lado, porque de tratarse de un despido habría caducado el plazo de 20 días para el ejercicio de la acción de despido. Y por otro lado porque esta letrada considera, que no se trata de una finalización de la relación, sino de una suspensión, según los mensajes de Whatsapp remitidos por el jefe de sala a Doña Luisa, los cuales hacen mención a la *“suspensión temporal de la prestación de servicios como camarera de alterne”*, se entiende que la relación que une a Doña Isabel y a la entidad seguía estando vigente en el tiempo durante el cierre de la hostelería, y por lo tanto era posible su reanudación. Por lo tanto, son susceptibles de reclamación las mensualidades impagadas correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2021, ya que aún no ha transcurrido el plazo de prescripción de un año, y teniendo en cuenta que la papeleta de conciliación interrumpe tal plazo, a tenor de lo dispuesto por el artículo 59 Estatuto de los Trabajadores, el cual

¹² Como ejemplo la Sentencia de 17 de febrero de 2021, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid (Roj: STSJ CL 4047/202, 17 de febrero de 2021).

establece que *“la efectiva prescripción del salario al año de su devengo, viéndose interrumpido el plazo por reclamación judicial o extrajudicial”*. En cualquier caso, son susceptibles de reclamación los salarios devengados durante los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2021.

El despido de fecha 1 de diciembre de 2021, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución Española), y la garantía de indemnidad, la cual prohíbe a los empresarios *adoptar medidas de represalia contra el trabajador que ejercita acciones o reclamaciones frente a su empleador*. El artículo 4 g) del Estatuto de los Trabajadores y en el Convenio 158 de la OIT se excluye como causas válidas de extinción del contrato de trabajo *“el haber planteado queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes”*.

C. Cuestiones procesales

Las opciones que tiene mi clienta son: el “buzón de denuncias anónimas de fraude laboral”, se trata de un sistema que, a través de la página de la Inspección de Trabajo permite a cualquier ciudadano denunciar situaciones de fraude laboral, siempre de forma anónima y a través de un formulario. O denunciar su situación como falso autónomo ante la Inspección de Trabajo (mediante denuncia formal o anónima), para que dictamine la existencia de una relación laboral encubierta.

Antes de acudir a la vía judicial, el artículo 63 LRJS impone como requisito previo el acto de conciliación y mediación ante la Comisión de Conciliación y Mediación (organismo denominado SERLA, Servicio Regional de Relaciones Laborales en Castilla y León), el acto se inicia mediante la presentación de “la papeleta de conciliación.

Durante este proceso el empresario tiene la posibilidad de aceptar las pretensiones de la trabajadora, evitando así el proceso de demanda. En caso de que no estime las pretensiones solicitadas, se ha de continuar el proceso laboral a través de la demanda de despido.

La demanda se interpondrá ante el Juzgado de lo Social de Valladolid (conforme al artículo 10 LRJS). Para el ejercicio de esta acción, se establece un plazo de 20 días hábiles a partir del día del despido, considerado de caducidad (artículo 103 de la LRJS), que quedará suspendido con la interposición de la papeleta de conciliación, de conformidad con el 103.2 LRJS.

En el caso expuesto, la trabajadora fue despedida tras la denuncia ante la Inspección de Trabajo, lo que supone la vulneración del derecho a la tutela judicial recogido en la CE. El TS de la Sala de lo Social de 4 de marzo de 2013 (RJ 2013/4502): *“la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por ser contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”*.

Será decisión de Doña Isabel decidir si quiere ejercitar el procedimiento de tutela de Derechos y Libertades Fundamentales previsto en los artículos 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social.

La Inspección de Trabajo o los Tribunales realizarán el encuadramiento y la clasificación profesional de la actividad de alterne por asimilación con la categoría de camareras o animadoras, aplicándose las tablas salariales previstas en los Convenios colectivos de la hostelería, al ser inexistente la categoría de “alternadora”.

4.- El ejercicio de la prostitución

El “Manifiesto de L@s trabajador@s sexuales en Europa”, resultado del Congreso celebrado en Bruselas en 2005, declaró que *“el trabajo sexual es por definición sexo consentido. El sexo no consentido no es trabajo sexual, sino violencia sexual o esclavitud”*. Por lo tanto, la base del ejercicio de la prostitución es el consentimiento, el cual tiene la finalidad de esclarecer la licitud o ilicitud de esta actividad, es decir, dilucidar si se trata de una prostitución forzada o voluntaria, esta última presenta verdaderas dificultades, esencialmente cuando entre quien la ejerce y el cliente aparece un tercero que la promueve o la facilita,

lo que debe distinguirse entre prostitución por cuenta ajena y prostitución por cuenta propia o autónoma.

El abolicionismo impera en el contenido del Informe de la Ponencia de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, sostiene que *“relacionar la prostitución con la libertad sexual es olvidar que la actividad humana de la sexualidad, requiere de una relación de igualdad y voluntariedad, una expresión de libertad compartida y en la que no puede caber la relación comercial que constituye en sí misma una situación de abuso, de poder”*.

Admitir la prostitución como trabajo sería una *“contradicción con nuestro ordenamiento jurídico tanto en el ámbito interno cuanto en la normativa internacional a la que nos hemos acogido, porque la regularización es contraria al artículo 9 y al artículo 14 de nuestra Constitución, así como a diferentes Convenios y Tratados internacionales con los que nuestro país ha comprometido”*¹³.

La doctrina constitucionalista mantiene estos postulados, por ejemplo, Encarna Carmona Cuenca, sostiene que *“aunque existiese algún caso en que realmente una mujer completamente autónoma deseara dedicarse a la prostitución como una forma de vida, no estaría justificado legalizar la actividad, pues esta regulación sería muy perjudicial para la gran mayoría... Además, aunque en algún caso se diera una voluntad realmente autónoma, el consentimiento de una persona no legitima cualquier actividad perjudicial para sí misma que ésta desarrolle, ni es argumento suficiente para regular esta actividad...”*. Esta autora toma como ejemplo la esclavitud y coloca en el mismo plano ambas prácticas, junto con *“la venta de la propia sangre, de órganos o con la maternidad de alquiler”*.

Sin embargo, el tratamiento jurídico que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos da a la prostitución consideró en el caso Tremblay c. Francia, de 11 de septiembre de 2007 que la prostitución es *“incompatible con los derechos y*

¹³ Boletín Oficial de las Cortes Generales, VIII Legislatura, n. 379, de 24 de mayo de 2007.

la dignidad de la persona humana cuando se es obligado a ejercerla”, admitiendo, a contrario sensu, que cabe diferenciar los supuestos en los que se obliga de aquellos otros en los que no existe tal imposición.

A. Prostitución por cuenta ajena

La prostitución por cuenta ajena recibe un gran desvalor desde un punto de vista penal. Se encuentra encuadrada dentro del CP en su Título VIII sobre los *"Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales"*, y en el capítulo V, titulado *"De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores"*, artículos 187 a 190 CP.

El art. 187 Código Penal *"castiga a quien, empleando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella"*.

La jurisprudencia penal ha realizado una interpretación restrictiva del artículo 187 del CP, castiga a aquella persona que se lucra de la explotación de la prostitución ajena, además sienta como elemento objetivo del tipo de explotación el ejercicio coactivo de esta actividad, y establece que es aplicable también en aquellos casos en los que quien se lucra no es el mismo sujeto que provoca tal falta de libertad, siempre y cuando la conozca, de tal forma que se exige algo más que el mero lucro con la prostitución ajena. Desde la LO 11/2003 ha incorporado en el artículo 188.1º del CP un segundo inciso en el cual se sanciona a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con su consentimiento, con la misma pena prevista para quien determine a otro mayor de edad a ejercer la prostitución mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. La jurisprudencia en aras de evitar una interpretación excesivamente amplia del mencionado precepto (como por ejemplo el derivado de la publicación de anuncios ofertando estos servicios), ha establecido unas exigencias mínimas como la identificación personal de quienes resultan explotadas.

La Sala IV del Tribunal Supremo de 27 de noviembre 2004 afirmaba que únicamente *"la explotación de la prostitución por cuenta ajena es una relación laboral no permitida por nuestro ordenamiento"*¹⁴. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 425/2009, de 14 de abril de 2009, recoge 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"*.

Exactamente en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala II de lo Penal de 3 de Julio de 2008¹⁵, seguida en los mismos términos, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección de 18 de diciembre de 2015¹⁶, se consideraban necesarios los siguientes aspectos:

"a) 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. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del CP. Esta idea es también coherente con el criterio de política criminal que late en el compromiso de los países de la Unión Europea, expresado en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea , relativa

¹⁴ Recogida en la Sentencia núm.162/2019 del Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Penal, de 26 de marzo de 2019.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal de 3 de Julio de 2008 (ROJ: STS 445/2008)

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección de 18 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5747/2015)

a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (Diario Oficial L 63 de 04.03.1997) y, sobre todo, en la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (Diario Oficial L 203 de 01/08/2002), que ha sustituido a la citada Acción Común, en lo que afecta a la trata de personas. En la primera de ellas, los Estados se comprometen a revisar la legislación nacional con el fin de incluir, entre otras, la siguiente conducta: "... explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos en la que: se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto".

En la Decisión marco (art.1, d), los Estados asumen el compromiso de garantizar la punibilidad, entre otros casos, de aquellos supuestos en los que "...se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona (...) o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía".

b) 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. En aquellos otros casos -estadísticamente más frecuentes- en los que la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución sea la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 excluiría la aplicación del inciso final, por imponerlo así una elemental regla de consunción (art. 8.3 del CP).

c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo.

d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración

es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio"

En los casos en que la prostitución es ejercida por cuenta ajena (en régimen de subordinación y dependencia) el supuesto contrato de trabajo sería totalmente nulo¹⁷ por resultar su objeto ilícito, al ser contrario a la dignidad y libertad sexual que forman parte del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española¹⁸. Como se ha indicado, se trata de la vulneración de Derechos Fundamentales que gozan de la acción para su tutela, conforme al art. 177 - 184 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Pero de ninguna de las maneras, el trabajador o la trabajadora gozarán de la acción de despido ya que nunca existió una relación laboral, es decir, no puede extinguirse una relación jurídica que resulta ser nula.

Como ya se ha expuesto anteriormente, en ocasiones la actividad de alterne se ejerce de manera paralela a los servicios sexuales. en tales casos, el contrato permanecerá válido en la medida en que se trata de una prestación lícita (el alterne), gozando la trabajadora de acción de despido. Siendo la prostitución nula por tratarse de una causa contraria a la moral o a las leyes, esta parte del

¹⁷ STSJ de Galicia de 10 noviembre 2004, (Roj: STSJ GAL 4740/2004): Descarta la situación de alterne. Basándose en los elementos fácticos determina que se trata de una *"actividad (que) excede de la consecución de consumiciones"*. El Tribunal observa que se trata de una situación de prostitución. Y resuelve que la ilicitud de un contrato de trabajo cuyo objeto fuese la prostitución de la supuesta trabajadora al ser la explotación de la prostitución ajena es una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral.

¹⁸ Como dispone la Sentencia núm. 5388/2019 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña de fecha 11/11/2019 es ilícito el objeto del contrato (art.1261 y 1271- 1273 CC), no porque el *"trabajo sexual deba considerarse "contrario a la moral" ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsecamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario (art. 5c) y 20 ET), resulta contraria a la dignidad humana (art.10.1 CE)"*.

contrato sería considerado nulo (arts. 1261, 1274, 1275, 1255 y 116 CC), se estaría ante una nulidad parcial.

Destaca la Sentencia núm. 174/2018 de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2018, que declara nulos los Estatutos del sindicato Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), ya que a criterio de la Audiencia implica la creación de un sindicación cuya actividad es la prostitución ejercida por cuenta ajena, al establecer en el artículo 4 de sus estatutos el ámbito funcional del sindicato de la siguiente manera: *“Desarrollará sus actividades en el ámbito funcional de las actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes”*. La ilicitud de los estatutos de este sindicato se encuentra en la calificación del contrato de prostitución como contrato con objeto ilícito. Recuerda que la prostitución no puede ser un trabajo por cuenta ajena por lo que no puede aplicársele los criterios laborales de la libertad sindical. Sugiere que si se refiriere a trabajos sexuales distintos a la prostitución la sentencia sería otra, pero no si incluye la prostitución, y aclara y destaca que *“existen resoluciones dictada por Tribunales superiores de justicia en procedimientos de oficio instados por la autoridad laboral, en los que se ha admitido la condición de trabajadores por cuenta ajena de personas que ejercían la prostitución, lo determinante ... no ha sido nunca el ejercicio de la prostitución... sino el ejercicio de una actividad por cuenta ajena lícita y perfectamente separable del ejercicio de la prostitución, actividad ésta que se desarrolla por cuenta propia por los trabajadores de alterne, aun cuando se desarrolle en instalaciones propias del empleador destinadas a la habitación del trabajador...”*

La ilicitud de la prostitución por cuenta ajena como objeto de trabajo supone “...una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral”. Estaríamos ante un contrato con causa ilícita por oponerse a las leyes y a la moral (art. 1.275 C.civil), cuya regulación corresponde al Código Penal, en la medida en que su art. 188 castiga *“al que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma ”*, siguiendo así las tesis abolicionistas del Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General de

Naciones Unidas en 2 de diciembre de 1949, en vigor desde el 25 de julio de 1951 (art. 24).

Según este órgano jurisdiccional, reconocer OTRAS como sindicato implicaría reconocer la laboralidad de dicha actividad y el reconocimiento laboral de aquellas personas o entidades dedicadas al proxenetismo, (contrario a los arts. 1. 1 y 2, 2.1 y 3 de la LOLS).

Sin embargo, Audiencia Nacional, no atiende en ningún caso de manera directa a la prostitución por cuenta propia, que tendrá una gran relevancia en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 1 de junio de 2021 en estimación del recurso frente a la citada sentencia de la Audiencia Nacional.

B. La prostitución por cuenta propia o autónoma

Actualmente la prostitución por cuenta propia es considerada como una actividad alegal, a la que se reconoce su carácter de actividad económica (como ya se ha mencionado) y que incluso se vincula con la libertad de profesión.

El concepto de trabajador por cuenta propia se encuentra en la Ley 20/2007, de 12 de octubre del Trabajo Autónomo, se trata de toda persona física que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad profesional con fines lucrativos, pudiendo realizarse a tiempo completo o parcial, a diferencia del trabajador por cuenta ajena, no está sujeto a contrato de trabajo.

La prostitución por cuenta propia (así como en forma de trabajo asociado) está presidida por la libertad de profesión, organización, lugar, tiempo y condiciones de trabajo, quedando sus derechos salvaguardados por la libertad sindical, asociación y seguridad social.

Se sitúa dentro del marco de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (art.49 TFUE), por el derecho al trabajo en régimen autónomo y a la libre elección de profesión u oficio (art.35 CE). Gracias a la libre autonomía de la persona, la prostitución puede considerarse lícita, al contrario, de lo que sucede con la prostitución por cuenta ajena, que cosifica a la mujer que ejerce la prostitución, anula su libertad sexual y su derecho a la intimidad, que alguien

tenga derecho a controlar, sancionar y ordenar sobre el contenido de la libertad sexual e intimidad supone una afectación a su contenido esencial (art.53.1 CE).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Asunto C-791/19 (Comisión/Polonia) de 15 de julio de 2021, declaró que *“la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que, comprendida en el concepto de «actividades económicas»”* y que *“la actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente, está incluida en ambos conceptos”*. Y en cuanto a la *“inmoralidad de la actividad de prostitución, evocada por el órgano jurisdiccional remitente, procede recordar también que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, no le corresponde sustituir por la suya la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practica legalmente”*.

Concluye este Tribunal que *“corresponde al juez nacional comprobar en cada caso, habida cuenta de las pruebas que se le presenten, si se reúnen las condiciones que permiten considerar que la prostitución se ejerce de manera independiente, a saber: – sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución; – bajo responsabilidad propia, y – a cambio de una remuneración que se paga íntegra y directamente a quien la ejerce (asunto C-268/99, de 20 de noviembre de 2001)”*.

Es importante la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2004¹⁹ de cara a una cobertura jurídica en el ejercicio de la prostitución por cuenta propia. Los antecedentes de la citada sentencia pueden resumirse de la manera siguiente:

El 15 de mayo de 2002 se constituyó la Asociación Nacional de Empresarios “Mesalina” (ASEM). El objeto de la asociación se definía en su artículo 3 como *“de tenencia o gestión de establecimientos públicos hoteleros*

¹⁹ Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2004 (Roj: STS 7727/2004).

destinados a terceras personas, ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne y la prostitución por cuenta propia”.

El 17 de junio de 2003 la Dirección General de Trabajo requirió la modificación de los Estatuto para la supresión de la expresión “prostitución por cuenta propia”. La Asociación modificó los estatutos, pero no en el sentido pretendido por la Administración labora, introdujo un nuevo párrafo en los siguientes términos: *“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 de los establecimientos públicos hosteleros que forman el ámbito sectorial de la asociación deberán cumplir en el ejercicio de su actividad los requisitos establecidos por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20.11.2001.”* Y la Dirección General de Trabajo dictó resolución denegatoria de la formalización del depósito de los estatutos de la Asociación Nacional de Empresario Mesalina.

Contra la resolución denegatoria se interpuso demanda ante la Audiencia Nacional, que mediante Sentencia de 23 de diciembre de 2003 anuló la resolución de la Dirección General de Trabajo, ordenando a ésta que formalizase la inscripción en el Registro de Asociaciones correspondiente de forma inmediata.

El 27 de noviembre de 2004 se interpuso recurso de Casación por el Abogado del Estado, en nombre y representación de la Dirección General de Trabajo contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo declara la licitud de la Asociación Empresarial. Establece que su función es dilucidar si el objeto social de la Asociación, en la forma en que quedó reflejado, en el artículo 3 de los Estatutos, no imposibilita su inscripción en el Registro de Asociaciones. En este caso el tribunal tuvo que diferenciar entre actividad mercantil consistente en la tenencia de hoteles destinados a dispensar productos o servicios a terceras personas ajenas al

establecimiento que ejerzan el alterne o la prostitución por cuenta propia puede o no constituir el objeto de una asociación empresarial. Y determina que *“las empresas que integran la Asociación de autos, son titulares de los establecimientos hosteleros de referencia, que por su propia naturaleza necesitan para su funcionamiento de personal laboral, como son los camareros, limpiadoras, etc., y el "alterne", en su caso, cuando la actividad sea laboral, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, la conclusión, a la que se llega, como razona la sentencia recurrida, es que están legitimados para asociarse y para intervenir, en cuantos problemas se deriven de las relaciones laborales, antes relacionadas; suponer como alega el Abogado del Estado que realmente el objeto del establecimiento sea la explotación de la prostitución y que por tanto, el objeto social expresado en el art. 3 de los estatutos constituye un fraude no deja de ser una presunción no probada, aparte de que la Sala no puede presumir que la Asociación pretenda fomentar la prostitución y si, en el curso de su actividad futura, así fuera, será entonces cuando habrán de adoptarse las medidas oportunas por quien corresponda”*.

Por lo que el TS desestimó el recurso de casación y ordenó a la referida Dirección General que de forma inmediata proceda a formalizar la inscripción de la "Asociación Nacional de Empresarios Mesalina (ASNEM) en el Registro de Asociación correspondiente.

El análisis del caso “Mesalina” ha llevado a afirma a un sector de la doctrina científica más autorizada que, aunque el Tribunal Supremo no reconociera expresamente la legalidad de la prostitución por cuenta propia y los derechos derivados del trabajo autónomo de modo indirecto parece que respaldaba esta tesis²⁰.

Desde la perspectiva de los derechos reivindicados por las prostitutas, destaca la Sentencia núm. 584/2021 del Pleno del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2021, sobre el sindicato OTRAS, (en resolución del recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia nacional de

²⁰ GONZÁLEZ, JOSE M:” La importancia del caso Mesalina: una interpretación favorable a la legalización de la prostitución”, en *El ejercicio de la prostitución y el Derecho del Trabajo*. Ed. Comares, 2013, págs. 87 – 91.

fecha 19 de noviembre de 2018) deja cabida a la posibilidad un “trabajo sexual” conforme a las disposiciones legales, y que, como tal, necesite la fuerza o el acompañamiento de los instrumentos sindicales.²¹

Parte de la consideración de “trabajo sexual” distinto a la clásica prostitución, y el reconocimiento de que estas trabajadoras puedan sindicarse, declarando así, la legalidad del Sindicato OTRAS.

Toma por “doctrina más autorizada” la que señala que *“no resulta posible con arreglo a nuestro vigente Derecho la celebración de un contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, esto es, un contrato en virtud del cual la persona trabajadora asuma la obligación de mantener las relaciones sexuales que le indique el empresario, con las personas que este determine a cambio de una remuneración, y el contrato que así se celebre debe reputarse nulo”*, por oposición, particularmente, a lo dispuesto en el artículo 1275 CC. Aunque deje abierta la posibilidad de que “en algún momento el legislador considerase que también cabe la prostitución por cuenta ajena”, se entiende, pues, que para la sentencia TS el sindicato OTRAS tan sólo pueda tener viabilidad para otras modalidades posibles del “trabajo sexual” distintas de la clásica “prostitución”, algunas de las cuales, por lo que parece, serían susceptibles de realización en condiciones de ajenidad y dependencia funcional mientras que otras se desarrollarían con el carácter de trabajo por cuenta propia.

Aclaradas las notas definitorias del trabajo por cuenta ajena y del trabajo autónomo, se debe profundizar en el segundo objeto de este dictamen, sobre la licitud o ilicitud del ejercicio de la prostitución por mi clienta, -la Sra. Luisa López-. Siendo indispensable la información aportada hasta ahora por ella en las

²¹ GARCÍA, JOAQUÍN (2001) “Libertad sindical y trabajo sexual”, Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 6/2021. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=L_2021&fasc=6

sucesivas visitas y atendiendo a la documentación (facturas y movimientos bancarios).

Mi clienta ejerce la prostitución de manera voluntaria, utilizando sus propios medios de producción y material de trabajo (anticonceptivos, lubricante, desinfectante, instrumentos eróticos, etc.), se encarga de la organización de esta actividad, ya que decide el lugar donde se desempeña y elige al cliente entre aquellos que se encuentran en la discoteca “Valladolid Sin Límite”. Se descarta totalmente la intervención de terceros para su ejercicio, es desarrollada de manera personal y directa. El hecho de que Doña Isabel asuma el riesgo de la actividad laboral y de que los frutos del trabajo sean directos, lleva a descartar posibles indicios de ajenidad y dependencia. Es ella quién determina el lugar donde desempeñan sus labores, “Hotel Baco” el cual es propiedad de la empresa empleadora. La prostitución es el principal medio de vida de la trabajadora, desarrollada con frecuencia y continuidad. No cabe duda de que la prostitución es realizada a título lucrativo, sino no estaríamos ante una figura como esta, sino ante una relación sexual consentida.

Si se considera a la prostitución como ilícita, el negocio será nulo. Sin embargo, la prostitución es alegal, por lo que, al no constituir delito, le será de aplicación el Código Civil ya que es una conducta reprochable civilmente en relación con el artículo 1275 CC. La culpabilidad deberá analizarse a la luz del artículo 1306 CC. La solución a estos supuestos tiene un tratamiento especial basado en que nadie pueda aprovecharse de su actuación inmoral. La “culpa” entendida como responsabilidad en la celebración del acuerdo “inmoral” corresponde objetivamente a las dos, sin embargo, se aplica la ilicitud causal, y es responsable quien paga el servicio (y no quien lo ofrece).

Cuando el pago haya sido satisfecho por quien se ha comprometido a prestar el servicio no tiene que realizarlo ni devolver lo recibido. En caso de haber recibido el pago por adelantado se acabaría sancionando aquí al varón —o menos habitualmente a la mujer— demandante de sexo aunque hayamos decidido que las dos partes han contratado libremente llegando a la misma solución que si considerásemos que la “torpeza” corresponde al que paga pues, como establece el segundo párrafo del artículo 1306, quien tenga la culpa “no

podrá repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato” ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido.

Partiendo de la base de la prostitución ejercida por cuenta propia, voluntaria y libre, el contrato de “arrendamiento de servicios sexuales” podría configurarse como lícito. Quedando las partes obligadas a su cumplimiento, existiendo la posibilidad de un desistimiento unilateral que traerá consigo la restitución de lo recibido si ya ha sido cobrado y, en su caso, incluso, la indemnización de los perjuicios que se hayan podido causar.

Destaca el experimento práctico llevado por la magistrada Gloria Poyatos, la cual, consiguió darse de alta en el RETA manifestando ser prostituta. Para esto, solicitó a la Agencia Tributaria el alta en el impuesto de actividades económicas. Al rellenar el impreso pertinente y no aparecer la actividad de la prostitución por cuenta propia como actividad expresamente regulada en la clasificación Nacional de Actividades Económicas le indicaron que debía rellenar el modelo de solicitud referido al apartado de actividades económicas denominado “otras actividades personales”. Una vez obtuvo la alta fiscal para el ejercicio de la prostitución por cuenta propia, acudió a la Tesorería General de la Seguridad Social, que tras certificar que había conseguido el alta en el impuesto de actividades económicas, no tuvo reparos en tramitarle el alta en el RETA. Esta es la muestra de que nuestro actual marco normativo no impide que una trabajadora sexual se dé de alta en la Seguridad Social²².

El encuadramiento para aquellas mujeres u hombres que ejercer la prostitución o “trabajadoras sexuales” por cuenta propia es el RETA, gracias al requisito de independencia económica que se exige judicialmente. Para ello es necesario cumplir con los criterios del artículo 1 de la Ley 20/2007, que como se ha expuesto, Doña Isabel cumple.

²² POYATOS, G: “Y la práctica confirma la teoría: alta de una falsa prostituta en el sistema de la Seguridad Social español” en *La Prostitución Como Trabajo Autónomo*, Edit. Bosch, Barcelona, 2009, página 126 – 129.

Para darse de alta en el RETA se exige que el solicitante realice una de las actividades económicas previstas en la Clasificación Nacional de Actividades económicas (CNAE), aunque la prostitución no se incluye de manera expresa (al igual que otras actividades), esto no supone un impedimento para su encuadramiento dentro de la cláusula residual denominada “otras actividades de servicios personales” incluida en “Actividades diversas de servicios personales.” Identificada la actividad deberá procederse a las pertinentes solicitudes administrativas y presentarse ante la Agencia Tributaria (a efectos fiscales) y ante la TGSS (a efectos de encuadramiento y alta en el sistema de la Seguridad Social español).

Desde el punto de vista de esta letrada, nada impide que la “trabajadora sexual” autónoma dé ocupación a trabajadoras por cuenta ajena, siempre y cuando se trate de actividades subsidiarias a la principal, tales como limpieza de habitaciones, organización de agenda, comunicado de llamadas, llevanza de la contabilidad, compra del material necesario para desarrollar el trabajo...etc. Quedando totalmente descartado la contratación para el ejercicio de la prostitución aun siendo voluntaria, en aplicación al artículo 188 CP.

C. Otras formas de relaciones de trabajo que la prostitución puede adoptar

1. Cooperativas

El artículo 1.1 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (L.Coop) establece que una cooperativa es *“una sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley”*, podrá revestir la forma de cooperativas de primer o segundo grado.

Existe la posibilidad que las cooperativas de primer grado o cooperativa de trabajo asociado, reguladas en el art. 80 y ss. de la L.Coop. Sean jurídicamente viables para el ejercicio de la prostitución, ya que prevé que los

socios cooperativistas sean a la vez trabajadores, *“excluyéndose, por tanto, a los socios capitalistas que podrán ser calificados de proxenetas de lucro²³”*.

La finalidad de este tipo de cooperativas es proporcionar a sus socios puesto de trabajo, y determinar conjuntamente la organización de la producción de bienes o servicios para terceros. Así las propias meretrices serían quienes organizarían el trabajo que se plasmaría en sus Estatutos, o el Reglamento de régimen interno, o en su defecto, la Asamblea General.

Este tipo de cooperativas se integra por el trabajo de los socios, por lo que *“trasladándolo a la actividad de la prostitución, exigiría que todas las socias cooperativistas fueran prostitutas en ejercicio, evitando la participación de terceros (proxenetas) de los beneficios obtenidos por las trabajadoras sexuales²⁴”*. Así pues, no cabría la aplicación del artículo 188 del Código Penal. La relación entre las trabajadoras sexuales y la cooperativa de trabajo asociado será esencialmente societaria (conforme al art. 80 de la LCoop.). Descartando la presencia de una relación laboral.

Tras la publicación del libro *La Prostitución como Trabajo Autónomo* de Gloria Poyatos, se impulsó en Ibiza la creación de “La Cooperativa Sealeer” compuesta por 11 trabajadoras sexuales mujeres que estaban dadas de alta en el Régimen de Autónomo, cuyo objeto social es *“trabajo asociado para la prestación de servicios sexuales”*.

La cooperativa fue constituida en noviembre de 2013, y obtuvo su licencia a través de la Dirección General de Comercio y Empresa (parte de la Consejería de Economía y Competitividad) en Baleares.

La primera vez que intentaron inscribir la cooperativa en el año 2012 les fue denegada la solicitud. Pero tras recurrir la decisión basándose en distintas sentencias europeas y del propio Tribunal Supremo consiguieron la inscripción

²³ Poyatos I Matas, G: *La prostitución como trabajo autónomo*, cit. Págs. 70

²⁴ Poyatos I Matas, G: *La prostitución como trabajo autónomo*, cit. Págs. 70

de la cooperativa que sigue trabajando en la actualidad, incluso con un amplio incremento de plantilla²⁵.

Esta forma social podría ser una de las opciones para protegerse de la soledad del trabajo independiente del autónomo consiguiendo a la vez autogestionar su propia actividad eludiendo la figura del empresario. Por poner un ejemplo, la cooperativa de trabajo asociado.

2. Posibilidad de un trabajo autónomo económicamente dependiente

El trabajador económicamente dependiente (en lo sucesivo TRADE) se encuentra regulado en el artículo 11 de la Ley 20/2007 del Estatuto del Trabajo Autónomo, entendiéndose como tal, aquel cuyos ingresos dependen más del 75%, de una misma persona física o jurídica. Se trata del desempeño de una actividad profesional a título lucrativo y de manera habitual, personal y directa (fuera del ámbito de dirección u organización de un empresario) tales elementos son comunes la figura del trabajador autónomo. Existe la posibilidad de que estos elementos se manifiesten en la actividad de prostitución, en el caso de que las meretrices obtengan como mínimo un 75 % de sus ingresos de los servicios prestados para un determinado club de alterne.

Otros requisitos para que se dé esta figura son conforme el art. 11.2 de la Ley 20/2007:

“a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.

b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

²⁵ “España: Crean la primera cooperativa de servicios sexuales” (2014), *Gaceta Mercantil SA*<https://www.gacetamercantil.com/notas/45623/>

c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella”.

En el caso de que la “trabajadora sexual” formalizara un contrato como TRADE podría hacerlo con una persona física, siempre y cuando cumpla los requisitos mencionados. Y asumir el riesgo de la actividad, en este caso, asumir la carga de que no se contraten servicios sexuales. Por infraestructura, la meretriz podría realizar la actividad en su piso o en otro que tenga alquilado, como material propio podría considerarse: su vestimenta, medidas profilácticas, lubricantes, así como cualquier otro utensilio que utilice durante sus servicios. En este caso se dispondría de un único cliente pudiendo la retribución ser en especie (joyas, viajes pagados, perfumes...etc.) o en metálico.

Cotización y encuadramiento en la Seguridad Social de trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE).

La cotización y el encuadramiento en la Seguridad Social de los trabajadores autónomos económicamente dependientes se realizará siguiendo las previsiones inherentes al Régimen Especial de Autónomos. El art. 25 del Estatuto del Trabajador Autónomo establece la cotización obligatoria en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por cuenta propia o autónomos en los términos previstos en el art. 181 de la LGSS y demás disposiciones de desarrollo.

Para la magistrada Poyatos I Matas *“podemos afirmar abiertamente que las prostitutas autónomas pueden adquirir la condición jurídica especial de TRADE respecto a un cliente, con los efectos jurídicos inherentes a tal calificación jurídica, entre ellos el de acudir a la jurisdicción laboral, para*

solucionar todas las pretensiones derivadas del contrato, que le une al cliente del cual depende, así como las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, de los que también podrán beneficiarse a partir de ahora siempre que tengan la capacidad de organizarse colectivamente a través de asociaciones profesionales para la defensa de sus comunes intereses, al igual que ya lo han hechos los empresarios de los locales²⁶ en lo que se practica el alteren y la prostitución por cuenta propia²⁷.

5. CONCLUSIONES:

I.- El alterne por cuenta ajena como relación laboral

El artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores es aplicable a la relación existente entre Doña Isabel López y la empresa “Discoteca Valladolid Sin Límites, S.L.”, las notas de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución forman parte de la actividad desempeñada por mi clienta. Así, los frutos que resultan del ejercicio de sus funciones como “alternadora” pasan a formar parte de los beneficios económicos del empresario, el cual mediante reglas organiza el trabajo y ejerce su control disciplinario en el establecimiento, tales normas de vestimenta, requisitos a seguir en caso de enfermedad o baja médica, pone a disposición de sus trabajadores los recursos con los que puede contar dentro de la empresa (el vestuario y taquillas), y se trata de una actividad retribuida.

Las “camareras de alterne” son esenciales para el funcionamiento de la Discoteca, sus funciones consisten en atraer a los clientes e incitarles a que consuman en el establecimiento, y es el titular del negocio el que se lucra de esto, por lo que la ajenidad de su trabajo es evidente.

La línea que separa a la actividad de alterne y la prostitución es muy fina. Podría argumentarse que la “actividad de alterne” es tan sólo un medio preparatorio para el ejercicio de la prostitución, desvirtuando su laboralidad, ya que la prestación principal no sería el “alterne”. Por lo que es necesario dilucidar si los servicios sexuales y a la actividad de alterne forman un todo unitario o no.

²⁶ En referencia a la constitución de la asociación empresarial “Mesalina”, Sentencia del Tribunal Supremo, (Sala de lo Social) de 27 de noviembre de 2004 (Roj: STS 7727/2004)

²⁷ POYATOS I MATAS, G: *La prostitución como trabajo autónomo*, cit. Página 126.

En el caso expuesto, Doña Isabel contacta con sus clientes dentro del local, finalizada su jornada laboral, o fuera del mismo, mediante webs o aplicaciones de citas.

Los servicios de prostitución parecen quedar al margen de la valoración de la laboralidad del “alterne” (entendido como promoción de consumo de bebidas). La empresa no organiza ni retribuye la prestación sexual. Doña Isabel afirma que la entidad empleadora no tiene participación económica en la misma, por lo que se debe presumir que, en este caso, la prostitución se ejerce por cuenta propia.

El hecho de que las “alternadoras” goce de cierta libertad para realizar sus funciones de captación de clientela, libertad en cuanto al horario de permanencia en el local de alterne y la falta de acreditación de forma taxativa de su modo de retribución son aspectos que no desvirtúan la relación laboral²⁸.

Partiendo de los argumentos expuestos, la actividad desarrollada en el club de alterne constituye una relación laboral por la que el empleador viene obligado a dar de alta a sus trabajadoras en la Seguridad Social para evitar concurrir en el delito tipificado en el artículo 312.2 del Código Penal.

II.- Contrato

A la vista de la información aportada por Doña Isabel López, se puede concluir que se trata de la figura de un falso autónomo. El contrato mercantil firmado por mi clienta con la empresa “Discoteca Valladolid Sin Límites, S.L.” ha sido realizado en fraude de ley. Debe atenderse a la aplicación del principio jurídico de irrelevancia del nomen iuris, es decir, *“las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son”*. En este sentido, el hecho de que la persona que preste el servicio esté inscrita en el RETA, reciba su salario mediante facturas y pague el IVA es irrelevante pues se considera un aspecto formal de la

²⁸ Sentencia del TSJ CyL (Valladolid) de 4 marzo 2015, rec. 151/2015.

simulación fraudulenta al ser las obligaciones que le corresponden a un trabajador autónomo.

Para esta letrada, es menester que la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITS) reconozca la relación laboral existente entre Doña Isabel López y la empresa *“Discoteca Valladolid Sin Límites”*. Por lo que se realiza una denuncia ante la ITS conforme a lo dispuesto en el artículo 9.f de la TRLISOS; se trata de la posibilidad de *“denuncia de los hechos presuntamente constitutivos de infracción en el orden social”*.

Atendiendo a los intereses de mi clienta, Doña Isabel López, y su intención de *“poner fin a cualquier relación con la Discoteca”*. Se descartará el procedimiento para la tutela de Derechos y Libertades Fundamentales previsto en los artículos 177 a 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social. Siendo el procedimiento más recomendable la interposición de *“Papeleta de Conciliación”* ante el Servicio Mediación y Arbitraje, SERLA. No obstante, atendiendo a lo contemplado en el artículo 184 LRJS, se mencionará la vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas con objeto de reforzar la pretensión de la trabajadora.

La propuesta de estructura procesal es la que sigue:

- a) Interponer *“Papeleta de Conciliación”* ante el SERLA, Servicio Regional de Relaciones Laborales en Castilla y León, para la reclamación de una indemnización por despido improcedente, cantidades salariales según convenio no recibidas con carácter retroactivo, horas extras, vacaciones no disfrutadas ni abonadas, las mensualidades impagadas correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre, más el recargo correspondiente, y el resto de conceptos salariales correspondientes a su categoría profesional, y extinción de la relación laboral.
- b) Suponiendo que en el SERLA se levante acta sin avenencia, se procederá a la interposición de la demanda en reclamación de declaración o reconocimiento de la existencia de relación laboral con vulneración del

derecho de indemnidad frente a la entidad “Discoteca Valladolid Sin Límites”, todo ello con amparo procesal en el artículo 138 y concordantes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

- c) Toda vez que la demanda sea admitida a trámite, se producirá el señalamiento, quedando la posibilidad de llegar a un acuerdo con la empresa hasta la fecha del juicio, e incluso el mismo día de la vista, será preceptivo realizar conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia (84.1 LJS) y de no haber avenencia, se irá a sala. En el hipotético Dictamen sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo y vulneración garantía indemnidad. 31 caso de que se celebre juicio, este seguirá el trámite del artículo 138 de la LJS.
- d) Aun cuando la demanda sea admitida a trámite, seguirá existiendo la posibilidad de llegar a un acuerdo con la empresa hasta la fecha del juicio, e incluso el mismo día de la vista, será preceptivo realizar conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia (84.1 LJS) y de no haber avenencia, se irá a juicio.

III.- Prostitución

La prostitución atendiendo a la situación de mi cliente Doña Isabel, es ejercida por cuenta propia de manera voluntaria y libre, su desempeño no se basa únicamente en una necesidad económica, sino también, en el ejercicio de su derecho de libre elección de la profesión u oficio (artículo 35 CE).

Siguiendo la línea argumental de M^a Luisa Maqueda Abreu²⁹, Catedrática de Derecho Penal en la Universidad de Granada, la visión de la prostitución por cuenta propia como ilícita, encuentra su talón de Aquiles, sobre los siguientes argumentos:

²⁹ María Luisa, Maqueda, “Capítulo 2: Hacia Una Justicia de los Derechos: Una Aproximación a los Últimos Pronunciamientos Judiciales Favorables a la Legalidad de la Prostitución”, *¿Prostitución Hacia la Legalización?*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 183-188.

La ilicitud de la prostitución como contraria a la moral y las buenas costumbres, no puede sostenerse, ya que se trata de conceptos mutables, y así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 62/1982, de 15 de octubre: *“Es susceptible de concreciones diferentes según las distintas épocas y países, por lo que no es algo inmutable desde la perspectiva social”*. La función de adecuar el ordenamiento jurídico a la nueva conciencia social corresponde al legislador. Además, la STS, Sala de lo Penal, 425/2009, de 14 de abril de 2009 establece que *“...la cuestión de la prostitución voluntaria... no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho...”*.

En lo referente a la vulneración de los derechos fundamentales de las personas que se prostituyen, el Tribunal Constitucional ha determinado (refiriéndose concretamente a la dignidad personal de un trabajador) que *“debe ser entendida como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.”*³⁰ Así si la mujer o el varón deciden libremente tener acceso carnal con otra persona ese respeto a la voluntad individual y a la libertad han de ser respetados, ya que no se causa ningún perjuicio concreto a otras personas.

El delito de “explotación laboral” o “explotación sexual lucrativa” sólo tiene lugar bajo condiciones abusivas de trabajo o grave riesgo para los derechos, en tales casos sería penalmente reprochable, pues se estaría ante un caso de proxenetismo en el marco de la prostitución forzada que vulnera su libertad sexual. Circunstancia que concurriría tanto si la voluntad se obtiene mediante el empleo de violencia, intimidación o engaño, abuso de superioridad o de situación de necesidad o vulnerabilidad; como cuando se trate de “explotación laboral” por concurrir condiciones abusivas de trabajo.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2003, de 27 de octubre.

A pesar de lo expuesto, para los Tribunales el ejercicio de la prostitución sigue siendo contrario a las leyes, a la moral, y a los derechos fundamentales de la persona. Aun así, dentro del ejercicio de la prostitución hay divergencias entre aquellas mujeres para las cuales la prostitución es explotación, y para aquellas otras que ven en la prostitución un trabajo y luchan por el reconocimiento de sus derechos laborales. Lo que se puede afirmar es la necesidad de que la prostitución deje de ser ilegal.

Para concluir se expondrán los testimonios de algunas prostitutas extraídos del libro titulado *La Prostitución a Debate*:

- Margarita Carreras. “Soy Margarita Carreras y no soy prostituta, sino que trabajo de prostituta. Cuando no trabajo de prostituta, trabajo de camarera de pisos o como mediadora intercultural. Lo digo contundentemente porque todo el mundo tiende a catalogar a las prostitutas por lo que trabajamos y no por lo que somos”.
- Carolina Hernández, de nacionalidad ecuatoriana, mujer transexual, trabajadora del sexo y miembro de Hetaira. Este es un pequeño extracto de una de sus conferencias: *“Las mujeres que están en la calle son principalmente inmigrantes. La vida, la cultura y el entorno en el que viven en su país no es el mismo que el que encontramos aquí. Por eso, en lugar de criminalizarlas y marginarlas, deberíamos tener en cuenta sus necesidades y tratar de solventarlas.”*
- Anónima perteneciente a la Asociación de Mujeres que Ejercen la Prostitución (AMEP) de Sevilla se crea el 28 de noviembre de 2003. *“Hay quienes dicen que la bendición nos la dio José Chamizo, actual Defensor del Pueblo de Andalucía, y antes sacerdote. La asociación está formada por mujeres que ejercen la prostitución, que la han ejercido, o que no tienen nada que ver con esto pero que quieren colaborar con nosotras. La creamos porque necesitamos autoorganizarnos. Pones la tele y todo el mundo habla de prostitución y sabe lo que nos hace falta y lo que no, pero creo que es necesario que se nos escuche. Somos nosotras las que tenemos que hablar, porque ¿quién conoce mejor la realidad que vivimos y, por tanto, la desprotección que sufrimos?”*

BIBLIOGRAFÍA

ARELLA CELESTE; FERNÁNDEZ CRISTINA, B; NICOLÁS GEMMA, L;
VARTABEDIAN JULIETA, *Los Pasos (In)Visibles de la Prostitución, Estigma,*

Persecución y Vulneración de Derechos de las Trabajadoras Sexuales en Barcelona, Ed. La Llevir-VIRUS, Barcelona 2007.

BARRÉRE, MARÍA, A y CAMPOS ARANTZA (Coords.), *Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Género una Relación a Debate*, Ed Dykinson, Madrid, 2005.

GARCÍA, JOAQUÍN (2001) "Libertad sindical y trabajo sexual", *Revista de Jurisprudencia Laboral*. Número 6/2021.
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/anuario.php?id=L_2021&fasc=6

GARIZABAL, CRISTINA (2003), "Derechos laborales para las trabajadoras del sexo", *Revista Mugak*, nº 23.

GONZÁLEZ, JOSE M, *El ejercicio de la prostitución y el Derecho del Trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2013.

MATA, GLORIA, *La Prostitución como Trabajo Autónomo*, Edit. Bosch, Barcelona, 2009.

MAQUEDA, MARÍA, (2006), "La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social", *Revista Electrónica de Ciencia y Criminología*, ISSN 1695-0194.

MERCADER, JESÚS (2020), "Derecho del Trabajo y Covid-19: tiempos inciertos", *Labos Revista del Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, No. 2, pp. 1-177.

OSBORNE RAQUEL, *Trabajador@s del Sexo: Derechos, Migraciones y Tráfico del Siglo XXI*, ed. Bellaterra S.L., Barcelona, 2004.

PABLO DE LORA, "La prostitución: notas para el debate", *Labos Revista del Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, No. 2, pp. 129-134.

REY, FERNANDO; MATA, RICARDO y SERRANO, NOEMÍ, *Prostitución y Derecho*, Ed. Aranzandi S.A. Navarra, 2004.

SALAS, MARÍA; VILA, FRANCISCO, “El Ejercicio de la Prostitución como Contenido de la Prestación de Servicios por Cuenta Ajena”, *Observatorio Jurídico-laboral sobre Violencia de Género patrocinado por el Instituto de la Mujer dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. <http://www.olvg.uma.es/pdf/prostitucion.pdf>

SEMPERE ANTONIO V. (DIRECTOR) y MALDONADO JUAN (COORDINADOR), *Las Fronteras del Contrato de Trabajo en la Jurisprudencia*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, MADRID, 2020.

SUÁREZ LEONOR, y VALVIDARES MARÍA, S (Coords.). *Libres, Dignas e Iguales. Las Claves Jurídico Críticas de la Prostitución y el Trabajo Sexual*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia 2020.

VALIENTE, FERNÁNDEZ: “La política de la prostitución: el papel del movimiento de mujeres y los organismos de igualdad en España”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*

VILLACAMPA, CAROLINA (Coord.). *¿Prostitución Hacia la Legalización?*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.

WEBGRAFÍA

ARCE, M (2021 noviembre). Prostitutas en pie de guerra contra Irene Montero: "Trabajamos de forma libre y voluntaria", Libertad Digital <https://www.libertaddigital.com/espana/2021-10-23/prostitutas-en-pie-de-guerra-contra-irene-montero-trabajamos-de-forma-libre-y-voluntaria-6830082/>

FITA, FERNANDO (6 de junio de 2021) “La constitución de un sindicato de trabajadoras y trabajadores sexuales: Sentencia nº 584/2021 del TS (Pleno) de 1 de junio de 2021”, *Vitrage Blog*, <https://vitrage.blogs.uv.es/2021/06/07/la-constitucion-de-un-sindicato-de-trabajadoras-y-trabajadores-sexuales-sentencia-no-584-2021-del-ts-pleno-de-1-de-junio-de-2021/>

GARAIZÁBAL C.: “Una mirada feminista a la prostitución”. Hetaira, Colectivo en defensa de los derechos de las prostitutas.
<http://www.pensamientocritico.org/primera-epoca/crigar0602.htm>

PERE DURAN, (2021 noviembre). *Pedro Sánchez se compromete a abolir la prostitución*, La Vanguardia
<https://www.lavanguardia.com/politica/20211017/7796342/pedro-sanchez-compromete-abolir-prostitucion.html>

RIVERO, C (2016). Gloria Poyatos: “Decidí darme de alta como prostituta y demostré que puede ser legal”, *Diario de Avisos*
<https://diariodeavisos.elespanol.com/2016/08/gloria-poyatos-decidi-darme-alta-prostituta-demostre-puede-legal/>

ROJO, EDUARDO, (6 de febrero de 2017), “Existencia de relación laboral. Sobre la frontera jurídica entre el “alterne” y la “prostitución”. Nota breve a la sentencia del TS de 21 de diciembre de 2016”, *EL Nuevo y Cambiante Mundo del Trabajo. Una Mirada Abierta y Crítica a las Nuevas Realidades Laborales*.
<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/02/existencia-de-relacion-laboral-sobre-la.html>

ROJO, EDUARDO, (9 de agosto de 2021), “Prostitución (por cuenta ajena): no. Sindicación (trabajo sexual): sí. Unas notas sobre las luces y sombras, sobre el formalismo y el realismo, de la sentencia del TS de 1 de junio de 2021 (caso Estatutos del sindicato OTRAS).”, *EL Nuevo y Cambiante Mundo del Trabajo. Una Mirada Abierta y Crítica a las Nuevas Realidades Laborales*.
<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/08/prostitucion-por-cuenta-ajena-no.html>

