

Alterne más prostitución no es lo mismo que solo alterne.

José Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la jurisdicción social (TSJ de Galicia).

Resumen: A los efectos de apreciar la laboralidad de una relación entre unas alternadoras y la empresa dedicada a la explotación del club de alterne, son situaciones diferentes la de unas alternadoras que no consta ejerzan la prostitución y otras alternadoras que realizan ejercicio de la prostitución. En el primer caso, se estima la laboralidad, mientras en el segundo, se niega la laboralidad. El Tribunal Supremo considera no hay contradicción entre ambas doctrinas e inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Palabras clave: Prostitución. Alterne. Relación laboral. Recurso de casación. Contradicción entre sentencias.

Abstract: For the purposes of assessing the labor nature of a relationship between some hostesses and the company dedicated to the exploitation of the hostess club, there are different situations between some hostesses who are not known to be engaged in prostitution and other hostesses who are engaged in prostitution. In the first case, employment relationship is recognized, while in the second, employment relationship is denied. The Supreme Court considers there is no contradiction between both doctrines and rejects the appeal for the unification of doctrine.

Keywords: Prostitution. Drinking with customers. Employment relationship. Cassation appeal. Contradiction between sentences.

I. Introducción

La cuestión suscitada en el litigio se centraba en determinar la existencia o no de relación laboral en los servicios prestados por quienes realizaban una actividad de alterne en un club sin que conste el ejercicio de la prostitución. Las sentencias de instancia y de suplicación declararon la existencia de relación laboral entre las alternadoras y la empresa. Ante estas sentencias, la empresa recurre en casación para unificación de doctrina invocando como de contraste una sentencia donde se rechaza la existencia de relación laboral por considerar acreditado el ejercicio de la prostitución y entender ilícito un contrato de trabajo cuyo objeto es la explotación de la prostitución ajena. El Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación para la unificación de doctrina al considerar no existe contradicción entre una sentencia en la cual se considera la existencia de relación laboral en una actividad de alterne en un club sin que conste el ejercicio de la prostitución y otra sentencia donde se rechaza la existencia de relación laboral cuando hay prostitución.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 254/2024, 9 febrero.

Tipo y número recurso: RCUd núm. 973/2021.

ECLI:ES:TS:2024:876

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luz García Paredes.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

1. La sentencia recurrida y su doctrina

El 10/10/2017 a las 20:30 h se gira visita por la Inspección de Trabajo junto con la Policía Nacional en un club de alterne de Málaga cuya explotación es llevada por Servicios Hoteleros Málaga Alameda S.L. Derivada de la visita se extiende acta por 27 infracciones consistentes en no solicitar afiliación o alta de los trabajadores del art. 22.2 de la LISOS, calificándose como grave y proponiendo por cada infracción la cantidad de 4.689 euros.

Igualmente derivado del acta de visita se extiende acta de liquidación de cuotas a la seguridad social, dando de alta a las trabajadoras y atribuyéndole una categoría del convenio colectivo de hostelería de Málaga con un salario de 53,44 euros diarios.

A 27/09/2018 la TGSS insta procedimiento de oficio para la declaración de la relación laboral entre la sociedad y las personas identificadas como trabajadoras sin estar de alta.

Tramitada la demanda de oficio, el JS 7 de Málaga dicta Sentencia a 27/01/2021 estimatoria, declarando relación laboral entre la empresa y las 27 mujeres implicadas.

Recurrida en suplicación la Sentencia por la empresa ante el TSJ/Andalucía - Málaga, se dictó sentencia a 27/01/2021, desestimando el recurso de suplicación de la empresa. Al respecto, y dicho de manera sucinta, la sentencia malagueña argumenta que lo que se enjuicia es exclusivamente la actividad de alterne realizada por las codemandadas, entendiéndose por tal la incitación al consumo en establecimientos abiertos al público mediante la provocación del deseo sexual en el cliente, sin que sea objeto del litigio el eventual ejercicio de la prostitución que pudiesen realizar las codemandadas en las habitaciones del club de alterne en las que las codemandadas residían. A partir de aquí sostiene que la actividad de alterne, a la vista de lo declarado probado, es propia de una relación laboral al concurrir las notas de ajeneidad y dependencia al ser la empresa la que ejercía el control de la actividad en su propio local y con un horario predeterminado, pudiendo pedir días de descanso, y retribuía en función de las consumiciones realizadas.

La empresa recurrió ante el TS en casación para la unificación de doctrina, alegando como sentencia contradictoria la STJ/Galicia de 10/04/2013, Rec. Sup. 4031/2012.

2. La sentencia de contraste y su doctrina

La STJ/Galicia de 10/04/2013, Rec. Sup. 4031/2012, es la alegada como sentencia de contraste en el recurso de casación para la unificación de doctrina de la empresa.

El escenario procesal de esta sentencia de contraste es similar al de la sentencia recurrida: el 11/05/2011 a las 23:00 horas se gira visita por la Inspección de Trabajo junto con la Policía Nacional en un club de alterne de Vigo cuya explotación es llevada por Exclusivas Torrado Montero S.L. Derivada de la visita se realizan una serie de actuaciones (la sentencia no las refleja expresamente, pero seguro son las mismas

que las reflejadas en la sentencia malagueña: actas de infracción y actas de liquidación). Finalmente, a 18/11/2011 la TGSS insta procedimiento de oficio para la declaración de la relación laboral entre la sociedad y las personas identificadas como trabajadoras sin estar de alta.

Tramitada la demanda de oficio, el JS 1 de Vigo dicta Sentencia a 31/05/2012 estimatoria, declarando relación laboral entre la empresa y las 11 mujeres implicadas.

Recurrida en suplicación la Sentencia por la empresa ante el TSJ/Andalucía - Málaga, se dictó sentencia a 27/01/2021, desestimando el recurso de suplicación de la empresa. Al respecto, y dicho de manera sucinta, la sentencia gallega considera que las mujeres realizan una actividad de alterne que es inescindible de la actividad de prostitución, diferenciando ese caso de otros previos decididos por la propia sala gallega en que lo único apreciado era una actividad de alterne sin estar acreditado el ejercicio de la prostitución. Una vez verificada esa inescindibilidad, se niega la ilicitud de un contrato de trabajo cuyo objeto fuese la prostitución de la supuesta trabajadora al ser la explotación de la prostitución ajena una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral, pues tal contrato no sería susceptible de incardinarse en el seno la legislación laboral sino, en su caso, en el Código Penal, 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 (Nueva York, 2 de diciembre de 1949).

IV. Posición de las partes

La empresa recurrente en casación unificadora pretende la revocación de la sentencia dictada en recurso de suplicación y en instancia, desestimando la demanda de oficio de la TGSS al considerar la indebida aplicación de arts. 1.1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores.

La TGSS, como parte recurrida, ha impugnado el recurso de casación alegando (1) que no existe identidad entre los supuestos resueltos en la sentencia recurrida y en la sentencia de contraste, (2) que el escrito de recurso incurre en una falta de cita y fundamentación de la infracción legal que se denuncia, y (3) que, en todo caso, la sentencia recurrida ha realizado la debida aplicación de arts. 1.1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores.

Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que se incurre en falta de contradicción entre las sentencias contrastadas.

V. Normativa aplicable al caso

- Estatuto de los Trabajadores, arts. 1.1 y 8 del Estatuto de los Trabajadores.

VI. Doctrina básica

No hay, ni puede haber, contradicción, entre sentencias que se pronuncian en favor de la naturaleza jurídica laboral de la actividad de alterne, y las que por el contrario niegan la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral cuando esa actividad conlleva además el ejercicio de la prostitución, tal y como así acontece en el supuesto de la sentencia de contraste y justifica un pronunciamiento diferente al de la recurrida.

VII. Parte dispositiva

(1) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Servicios Hosteleros Málaga Alameda SL. (2) Declarar la firmeza de la STSJ/Andalucía - Málaga de 27/01/2021. (3) Con imposición de costas a la parte recurrente.

VIII. Pasajes decisivos

“En la sentencia recurrida se deja constancia de que la actividad de las mujeres era la de alterne no la de prostitución, al contrario de lo que se recoge en la sentencia de contraste, en la que se parte de un hecho cierto como es que en el local en cuestión las codemandadas no solo hacían que los clientes pidieran consumiciones sino que su fin último era que aquellos interesaran la prestación de servicios sexuales que eran atendidos por aquellas”.

“Es más, la propia sentencia de contraste viene a admitir que es posible que una actividad de alterne no esté necesariamente unida a la de prostitución si bien, advierte, que en el caso que resuelve, queda constancia de esa única y esencial actividad, en la que el alterne resulta ser un preámbulo. Es en la sentencia recurrida en la que, precisamente, se ha deslindado claramente una y otra actividad atendida por las aquí codemandadas, en atención a los hechos que declara probados y que, como hemos dicho, no viene apoyada por elemento fáctico alguno por el que se pudiera vincular una y otra actividad”.

IX. Comentario

La laboralidad de la actividad de alterne, entendida como la actividad realizada por la persona trabajadora, normalmente una mujer, de incitar a través de la atracción sexual al consumo de bebidas, normalmente alcohólicas, a los clientes de un establecimiento abierto al público y dentro del ámbito de organización de su titular, pudiendo ser la retribución fija, aunque normalmente es variable dependiente del consumo realizado, es admitida desde una STS, Sala Social, de 3 de marzo de 1981 (RJ 1981\1301), que posteriormente fue reiterada en diversas SSTs de 25 de febrero de 1984 (RJ 1984\923), de 14 de mayo de 1985 (RJ 1985\2712), de 21 de octubre de 1987 (RJ 1987\7172), y de 4 de febrero de 1988 (RJ 1988\571). Tal jurisprudencia está claramente consolidada en la doctrina de suplicación, que adicionalmente ha precisado el carácter flexible de la exigencia de dependencia, que considera irrelevante que la profesión no esté incluida en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, o que la retribución la abone directamente el cliente. Igualmente, en la doctrina de suplicación se ha distinguido entre el alterne por cuenta ajena y el alterne por cuenta propia en que no concurre en particular la nota de la dependencia (la alternadora acude al club de alterne cuando quiere y percibe un tanto de lo consumido).

Pero esta jurisprudencia no sirve como argumento a favor de la laboralidad de la explotación de la prostitución ajena. Y es que a esa jurisprudencia le acompaña otra no menos reiterada según la cual la explotación de la prostitución ajena no puede ser objeto lícito de contrato de trabajo al tratarse de causa ilícita. En este sentido, la STS/J Galicia de 10 de noviembre de 2004 (Rec. 3578/2004; de la que ha sido ponente quien esto escribe) afirmó (en afirmación luego repetida en otras sentencias y que aparece recogida en la de contraste invocada en el caso de la STS objeto de comentario) que “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”, añadiendo que “sería un acto delictivo en la medida en que, siguiendo las tesis abolicionistas del Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 2.12.1949, desde la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, resulta castigado el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma” (actual artículo 187.1.II del Código penal).

Esta es también la enseñanza de la STS objeto de comentario: No hay, ni puede haber, contradicción, entre sentencias que se pronuncian en favor de la naturaleza jurídica laboral de la actividad de alterne, y las que por el contrario niegan la posibilidad de reconocer la existencia de una relación laboral cuando esa actividad conlleva además el ejercicio de la prostitución, tal y como así acontece en el supuesto de la sentencia gallega de contraste y justifica un pronunciamiento diferente al de la sentencia malagueña recurrida.

Nos encontramos, en consecuencia, con una jurisprudencia y una doctrina judicial perfectamente asentadas, lo que permite resolver los asuntos planteados con seguridad jurídica, y además coherente con el abolicionismo formalmente asumido por el Estado español a través de la firma del Convenio para la represión de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 2.12.1949 (Tratado de Lake Success, Nueva York).

Pero el problema se encuentra en que nuestro entero sistema prostitucional no es un todo coherente, y su aplicación nos sitúa más cerca de otros sistemas prostitucionales que no en el abolicionista, de ahí que esa jurisprudencia y doctrina judicial se mueva en arenas movedizas (más ampliamente, remito al lector o lectora interesados a anteriores análisis: "Prostitución y trabajo: la legislación española", La Ley, núm. 6736, tomo III, 2007, pp. 1861-1865; "El tratamiento legal de la prostitución: ¿Forma de esclavitud o trabajo sexual" en el libro colectivo dirigido por Esteban PÉREZ ALONSO "El derecho frente a las formas contemporáneas de esclavitud", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 632-654).

Hemos de partir de la idea de que la prostitución en España no es ilícita, de ahí que una mujer ejerciente de la prostitución, en coherencia con el sistema abolicionista formalmente imperante tras la suscripción del Tratado de Lake Success, no comete ningún delito, ni ilícito administrativo, ni debiera merecer ningún reproche moral o ético, y, si aplicáramos correctamente nuestros compromisos internacionales, ni siquiera deberíamos someter a esas mujeres a ningún control o registro (artículo 6 del Tratado), lo cual ya pone en entredicho la actuación de la Inspección de Trabajo de la cual arrancan todos estos pleitos, ya que, si en una actuación en un club de alterne constata prostitución, debería inhibirse de levantar actas de infracción, y su única actuación se debería dirigir, dentro de sus competencias, a proteger a las mujeres explotadas en sus derechos fundamentales.

Ahora bien, y aunque España es un país formalmente abolicionista, el Código penal de 1995 (el llamado Código penal de la democracia) tomó un rumbo contrario al abolicionismo al despenalizar (en oposición con los compromisos del Tratado de Lake Success) la tercería locativa, el rufianismo y la corrupción de menores. Ciertamente, en reformas posteriores (Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre) se dio marcha atrás, pero se ha mantenido despenalizada la tercería locativa, y ello facilita que los dueños de los locales, sin incurrir en delito, puedan seguir explotando la prostitución ajena gracias a la interposición de hombres / mujeres de paja (el barman, o una de las mujeres) o de sociedades instrumentales, que arriendan el local por un precio muy superior al de mercado.

Por ello, la actividad de los clubes de alterne con ejercicio de la prostitución, no solo es la tónica general, además es perfectamente conocida, e incluso publicitada sin reparos. Ahora bien, cuando la Inspección de Trabajo llega al club de alterne no siempre recoge la existencia de prostitución, acaso al estar más interesada en sancionar con las consiguientes liquidaciones, y esto lastra la posterior actuación judicial. Cuando nada dice sobre la prostitución, la Jurisdicción social declara el alterne como contrato de trabajo, pero sí dice algo sobre la prostitución, la Jurisdicción social excluye la laboralidad de la relación. Lo que genera la paradoja de que, ante casos iguales en la realidad, las sentencias son distintas.

Una visión estrábica de estas sentencias nos podría además hacer pensar que, cuando se desestima judicialmente la demanda de oficio, se perjudica a las mujeres afectadas. Sin embargo, me permito dudar de que, de estimar la demanda, se beneficien. Cuando sean dadas de alta como alternadoras, si efectivamente se prostituían bajo la dependencia real del dueño del negocio, estarán de alta probablemente en un breve periodo, pues las personas físicas o jurídicas interpuestas las darán de baja en cuanto puedan, y de ahí difícilmente nacerá una prestación de Seguridad Social. Único potencial beneficiado es el Estado que, a través de estas actuaciones, pretende percibir multas y cotizaciones sociales, lo que, sin embargo, no siempre conseguirá porque la titularidad de estas empresas suele recaer sobre personas físicas o jurídicas insolventes. Y las dificultades que todas estas actuaciones

causan en los reales dueños del negocio eventualmente repercutirán en las condiciones de vida de las propias mujeres, quienes a veces se encontrarán obligadas a cambiar de club de alterne para seguir con la actividad.

Hay otros episodios judiciales curiosos en este magma normativo de abolicionismo formal y despenalización material derivados del riesgo de legalización de asociaciones empresariales de prostíbulos bajo la cobertura del asociacionismo de empresas de locales de alterne, asociacionismo que es lícito como se encargó de decidir la jurisprudencia: STS Sala Social, de 27 de noviembre de 2004 (Rec. Cas. 18/2004, Caso Mesalina), que aclara (y ello se agradece para evitar confusión) “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”. Igualmente, el riesgo de legalización de sindicatos de prostitutas por cuenta ajena bajo la cobertura de la sindicación de trabajadoras con actividades de connotación sexual (como serían las alternadoras), sindicalización que asimismo es lícita como también se encargó de decidir la jurisprudencia: STS Sala Social, de 1 de junio de 2021 (Rec. Cas. 29/2019, Caso OTRAS), donde se aclara (y ello de nuevo se agradece) que dentro del ámbito funcional de los estatutos no tiene cabida la prostitución contraria a Derecho pues “no puede ampararse en un contrato de trabajo”, y las mismas conclusiones son trasladables respecto de la asociación de quienes desarrollan trabajos de índole sexual por cuenta propia (STS comentada en esta misma Revista por Joaquín GARCÍA MURCIA: “Libertad sindical y trabajo sexual”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 6, 2021).

X. Apunte final

En un sistema abolicionista, el ejercicio de la prostitución no es ilícito. Lo ilícito es la explotación de la prostitución ajena (proxenetismo, rufianismo, alcahuetería, tercera locativa, e incluso alguna legislación incluye la clientela) pues supone cosificar a la mujer ejerciente de la prostitución, y ello es ilícito en los mismos términos en los cuales sería ilícito cosificar a cualquier persona a través de cualquier forma de explotación humana (formas contemporáneas de esclavitud, servidumbre, trata de personas, trabajo forzoso, tráfico de órganos, mendicidad forzosa ...), sin que se pueda considerar relevante el consentimiento de la persona, como no debe serlo en el caso de la explotación de la prostitución ajena.

Por ello, siempre es ilícito un contrato de trabajo cuyo objeto sea la explotación de la prostitución ajena, se acompañe o no de una actividad de alterne. Solamente si la actividad de alterne por cuenta ajena (o cualquier otra actividad por cuenta ajena en la cual se encuentra implicado un elemento de atracción personal / sexual: compañía, masaje, camarera, bailarina, gogó ...) fuera independiente de la explotación de la prostitución ajena entraríamos en los terrenos propios del contrato de trabajo. Nunca en otro caso. Y esto es lo que nos está dejando claro la STS objeto de comentario y, más genéricamente, la jurisprudencia y la doctrina judicial de la que la STS objeto de comentario es fiel exponente.

Con lo cual, el Tribunal Supremo, Sala Social, se alinea bien con el ideario abolicionista, no solo en sentencias como la comentada relacionadas con demandas de oficio de la TGSS a causa de actas de liquidación levantadas por la Inspección de Trabajo, también en otros casos relativos a asociacionismo empresarial (Caso Mesalina) o sindicatos (Caso OTRAS). Lo que ocurre es que se integran en un sistema prostitucional incoherente al mezclar un abolicionismo formal con una despenalización material, y ello hace que suenen paradójicas o se las critique desde una visión estrábica. Pero no es su culpa: quien la tiene es el Poder legislativo que ha llenado el sistema prostitucional de arenas movedizas.