



DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

EL ALTERNE Y LA PROSTITUCIÓN. LA LEGÍTIMA ASOCIACIÓN DE SUS PROTAGONISTAS Y LOS EFECTOS DE SU CONSIDERACIÓN LABORAL

Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2003,

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO *

SUPUESTO DE HECHO: La Asociación Nacional de Empresarios «Mesalina», (en adelante ASNEM) cuenta entre sus fines con (...) «la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales propios del sector empresarial al que pertenecen los asociados» y en cuanto a su actividad mercantil esta es, (...) «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». (Artículo 3 de los Estatutos de la Asociación). Al depositar formalmente tales estatutos la Dirección General de Trabajo deniega la formalización de éstos alegando que «(...) en nuestro ordenamiento jurídico, esta actividad [prostitución por cuenta propia] no se encuentra regulada, estando únicamente tolerada» por otra parte la denominación empleada de Mesalina «(...) pudiera ser discriminatoria por razón de género respecto de las mujeres, pues de muchos es sabido el significado que Mesalina tiene en la lengua española».

Los hechos enjuiciados y las posiciones defendidas pueden resumirse como sigue: Por parte de ASNEM, se defiende la legalidad de su constitución desde una perspectiva, al menos aparente, de defensa de los intereses meramente empresariales de la actividad de alterne, comprendiéndose la pros-

* Abogado y Profesor Asociado, Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Departamento Anton Menger.

titución por cuenta propia como un instrumento delimitador de aquélla y no para inducir, promocionar, intermediar o cooperar con estas actividades (resultado de la modificación del artículo 3 de los estatutos de la asociación, reflejados singularmente en el Hecho Probado Tercero de la sentencia). Igualmente, ASNEM cree inadmisibles que se cuestione su denominación mercantil, cuando no se hizo mención alguna al respecto en el trámite de subsanación de estatutos de la asociación. Con el mismo objetivo de delimitar el ámbito sectorial, se alude a la obligación que tienen los futuros asociados de cumplir con los requisitos que se establecieron en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20.11.2001 [Jany y otras], concretamente en el concepto de asimilar la actividad de alterne a las «actividades económicas por cuenta propia» o «actividades no asalariadas» que figura en el art. 52 del Tratado CE (actualmente art. 43, tras su modificación), de este modo, 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. En definitiva el criterio que defiende ASNEM para considerar la prostitución o alterne como actividad económica susceptible de generar intereses empresariales dignos de defensa en paridad con otras asociaciones de finalidad similar, es cuando aquélla es desarrollada por un *prestador de servicio* que la ejerce 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 le paga íntegra y directamente». (Hecho probado Tercero). De contrario, la Dirección General de Trabajo, esgrime los argumentos arriba señalados; por una parte la actividad de la prostitución por cuenta propia no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, estando todo lo más tolerada. Por otra parte la denominación empleada de Mesalina pudiera ser discriminatoria por razón de género respecto de las mujeres, alegando las connotaciones que la denominación Mesalina tiene en la lengua española [Según el Diccionario de la Real Academia Española: «mujer poderosa o aristócrata y de costumbres disolutas»].

RESUMEN: La sentencia [AS 2003\3692] estima las pretensiones de la actora y considera el carácter mercantil de la misma, no sólo porque no se cuestionó en su momento procedimental administrativo oportuno, sino porque entiende que la actividad de la prostitución o el alterne son, —pese a la inexistencia de norma reguladora—, actividades económicas, en virtud del principio de libertad de empresa. En relación con su consideración laboral, la sentencia, en un intento de distinguir ambas figuras establece el límite en el contacto físico que conlleva la prostitución y que precisamente constituye el objeto de la transacción entre cliente y prostituta, resultado por ello ser una relación ajena al Ordenamiento Jurídico laboral.



ÍNDICE:

1. HECHOS CONTROVERTIDOS EN LITIGIO
2. LA CONSIDERACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN Y EL ALTERNE COMO ACTIVIDADES EMPRESARIALES QUE GENERAN INTERESES SUSCEPTIBLES DE DEFENSA Y PROTECCIÓN. CONTENIDO Y LÍMITES
3. LABORALIDAD DE LA PROSTITUCIÓN Y SUS REPERCUSIONES
4. CONCLUSIONES

1. HECHOS CONTROVERTIDOS EN LITIGIO

El presente caso toma cuerpo como consecuencia de las actuaciones desarrolladas por la Dirección General de Trabajo en el trámite de calificación del ámbito sectorial y de la finalidad de ASNEM. No sólo por cuestiones de forma, —objeciones a su objeto en el trámite administrativo oportuno—, sino sobre todo por la extralimitación en la calificación de materias cuya competencia corresponde a los órganos judiciales. La clave en cualquier caso reside, en la especial consideración de la materia objeto de calificación y en la relevancia que tal actividad puede conllevar. Sin duda, no deja de resultar paradójica la situación jurídica española y de muchas naciones de la Unión Europea, donde la inmensa mayoría de sus aspectos se encuentran exhaustivamente regulados y en cambio la prostitución, —sin duda la profesión más antigua del mundo—, en la que concurren multitud de aspectos económicos, de salud y sociales necesitados de protección, siga estando en un estadio legal simplemente inexistente.

No obstante y antes de empezar a trazar y comentar los aspectos más relevantes de la sentencia y a los efectos meramente conceptuales, conviene identificar dos términos que pueden parecer semejantes pero que a efectos formales y jurídicos no lo son: se trata de la *prostitución* y el *alterne*. Podemos definir la *prostitución*, como aquella prestación en la que una persona se compromete libremente a prestar servicios de naturaleza sexual a cambio de un precio cierto, o como se puso de manifiesto a propósito de la Sentencia de 20 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 314), Jany y otras, C-268/99 [prostitución por cuenta propia como actividad incluida en la libre circulación.]¹: (...) «se trata de una actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales». Por tanto, podemos afirmar que la prostitución es una relación ajena al Derecho del trabajo y muy cercana al trabajo por cuenta propia. Al contrario, la actividad de *alterne* se caracteriza por el hecho de que la «alternadora»², tiene como función la de captar clientes con la fina-

¹ Comentada en apartado segundo.

² Denominación utilizada por la STSJ de Andalucía, Málaga de 14 de julio de 2000 (AS 2000/5724).

lidad de que estos consuman productos propios del local donde se desarrolla la actividad propiedad del empleador; esta figura está más identificada con el derecho del trabajo cuando concurren los elementos identificadores de éste, tal y como tendremos ocasión de comprobar en el apartado tercero del presente estudio.

Conociendo esta realidad, la Asociación ASNEM pretende la defensa de los intereses que le son propios en los establecimientos donde se ejerzan ambas actividades. Frente a tal intención el litigio toma cuerpo en los siguientes hechos controvertidos:

1. *Cuestión de forma*: Falta de competencia de la Administración para denegar la formalización del depósito de los estatutos, en cuanto por imperativo del artículo 3 de la Ley 19/77 se tiene que instar, —a estos efectos—, a la autoridad judicial competente, actuación que no se ha solicitado transcurriendo 20 días desde el depósito de los mismos, y en consecuencia, adquiriendo la asociación personalidad jurídica propia. Tal controversia se resuelve por la sentencia en el sentido de entender ajustada a derecho la actuación de la administración por cuanto la circunstancia de que existan determinadas anomalías en los estatutos impide la inscripción de los mismos.
2. *Imposibilidad de que la administración cuestione determinados aspectos de los estatutos (el carácter mercantil de ASNEM) en un momento procedimental inadecuado*. Tal y como se pone de manifiesto en el fundamento jurídico tercero: «El artículo 2 del R.D. 873/77 en coherencia en este punto con el art. 74.3 de la L.O. limita una sola vez, la facultad de la oficina de apreciar vicios formales en el procedimiento registral y en este supuesto no se dio oportunidad a la Asociación para reconsiderar o subsanar su denominación, de tal modo que la autoridad administrativa, por exigencia del principio de eventualidad procedimental, no puede con motivo de la valoración de si un defecto no ha sido subsanado o no, apreciar otro distinto pues tal conducta produce indefensión al solicitante»
3. *Discusión en torno a la consideración de la denominación «Mesalina» como discriminatoria por razón de género*. Teniendo en cuenta la definición arriba señalada, la Audiencia Nacional desestima tal posibilidad por cuanto entiende que con ese término no se identifica a una colectividad de personas —las prostitutas—, sino que se utiliza desde la perspectiva de dar un nombre propio a la Asociación. En el mismo fundamento jurídico tercero: (...) «el uso del término Mesalina, por la Asociación no es calificador o definidor de género o especie, sino identificador de persona concreta, en otras palabras, no es empleado como nombre común sino como nombre propio y no tiene sentido una interpretación autorreferente que lleve a hablar de acto de discriminación contra uno mismo».



4. *Admisibilidad de que la administración «juzgue» la naturaleza jurídica del fenómeno del alterne y la prostitución, en consecuencia, el carácter mercantil de una asociación de empresarios que se dedica a tal actividad.* Sin duda, esta es la controversia más relevante desde un punto de vista jurídico, por cuanto la administración en trámite de subsanación de defectos pretende la supresión de los estatutos del término «prostitución por cuenta propia» alegando que aunque haya desaparecido su modalidad delictiva (antiguo art. 452 bis d) 1.º del Código Penal de 1973), no es una actividad regulada, estando exclusivamente tolerada (Hecho probado cuarto). Así pues, esta resolución en sede administrativa, puede suponer el cuestionamiento de la existencia de la actividad empresarial, rozando el ámbito de una decisión de corte material más que subsanación formal de los estatutos; Fundamento jurídico cuarto: «Lo primero que debemos tener en cuenta es que el control que ha efectuado la autoridad administrativa, excede del mero control formal que le encomienda la Ley. La petición de la supresión del término «prostitución por cuenta propia» roza el cuestionamiento de la actividad empresarial y por lo tanto se denuncia un vicio material más que formal que difícilmente puede entenderse subsanable con lo que el cauce impugnatorio natural sería el procedimiento de impugnación judicial más que el de subsanación administrativa».

2. LA CONSIDERACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN Y EL ALTERNE COMO ACTIVIDADES EMPRESARIALES QUE GENERAN INTERESES SUSCEPTIBLES DE DEFENSA Y PROTECCIÓN. CONTENIDO Y LÍMITES

El principal argumento planteado por la Dirección General de Trabajo considera que la prostitución por cuenta propia y el alterne no pueden generar efectos jurídicos por cuanto se trata de actividades que no cuentan con ninguna norma que regule directa o indirectamente su desarrollo y existencia. En el bien entendido que ambas se desarrollen entre personas mayores de edad en pleno ejercicio de su libertad, sin ningún tipo de coacción, engaño o abuso de situación de necesidad o superioridad.

Frente a este razonamiento la Audiencia subraya la aplicación del derecho constitucional de la libertad de empresa, sin que el ejercicio de ésta tenga que depender de la actividad reguladora y de desarrollo efectivo de la misma;

«La constitución reconoce la libertad de empresa sin hacerla depender de la mayor o menor diligencia reguladora de los poderes públicos. Pero es

que además el concepto de regulación es relativo. Y prueba de ello es precisamente la actividad de prostitución. Desde la perspectiva del Estado democrático de Derecho es una actividad regulada en cuanto el Código Penal, como constitución negativa, tipifica la prostitución que entiende incompatible con la ética constitucional y *a contrario sensu* de su texto, perfila la que ésta permite». (Fundamento jurídico quinto).

En cuanto a los límites para considerar a la prostitución como actividad susceptible de amparo jurídico, sólo tendrá tal consideración cuando aquélla se ejerza libremente. Sigue diciendo el mismo fundamento jurídico:

«(...) Al efecto la frontera no la fija el carácter altruista o remuneratorio del intercambio sexual, sino la libertad con que el mismo se presta. La relación pues no es antijurídica por razones causales (el chalaneo prestacional) o por el objeto del intercambio sino sólo en atención al consentimiento con que se presta el favor sexual sea porque la capacidad del arrendador está limitada menores o incapaces sea porque su voluntad está viciada, en el supuesto de los capaces. 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. (...)»

En este sentido, la libertad de ejercicio de la prostitución se toma como referente para identificar la existencia de una actividad que no estando prohibida, genera efectos jurídicos. Al respecto se alega por parte de ASNEM la existencia de precedente en la Unión Europea, se trata de la sentencia de 20 de noviembre de 2001 (TJCE 2001, 314), Jany y otras, C-268/99 [prostitución por cuenta propia como actividad incluida en la libre circulación.]³. En esta sentencia se tratan aspectos comunes a la hora de analizar el carácter o naturaleza de la prostitución como actividad económica, así como la influencia que a este respecto genera el reconocimiento jurídico que tiene esta figura en determinados países de la Unión Europea.

El litigio resuelto por la Sentencia trae causa en que las actrices, nacionales checas y polacas, venían ejerciendo la prostitución por cuenta propia en los Países Bajos. Una vez ejercida durante un tiempo determinado, —con la contabilidad correspondiente y los contratos de arrendamiento oportunos—, solicitaron de la Administración holandesa un permiso de residencia que fue denegado, por no considerar la prostitución un trabajo o

³ En relación con la alusión a esta Sentencia, la Audiencia entiende al contrario que la Dirección General de Empleo que dicho pronunciamiento no juzga un supuesto de hecho distinto «sino el mismo supuesto desde otra perspectiva» concretamente, «no se cuestiona la opción legislativa de cada Estado sino la igualdad de tratamiento jurídico entre nacionales y comunitarios dentro de cada sistema».



profesión socialmente aceptado. En la fundamentación jurídica se hacen interesantes reflexiones sobre:

* Límites para el ejercicio de la prostitución: libertad de los sujetos intervinientes. (...) «el Estado miembro de acogida puede establecer excepciones a la aplicación de lo dispuesto en tales Acuerdos en materia de establecimiento, en particular por razones de orden público.

Sin embargo, como han señalado acertadamente el Gobierno del Reino Unido y la Comisión, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que una autoridad nacional pueda establecer una excepción de orden público es necesario que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véanse las sentencias de 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornuaille, asuntos acumulados 115/81 y 116/81, Rec. p. 1665, apartado 8, y de 19 de enero de 1999 [TJCE 1999\ 2], Calfa, C-348/96, Rec. p. I-11, apartado 21, así como, por lo que respecta a la interpretación de las disposiciones adoptadas en el marco del régimen de asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, la sentencia de 10 de febrero de 2000 [TJCE 2000\ 23], Nazli, C-340/97, Rec. p. I-957, apartados 56 a 61)».

* Valoración de conductas contrarias al orden público. «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 (véase la sentencia Adoui y Cornuaille, antes citada, apartado 8).

Por consiguiente, 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 Comunidades/Polonia (LCEur 1993\ 4536) y Comunidades/República Checa (LCEur 1994\ 4842). Así pues, la posibilidad de aplicar la excepción de orden público prevista en los artículos 53 y 54 de dichos Acuerdos, respectivamente, 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 haya adoptado medidas efectivas para controlar y reprimir igualmente las actividades de este tipo ejercidas por sus propios nacionales».

* Connotaciones morales en el ejercicio de la prostitución. (...). «Por lo que se refiere 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 (véase, en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, la sentencia de 4 de octubre de 1991 [TJCE 1991\ 273], *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*, C-159/90, Rec. p. I-4685, apartado 20, y, en relación con las loterías, la sentencia de 24 de marzo de 1994 [TJCE 1994\ 43], *Schindler*, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 32)».

* La consideración de la prostitución como una actividad económica. «(...) procede examinar también si la prostitución ejercida por cuenta propia puede considerarse una actividad económica en el sentido de los artículos 44, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia (LCEur 1993\ 4536) y 45, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa (LCEur 1994\ 4842). Los Gobiernos neerlandés y belga no lo creen así. Por el contrario, según el Reino Unido, la prostitución es manifiestamente una actividad de carácter comercial.

A este respecto, procede señalar que, a tenor de los artículos 44, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia (LCEur 1993\ 4536) y 45, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa (LCEur 1994\ 4842), el principio de no discriminación recogido en el apartado 3 de dichos artículos se refiere al derecho a iniciar y proseguir actividades económicas por cuenta propia, así como al derecho a establecer y gestionar empresas.

Los artículos 44, apartado 4, letra c), del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia (LCEur 1993\ 4536) y 45, apartado 4, letra c), del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa (LCEur 1994\ 4842) definen las actividades económicas como «las actividades de carácter industrial, comercial y artesanal, así como las profesiones liberales».

(...) Así pues, la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que, como resulta del apartado 33 de la presente sentencia, está comprendida en el concepto de «actividades económicas».

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».

* Legalidad de la actividad de prostitución. Requisitos. (...) «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».



3. LABORALIDAD DE LA PROSTITUCIÓN Y SUS REPERCUSIONES

Asentado por los precedentes que la prostitución y el alterne pueden considerarse como actividad económica, toca analizar —a partir de esta premisa—, los elementos que constituyen e identifican la relación laboral y muy especialmente las repercusiones jurídicas que plantea tal afirmación.

En relación con lo primero, la Audiencia hace referencia expresa a determinados precedentes judiciales donde se ha discutido la naturaleza laboral del alterne por albergar elementos típicos del contrato de trabajo: (...) «la Sentencia del T.S. de 14-5-85 calificó como relación laboral la de “la señorita de alterne” que presta servicios a un club, consistentes en la permanencia en el mismo, en horas fijas cada día, para la captación de clientes varones, mediante su atractivo, cobrando 1.500 ptas. por día y el 50% de las consumiciones por ella conseguidas y la S.T.S. de 4-2-88, recordando la jurisprudencia contenida en las anteriores sentencias del mismo Tribunal de 14-5-78, 3-3-81 y 25-2-84 consideró que constituye contrato de trabajo la actividad que desarrollaba la demandante de nacionalidad marroquí, propia de las señoritas denominadas “de alterne” entre las 19 y las 3 horas en diversos establecimientos propiedad de la demandada, percibiendo el 50% de los gastos ocasionados por los clientes». (Fundamento Jurídico Sexto).

Así pues, la figura del alterne puede identificarse plenamente con la relación laboral si reúne todos los elementos configuradores del Derecho del Trabajo recogidos en el artículo 1 del E.T.⁴ Disponemos de pronunciamientos jurídicos que han compartido tal decisión siempre y cuando se identifique con claridad la concurrencia de los siguientes factores:

⁴ Sentencia TSJ de Andalucía, Málaga (AS 2000/5724) de 14 de julio de 2000: (...) «para determinar la existencia de una relación laboral lo esencial es establecer la concurrencia de las notas de ajeneidad y dependencia a las que se refiere el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, y por tanto con sometimiento al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma». En el mismo sentido Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 (AS 2003/3638): (...) «la relación laboral no este limitada por las clasificaciones o incluso por aplicaciones de Convenios Colectivos, sino que existe cuando concurren las notas características del contrato de trabajo, es decir voluntariedad, remuneración, ajeneidad y prestación dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa (...)». En esta misma sentencia se pone de manifiesto como incluso esta misma actividad es demandada por los empleadores a través de ofertas en los servicios públicos de empleo: «(...) solicitan de la Oficina de Empleo dos puestos de lo que denomina «camarera de alterne», cuyo puesto de trabajo ahora se pretende ignorar, consistiendo la realización del trabajo en incitar a los clientes al consumo de bebidas en el establecimiento y con una jornada completa de veintiuna a cinco horas, derivándose pues la existencia de una perfecta relación de trabajo que conlleva el alta en el Régimen General de la Seguridad Social».

- ❑ Que la prestación se desarrolla por cuenta ajena⁵,
- ❑ en el local del empleador⁶,
- ❑ bajo su dependencia⁷
- ❑ y asumiendo éste el riesgo y ventura de aquéllas prácticas,
- ❑ retribuyendo en consecuencia tales servicios⁸.

No obstante la distinción entre el *alterne* y la *prostitución*, tiende a ser forzada⁹ o confundida por cuanto en no pocas ocasiones se identifican en la realidad ambas actividades en una misma *jornada*. Sirva como ejemplo la sentencia del STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003 (2003/3211), en donde las mujeres prestan sus servicios en un horario concreto y determinado: ocho horas de alterne y una de prostitución, cobrando por cada una de ellas cantidades distintas. En relación con este particular la Audiencia, —en un loable intento de distinguir ambas actividades—, presenta el criterio del contacto físico como elemento propio de la prostitución y objeto mismo

⁵ Término utilizado en sentencia del TSJ de Andalucía Málaga (*vid.* en nota anterior), así como en Sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de noviembre de 2001 (AS 2002/5724), y en las referidas en sentencia de la Audiencia, del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1981 (RJ 1981/1301), de 25 de febrero de 1984 (RJ 1984/923), de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987/7172) y de 4 de febrero de 19888 (RJ 1988/571)

⁶ Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 (*vid.* en nota 4) donde se percibe con claridad la existencia y propiedad de local, donde se les facilitaba unas taquillas con sus llaves para guardar sus efectos personales.

⁷ En relación con el concepto de dependencia en el ámbito de actividad de la prostitución ha tenido una interesante conceptualización en dos pronunciamientos, la referida Sentencia del STSJ de Málaga (*vid.* Nota 4) así como la sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 7 de abril de 1998 (AS 1998/2024), donde se establece: (...) «ha de tenerse en cuenta en el supuesto que nos ocupa que la concepción tradicional del requisito de “dependencia”, ha venido flexibilizándose en el sentido de no entenderse por tal una “subordinación rigurosa y absoluta”, sino como una “inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial”» (...) «el hecho de que las trabajadoras pudieran gozar de amplia libertad para realizar sus funciones de captación de clientela 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 chicas de alterne, al requerir gran iniciativa personal y libertad de actuación, es claro que el control de la empresa sea menos exigente que en otro tipo de actividades», por ello, resulta suficiente a los efectos de establecer el requisito de dependencia el que el trabajador se encuentre «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona».

⁸ Entre otras las ya conocidas STS de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987/7172), STSJ de Málaga (*vid.* nota 4), Sentencia del TSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 (AS 2003/3638) (*vid.* Nota 4): (...) «las demandadas ejercen su trabajo de manera voluntaria, perciben una remuneración a retribución por parte del recurrente consistente en el 80% de las consumiciones, llevando un control específico de las mismas para lo cual entrega una ficha por cada consumición, efectuando la liquidación al final de la jornada» (...).

⁹ En parecido sentido se manifiesta BENLLOCH SANZ, P. «¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de alterne. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003». *Aranzadi Social*, núm. 17/2003.



de la transacción entre cliente/prostituta: (...) «Es decir nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral en el supuesto de concurrir la ajeneidad 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 y un límite jurídico entre el trabajador por cuenta ajena relación de alterne y el trabajador por cuenta propia relación de prostitución (entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios en definitiva).

Hecha estas apreciaciones y en el plano de la reflexión sobre las consecuencias del carácter laboral de la actividad del alterne, no son pocas las incertidumbres que se vislumbran de un eventual reconocimiento legal (sea cual fuere su naturaleza) o bien tácito a través de acudir a los tribunales esgrimiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto. En la propia sentencia aparecen varias menciones a los efectos que generaría tal consideración en el plano de las relaciones laborales. Así los estatutos de ASNEM no son ajenos al resto de sus semejantes al regular entre los fines e intereses que pretende defender: (...) «la negociación colectiva laboral, el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, el diálogo social, la participación institucional de los organismos públicos de las Administraciones laborales y cualesquiera otros que se deriven lógicamente de los anteriores».

Por otra parte, en la sentencia se señala como ASNEM, clarificó el sector de actividad que desarrollaba en el sentido de ofrecer un más adecuado ámbito funcional a una posible situación de negociación colectiva: (...) «No obstante la propia Asociación se avino a subsanar la mención estatutaria de ese término, y lo aclaró adicionando la extensa explicación que consta en el relato histórico considerando también que se trataba de un elemento descriptivo necesario para independizar su actividad, de otras del ramo hostelero, lo que es coherente con la propia fisiología de estas Asociaciones Empresariales que nacidas para actuar en un ámbito laboral de negociación colectiva necesitan una definición de su actividad lo más exhaustiva posible». (FJ 4).

Entendemos que la Audiencia legitima la posibilidad de que las personas que desarrollan esta actividad puedan constituir los mismos mecanismos de representación y defensa de intereses y derechos, al igual que, como en el presente caso, han legalizado asociaciones los empresarios. Sin embargo, se aprecian determinadas circunstancias que nos hacen percibir la complejidad de tal idea, entre otras, la dificultad en distinguir el alterne de la prostitución, las considerables diferencias sociales que pueden existir entre estas personas o la irrupción del fenómeno de la inmigración. En definitiva, elementos que dificultan la integración de estas personas en un colectivo que luche por intereses comunes.

Por otra parte y de considerar la actividad de alterne como relación de trabajo, no debe pasar inadvertida la necesidad de redefinir o readaptar los elementos nucleares del derecho del trabajo a esta actividad, entre éstos podemos citar, la noción flexible de la dependencia (mayor flexibilidad de horarios), así como la manera en la que tienen que desarrollar sus distintos servicios, pero sin dejar pasar otros elementos fundamentales del derechos del trabajo, como por ejemplo, en materia de movilidad funcional (realización de varias tareas dentro de los locales) o modificación sustancial de condiciones de trabajo (horarios, rotación geográfica a otros locales del mismo empleador, etc), todo ello sin olvidar aspectos tan importantes como la protección social de estas personas (IT, maternidad, desempleo, Incapacidades o jubilación entre otras), o el encuadramiento en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, el alterne en el Régimen general y la prostitución como actividad susceptible de incluirse en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia.

4. CONCLUSIONES

Tras el estudio de la sentencia podemos concluir que, a todos los efectos, la actividad de la prostitución o de alterne constituyen un sector susceptible de amparo jurídico, sin que la inexistencia de normativa específica que lo regule resulte impedimento alguno para derivar relevantes efectos jurídicos. Sin duda uno de los objetivos más importantes lo constituye el derecho de asociación que se erige en el primer estadio para la unión de un colectivo que pretende lograr fines más ambiciosos, entre los que podría estar el reconocimiento legal ambas figuras.

En relación con la política legislativa y como bien se pone de manifiesto a través de una velada crítica en el texto de la sentencia de la Audiencia, destaca el olvido histórico al que se ha visto sometida esta actividad: (...) «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. Pero la demandante es manifiestamente ajena a esta responsabilidad y no puede perjudicarle una preterición legislativa» (Fundamento Jurídico sexto).

Los motivos o el origen de este hecho quizás residiría en alguno de los problemas que se pretenden solucionar a través de su regulación, entre otros, el de la economía sumergida, —que crea intereses encontrados entre empresarios y prostitutas—, o la diferencia de *clases* dentro del sector que provoca desunión, falta de concienciación ante problemas comunes, y en definitiva,



tal y como se reflejaba en el apartado anterior, las dificultades de las prostitutas para colectivizar sus intereses. Tal afirmación nos sirve para presentar otra de las causas o efectos de la actividad, y es que realidad social y prostitución están íntimamente vinculadas; desajustes sociales tales como la falta de oportunidades, precariedad laboral, marginalidad o violencia de género repercuten en la aparición del fenómeno ¹⁰. Todo ello sin olvidar la influencia de los flujos migratorios, y el hecho de que sea la prostitución el caldo de cultivo ideal donde abundan más personas sin tener regularizada su situación y por tanto un sector proclive a la comisión de delitos como el tráfico de mujeres y menores ¹¹, o la violencia de género ¹².

Por lo que respecta a la iniciativa legal en el ordenamiento jurídico laboral, la clave esta en la complejidad de distinguir entre alterne y prostitución cuando coinciden a lo largo de una misma jornada. Ello plantea la coincidencia de dos ámbitos reguladores distintos, alterne por cuenta ajena y prostitución por cuenta propia, sin duda, elementos que por su singularidad y especialidad, podrían encontrar acomodo en la elaboración de una normativa de relación laboral de carácter especial, con aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores, una normativa que debe despejar las dudas e incógnitas que se siguen manteniendo y que fueron trazadas en el apartado

¹⁰ En este sentido téngase en cuenta la definición que ofrece sobre la prostitución femenina GARRIDO GUZMÁN, L, en «La prostitución: Estudio Jurídico y criminológico» Madrid, ed. Edersa, 1992, «un sistema en el cual las mujeres se dejan atrapar como consecuencia de su miseria económica, de su falta de instrucción cultural, de su ausencia de formación profesional, de las carencias afectivas y educativas de su infancia y su adolescencia, y de los conflictos psicológicos y sexuales padecidos en su juventud».

¹¹ (...) «La llegada de inmigrantes a nuestro país, ha motivado una mayor actividad de vigilancia por parte de la Guardia Civil sobre los clubes de alterne que operan en Andalucía. Como consecuencia de estas actuaciones, entre los años 1998 y 1999 fueron desarticuladas un total de 47 redes dedicadas a la explotación sexual de mujeres en nuestra Comunidad Autónoma. A nivel nacional, según datos del Ministerio del Interior, en el año 2000 se desarticularon 84 redes de prostitución y fueron detenidas 381 personas. En el año 2001 esta cifra ascendió a 119, siendo también detenidas 521 personas». Datos extraídos del informe: «La prostitución: realidad y políticas de intervención pública en Andalucía» elaborado por el Defensor del pueblo andaluz, D. José Chamizo Rubia de abril de 2002.

¹² En el mismo Sentido BENLLOCH SANZ, (*vid.* nota 9) (...) «en la actualidad, existe una evidente vinculación entre la prostitución y el fenómeno migratorio de la que se derivan cuestiones de indudable trascendencia, como la violencia de género o el tráfico de mujeres y menores. Como no podía ser de otra manera, esa conexión entre ambos fenómenos ha provocado un gran número de pronunciamientos judiciales, singularmente en materia de expulsión de extranjeros. En efecto, el artículo 26.1 f) RCL 1985\ 1591 de la derogada Ley Orgánica 7/1985 (RCL 1985\ 1591) de derechos y libertades de los extranjeros consignaba como una de las causas de expulsión la permanencia en España careciendo de medios lícitos de vida. Pues bien, nuestros tribunales, han venido considerado de forma casi unánime que la actividad de alterne puede considerarse como medio lícito de vida, evitando con ello que se produjese la aplicación de aquella medida.

anterior. Quizás esta iniciativa legal sea más factible que la regulación sectorial a través de la negociación colectiva, sobre todo por las dificultades ya analizadas de unión en defensa de los intereses de las prostitutas. Sin embargo, la legalización del contrato de trabajo para esta actividad plantearía determinadas incertidumbres en otros órdenes, como por ejemplo, el hecho de que la regularización genera, facilite o favorezca el efecto contrario al deseado, esto es, el incremento de los casos de trata de mujeres, redes ilegales de inmigración, abaratamiento de la mano de obra al tener que hacer frente a los costes de la legalización o el fomento del proxenetismo entre otras ¹³.

En definitiva la Sentencia de la Audiencia Nacional abre el debate en torno a la legalidad de la actividad de la prostitución y el alterne en el ordenamiento jurídico español, desde la perspectiva de la legítima asociación de sus protagonistas para defender la generalidad de los derechos e intereses que le son propios. Fundamenta tal pretensión en el libre ejercicio de la libertad de empresa sin que sea obstáculo la inexistencia de derecho positivo que reconozca y regule su desarrollo. A partir de aquí no son pocas las dudas e incertidumbres que se plantean con o sin la regulación de su ejercicio por parte de los poderes públicos, quizás lo que no deba pasarse por alto sea la desprotección, precariedad, y abusos en todos los órdenes jurisdiccionales que a menudo se generan en un sector que demanda acciones concretas en algún sentido.

¹³ Entre otros pronunciamientos, Sentencia del Juzgado de lo Social de Vigo núm. 9 de enero de 2002: (...) «pero aun no cerrando los ojos a la evidencia o incluso la necesidad de tener que legitimar esa actividad, nunca lo sería por cuenta ajena porque también sería cerrar los ojos al hecho de que, considerar esas relaciones como contrato de trabajo, sería tanto como dejar vía libre y constituirse en cauce legal para la trata de mujeres o las redes ilegales de inmigración, que integradas por traficantes dirigen a las mujeres a la industria del sexo y a los mercados de mano de obra barata, ya que su control escaparía a toda posibilidad de legalidad al estar amparados por la posible licitud». O más recientemente Sentencia Tribunal Superior de Justicia de 12/01/2004 (en prensa) que tras poner de manifiesto la laboralidad de 12 prostitutas obligando a dar de alta a las mismas, en voto particular se subraya que el dueño del local «podría exigir a las interesadas el cumplimiento de las tareas contratadas, aún en contra de su libertad» si se le reconocen las «facultades y derechos derivados de su condición de empleador y los poderes directivos y organizativos». Así pues, la actividad empresarial sería «ilícita, por contraria a la ley» al «facilitar el ejercicio de la prostitución con evidente peligro de que ésta sea forzada o no libre» y la consiguiente «vulneración de los derechos fundamentales a la libertad sexual». En definitiva y para evitar tales situaciones se alega el ejercicio de la plena libertad como garante para evitar tales situaciones, pudiendo las prostitutas «abandonar la actividad en cualquier momento, respetando así plenamente su libertad personal».