

La calificación jurídica de relación de quienes prestan sus servicios en los locales de alterne. Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm.2 de Vigo (Galicia), de 7 de mayo de 2004

Dr. Daniel Martínez Fons, Profesor Lector de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pompeu Fabra.

I. Hechos

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra extendió actas de infracción en agosto de 2003 frente a la empresa, por percibir la prestación de servicios de 24 trabajadoras inmigrantes sin autorización administrativa necesaria para realizar servicio por cuenta ajena; además de la falta de alta de otras tres de las trabajadoras.

Las trabajadoras se dedican a realizar una actividad conocida como “alterne”, por medio de la cual tratan de conseguir que los clientes del club hagan mayores consumiciones. Asimismo, ofrecen sus servicios de carácter sexual en las habitaciones ubicadas en el propio local. En este sentido, de las 24 extranjeras, 21 de ellas habían formalizado con los representantes de la empresa un contrato de subarriendo de vivienda en los que se contenía la cesión de una habitación del local por el precio de 36 euros diarios.

II. Fundamentos jurídicos

Como se habrá advertido, la cuestión objeto de debate se centra en determinar si las actividades de alterne y prostitución deben tener la consideración de relación laboral a todos los efectos, esto es, incluyendo las obligaciones derivadas de la Seguridad Social. El juzgador parte del axioma de que el objeto de la prestación de servicios sexuales es ilícito por cuanto que representa la negación de la libertad sexual y de la dignidad de la persona, y, por consiguiente, de la nulidad del contrato. De modo, en opinión del juzgador, el fin de la actividad empresarial se fundamenta en la limitación de la libertad sexual de las personas que prestan servicios de naturaleza sexual bajo su dirección y en el marco de su organización empresarial. En este sentido, el Juzgador se apoya en distintos textos aprobados por organismos internacionales, así como por organizaciones no gubernamentales internacionales que prohíben taxativamente la explotación sexual. En particular, alude al art. 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que prohíbe la esclavitud y la trata de esclavos; el I Convenio de para la represión y trata de personas y de la explotación sexual a ajena y, en fin, a los trabajos de la Asamblea General de Lobby Europeo de Mujeres que, entre otros puntos, señala que “*la prostitución y el tráfico de mujeres no deberían estar asociados al término “libre o asociada”*”.

En este sentido, el juzgador duda del carácter voluntario de la prestación que realizan las extranjeras, puesto que en atención las circunstancias concretas en las que se encuentra (sin permiso de trabajo, sin conocimiento pleno del idioma, desarraigadas) puede decirse que se hallan en situación de explotación. En estas circunstancias, nos dirá el Juzgador, *“la explotación no está en una obligatoriedad más o menos coactiva o impregnada de fuerza, sino que las propias condiciones facilitan esta situación”*.

No obstante lo anterior, considera el juzgador además que en la actividad de prostitución no concurren las notas que tipifican la relación laboral ya que, dada la naturaleza de los servicios prestados, el reconocer la capacidad empresarial de dirigir y ordenar la explotación con ánimo de lucro de la sexualidad de otras personas significaría tanto como *“dar carta de naturaleza a la explotación y esclavitud humana en pleno siglo XXI”*. Y ello porque la actividad sexual, en cuanto parte integrante de la intimidad personal no puede ser objeto de una orden o valoración pecuniaria, ya que el consentimiento en la relación sexual es indispensable para su configuración jurídica, *“tan es así que si no lo hay se convierte en agresión sexual constitutiva de delito muy grave”*.

Se diferencia así la actividad de prostitución de la actividad de alterne que supone el límite prestacional con aquélla, puesto que en la medida en que no existe una prestación sexual podrá ser constitutiva de relación de trabajo. De este modo, se admite cuando queda exclusivamente en la actividad de permanencia en un local en horas fijas cada día, para la captación de clientes, cobrando un porcentaje de las consumiciones por ella conseguidas”.

III. Comentario

En los últimos tiempos se han sucedido los pronunciamientos judiciales acerca de la naturaleza jurídica de la relación existente entre los titulares y las personas que en ellas prestan servicios de alterne y de naturaleza sexual. Buena parte de ellos relacionados con la actividad de alterne y prostitución realizada por personas inmigrantes carentes de autorización administrativa para residir y/o trabajar legalmente en España. Qué duda cabe que en el debate ella confluyen consideraciones jurídicas y metajurídicas acerca de la prostitución y de cuál sea el mecanismo de tutela más adecuado que puede ofrecerse a las personas que ejercen tal actividad. Buen ejemplo de ello es la sentencia ahora anotada.

Como se ha indicado son ya diversas las Sentencias recaídas sobre la materia. Así, la STSJ Galicia de 10 de junio de 2002 (recurso de suplicación núm. 1282/2002) considera que no existió relación jurídico laboral entre quien ejercía la prostitución y la titular del

establecimiento donde prestaba tales servicios ya que no concurrían las notas propias de la relación laboral. En concreto se señala que los servicios sexuales prestados por la demandante se producían cuando quería, acudiendo al establecimiento donde ejercía la prostitución cuando lo estimaba pertinente y sin percibir una remuneración fija, sino cobrando directamente al cliente y entregando una parte del precio, en concepto de comisión y gastos, al titular del establecimiento, todo lo cual perfilaba, en opinión del Tribunal, una situación que no reviste los caracteres propios del art. 1.1 ET.

Valoración distinta es la que se hace en la STSJ Cataluña de 17 de septiembre de 2003 (AS 3211) que confirmó la Sentencia del Juzgador de instancia calificando de improcedente el despido verbal de una trabajadora que prestaba servicios de alterne y de naturaleza sexual. La trabajadora despedida acudía seis días a la semana en un horario fijo (18.30 a 3.30 del día siguiente) al establecimiento donde realizaba la prestación de servicios de alterne y prostitución. Por su trabajo percibía diariamente una media de 75 euros, de los cuales 45 correspondían a la actividad de alterne y 30 a la actividad de prostitución. Respecto de los servicios de alterne, la trabajadora percibía el 50% de cada consumición del cliente y era el establecimiento quien corría con los gastos (electricidad, agua, seguridad, etc) y quien asumía el riesgo del impago de la consumición o de cualquier otro desperfecto material. Asimismo, el local disponía de habitaciones para aquellos clientes que deseaban mantener relaciones de naturaleza sexual con alguna de las personas que prestaban sus servicios en el local. En este caso, sobre el precio total del servicio, la trabajadora obtenía el 50%, mientras que el 50% restante del precio abonado por el cliente corresponde al titular del establecimiento. La Sentencia considera que la actividad de alterne desarrollada de forma retribuida, bajo la dirección y por cuenta ajena, de modo que debe ser considerada, a todos los efectos, una relación laboral. Por el contrario, excluye, *“por estar legalmente excluidos de la contratación laboral”*.

En sentido similar, la STSJ Andalucía de 4 de diciembre de 2003 (AS 3638) afirma que existe relación laboral entre las trabajadoras que prestan sus servicios realizando tareas propias de camareras de alterne, realizando una jornada fija y percibiendo una retribución consistente en el 80% de las consumiciones efectuadas por los clientes. Merece reseñarse, o obstante, el voto particular de tres magistrados del Tribunal, en el que partiendo de los informes policiales, se parte de la consideración de que la actividad de que se desarrollaba en el establecimiento no era la de alterne sino la prostitución. En este sentido, se considera que a pesar de que concurren en el caso concreto las notas propias de la relación laboral del art. 1.1 ET no puede calificarse de tal, puesto que existe un objeto ilícito. En opinión de los discrepantes, la ilicitud deriva del “grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas, en concreto, de sus derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal, riesgo que puede

hacerse efectivo si al recurrente , dueño del local se le reconocen poderes directivos”; puesto que ello supondría la posibilidad de “exigir a las interesadas el cumplimiento de tareas contratadas, aun en contra de su libertad de actuación, además de favorecer, promover e inducir con ello al ejercicio de la prostitución”.

La cuestión consiste, por consiguientemente, en determinar hasta qué punto la prestación de servicios de naturaleza sexual puede integrar una prestación de carácter laboral. De entrada, parece lógico considerar que el objeto de la prestación sea ilícito, por cuanto que la prostitución no es una actividad delictiva, salvo en los supuestos en los que la prestación de servicios sexuales se impone coercitivamente, en un claro atentado a su dignidad y libertad sexual. No obstante, el riesgo de que ello pueda darse en algunos supuestos no tiene porque significar que el objeto sea siempre y en todo caso ilícito y, consiguientemente, imposible de realizar bajo la forma de relación laboral. Así las cosas, deberemos preguntarnos si concurren las notas propias de la relación de trabajo. Tomando la descripción fáctica que se realiza en la Sentencia aquí anotada se aprecian las notas de una relación laboral regulada en el art. 1.1 ET. En particular, perciben una remuneración a retribución consistente en el precio de los servicios que realizan, sin que el contrato de subarriendo entre el titular del establecimiento y quienes prestan su servicio permita esconder que remunera el servicio prestado. Existe, asimismo, ajenidad por cuanto que el empleador recibe los ingresos derivados de quien ejerce esta actividad, por lo que se desarrolla una prestación para un tercero. Finalmente, lo hacen dentro del ámbito de organización y dirección del titular del establecimiento. Es precisamente la concurrencia de la dignidad y libertad sexual en relación con el poder de dirección donde pueden presentarse mayores dudas acerca de la procedencia de que la prestación de servicios de naturaleza sexual pueda ser regulada por el Derecho del Trabajo.

En último término, se trata de delimitar las facultades jurídicas del poder empresarial en este tipo de prestaciones de servicios. No cabe duda que el reconocimiento de ciertas las facultades directivas del empresario podría significar la conculcación de la libertad sexual y la dignidad de quienes presten servicios de naturaleza sexual. Así sucedería de reconocerse al empleador la facultad de imponer obligatoriamente la prestación de servicios sexuales en contra de la libertad de elección, indisociable de la dignidad personal, de quienes prestan tales servicios. No obstante, es evidente que quienes realizan estas prestaciones de servicios, no deben verse nunca despojados de su libertad sexual y, por ello, de su dignidad. En otras palabras, es elemento definidor de este tipo de prestación la capacidad de decisión de quién presta servicios de naturaleza sexual acerca de qué servicios no están dispuestos a realizar. Por consiguiente, el ejercicio de la prestación de servicios dentro del círculo rector del empleador se manifestará en la determinación de las circunstancias en las que se desarrollará la prestación: en el horario

y el lugar establecidos por aquél. Lo contrario, la imposición forzada de ciertos servicios, representaría, evidentemente, la vulneración de la dignidad y libertad sexual penalmente punible.

Por otra parte, de *lege ferenda*, y a la vista de cuál es la situación de la mayor parte de las personas que ejercen la prostitución, es lógico considerar que no puede ofrecer una mayor tutela que el reconocimiento de derechos laborales y de Seguridad Social. En este sentido, no creemos que el reconocimiento de la relación laboral represente dar carta de naturaleza a la explotación sexual de quienes se encuentran, antes al contrario, constituirá el incentivo necesario para que los titulares de los establecimientos en los que se ejerce la prostitución sitúen su actividad dentro de un marco regulado, con el consiguiente reconocimiento de derechos a quienes prestan tales servicios en la esfera organizativa de terceros. En último término, se trata de establecer las condiciones necesarias para que la prestación de servicios de naturaleza sexual sea libre y no forzada.

En otro orden de cosas, como se habrá advertido fácilmente, la cuestión que da origen a los pronunciamientos ahora expuestos no es otra que la eventual inclusión en el Régimen de Seguridad Social de quienes prestan sus servicios en los locales de alterne. Como es sabido en la mayoría de los supuestos se trate de trabajadoras extranjeras que se encuentran en España sin las preceptivas autorizaciones administrativas para residir y/o trabajar legalmente. Ello permite interrogarnos, con carácter general, acerca de la eventual inclusión en el Régimen General de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros que prestan sus servicios, en particular tras la modificación de la legislación de extranjería operada por la Ley 14/2003.

Es conocido que entre la doctrina judicial reciente podían encontrarse posiciones contradictorias acerca de las eventuales obligaciones en materia de Seguridad Social. Así, en algunos casos se sostuvo que el trabajador extranjero que no contaba con la autorización administrativa para prestar servicios por cuenta ajena en España no generaba obligaciones ni para sí ni para el empresario. Igualmente tampoco generaba derecho a las prestaciones, como el accidente de trabajo. En otros casos, sin embargo, al amparo de la normativa internacional (Convenio 19 OIT, que obliga a que se dispense a los trabajadores de terceros países que han ratificado dicho Convenio el mismo trato que el Estado procura a sus ciudadanos) se reconoció el derecho a las prestaciones de derivadas de accidente de trabajo a los trabajadores inmigrantes que no contaban con la necesaria autorización administrativa para trabajar en España. La reciente STS de 7 de octubre de 2003 (RJ 6497), dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina, concluye que se encuentra incluido en el campo de protección de la Seguridad Social, a los efectos de la contingencia de accidente de trabajo, los extranjeros, cuya

país de origen ratificó el Convenio número 19 de la OIT. Se trataba, sin duda de un reconocimiento, aunque limitado, de efectos de la prestación de servicios sin contar con la autorización administrativa preceptiva. Se trataba de una protección limitada en la medida en que subjetivamente solamente producía efectos en relación con los extranjeros cuyo Estado hubiere ratificado el Convenio 19 OIT. Y, desde un punto de vista objetivo, no alcanzaba a todas las prestaciones de Seguridad Social, ni tan siquiera a todas las prestaciones relacionadas con el riesgo profesional, el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia.

En el marco ahora descrito, el nuevo redactado del artículo 36 de la Ley Orgánica de Extranjería introducido por la LO 14/2003 introduce una modificación de calado: la falta de la correspondiente autorización administrativa no invalidará el contrato de trabajo respecto del trabajador, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle. De la indicada modificación cabe inferir las siguientes consecuencias.

- En primer lugar, la contratación de trabajadores extranjeros sin cursar la pertinente alta representará la responsabilidad directa del empresario por las prestaciones.
- En segundo lugar, es claro que existe la obligación de cotizar para el trabajador extranjero en la medida en que el contrato no es nulo. En este sentido, no puede olvidarse que la obligación de cotización es independiente de la obligación de afiliación/alta. Y
- Finalmente, en lo referido a la obligación de dar de alta al trabajador extranjero que no cuenta con la autorización administrativa para trabajar en España inicialmente resultaría lógico considerar que no existe tal obligación, puesto que el art. 42 del RD 84/1996, señala que para la afiliación y alta de trabajadores extranjeros es preciso acompañar la autorización de trabajo. Así, en la medida en que el alta es un acto público solamente procedería en situaciones de legalidad (García Murcia, “Derechos laborales y de protección social en la Ley de Extranjero”, *Tribunal Social*, nº133,). Sin embargo, en la medida en que la afiliación y alta del trabajador es imprescindible para el acceso a las prestaciones es dable pensar que existirá la obligación del alta del trabajador extranjero, a pesar de que no cuente con las preceptivas autorizaciones (González Calvet, *Actos de encuadramiento y prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores extranjeros irregulares con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre*).