

## ¿«ZONA GRIS» O «LÍNEA ROJA»? DIFERENCIANDO «SEÑORITAS DE ALTERNE» DE «PROSTITUTAS»

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 6 de mayo, rec. núm. 5080/2015**

**Manuel García Giménez**

*Profesor Titular. Universidad de Jaén*

### 1. EL (LACUNOSO E INEFECTIVO) MARCO REGULADOR

Una de las «verdades más incómodas» para la sociedad de nuestro tiempo es que hoy, como ayer –lo que contrasta con la mayor libertad sexual–, la «prostitución» existe y también las personas y sociedades que se lucran de ella, sin que la condena penal por el «delito de proxenetismo» reduzca tal existencia. De ahí que la legalización de la prostitución, que tiene tantos partidarios como detractores, esté en el ojo del huracán. Ese debate afecta de lleno al Derecho del Trabajo –y de la Seguridad Social–, en la medida en que hay quien propone su reconducción a contrato de trabajo, mientras que otros entienden que solo tendrían sentido si se ejerce de forma autónoma. Consecuentemente, entra de lleno en el problema de fijación de las «fronteras del Derecho del Trabajo».

No siendo el marco de un Diálogo jurisprudencial el más adecuado para afrontar tan formidable desafío político-jurídico y cultural de nuestros días, aquí tan solo pretendemos dar una imagen fidedigna de las vías utilizadas en la práctica jurídico-laboral para tratar de dar una cierta «formalidad», también a efectos recaudatorios de la Seguridad Social, a esta «realidad social, moralmente incómoda». Al respecto, el tópico más conocido es la distinción, a menudo artificial, entre «servicios de alterne» (captación de clientes por las mujeres incorporadas en el local para promover consumiciones mayores de los hombres, sobre la base de juegos de seducción) y «servicios sexuales» (tránsito desde la «seducción» a la «actividad sexual»). Si para la primera ningún reparo hay, para la segunda siempre se ha predicado su ilicitud.

Si los artículos 1.271 y 1.275 del CC predicán la invalidez de los contratos con causa ilícita, o con causa contraria «a las buenas costumbres», el artículo 188.1 del CP volverá a penalizar el delito de «proxenetismo» desde su reforma de 2003, tras un periodo de despenalización a partir del CP de 1995. Hoy constituye un delito, pues, la «explotación de la prostitución ajena»,

incluso si media el consentimiento de la persona –son mujeres la inmensa mayoría de prestadoras–. Eso sí, bien conocido es que la jurisprudencia penal ha evolucionado en el sentido de restringir el alcance de este delito, de modo que si consta el «libre consentimiento» de la mujer, no habría propiamente explotación sino contratación de condiciones de prestación de servicios, ya sea «por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores...» (STS, Penal, 425/2009, de 14 de abril).

## 2. SUPUESTO DE HECHO: RELATO DEL CASO

La empresa Disvifan, S.L., gestiona varios «clubes de alterne» en Pontevedra, habiendo sido objeto de diversas Actas de Infracción por parte de la ITSS de Vigo, por «emplear» mujeres como «señoras de alterne» sin darlas de alta en la Seguridad Social, alegando que se trata de trabajadoras autónomas y, en consecuencia, toda la actividad que realizan la llevan a cabo por su cuenta y riesgo. Un buen número de esas mujeres tiene nacionalidades extranjeras, estando la mayoría sin autorización de trabajo en España. Las mujeres acuden al local, a su libre decisión, para tener relaciones sexuales con otros clientes, o no, según su propia decisión igualmente. En todo caso, realizan funciones de alterne, percibiendo una comisión sobre el precio de la copa que consuma el cliente.

Sobre esta base fáctica establecida en las Actas de Infracción, la TGSS dicta Resolución confirmatoria de las sanciones establecidas, al tiempo que se levantan las correspondientes Actas de Liquidación. La empresa impugna esta resolución y solicita que sea anulada. La SJS n.º 4 de Vigo, con fecha 22 de septiembre de 2015, Auto núm. 252/10, estima la demanda de la empresa. Frente a ella, será la TGSS la que se alce en suplicación para que sea revocada la sentencia y se declare la licitud de la sanción por la naturaleza laboral de la «relación de prestación de servicios de alterne». Sin impugnar los hechos probados, articulará el recurso sobre un único motivo jurídico de fondo.

## 3. LA DOCTRINA JUDICIAL: RAZONES PARA EL FALLO

La STSJ de Galicia núm. 2681/2016, de 6 de mayo (rec. núm. 5080/2015) resuelve el recurso con una total desestimación de la pretensión institucional, confirmando la sentencia de instancia y, en consecuencia, dando la razón a la empresa. En muy apretada, pero suficientemente ilustrativa síntesis, la doctrina aquí esgrimida para sostener el fallo desestimatorio es la siguiente:

«... en el caso de autos, la actividad de alterne es preparatoria de la de prostitución, con lo cual no se podría hacer una tal separación de manera que la ilicitud de una parte del contrato lleva a la del todo...» (FJ 2.º, *in fine*).

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO: ¿HAY CRITERIO UNIFICADO EN LA MATERIA?

No es, ni muchísimo menos, la primera vez que la sala de suplicación gallega debe dar respuesta a situaciones como las conocidas en este caso, incluso para la misma empresa, si bien respecto de «clubes de alterne» diversos, dada la pluralidad de ellos gestionados por esta sociedad comercial. Al respecto, destaca la [STSJ de Galicia núm. 4278/2015, de 9 de julio](#), relativa a la empresa Disvifan, S.L. y su club de carretera anunciado como «Club Vitiza». Esta sentencia revocará la SJS n.º 2 de Vigo, de 27 de noviembre de 2013, Auto 504/2013, que desestimó la demanda de oficio presentada por la autoridad laboral a instancia de las Actas de Infracción levantadas por la ITSS de Pontevedra. La sala de suplicación, en virtud del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, atenderá las razones institucionales en este concreto caso sobre el argumento jurídico siguiente: «6.ª La decisión judicial que se impugna califica el alterne como paso previo a la prostitución, criterio al que la Sala no es ajena cuando efectivamente así acontezca, pues no siempre la prostitución va precedida del alterne de forma inexcusable, pero lo cierto es que, en cualquier caso, aquella no llega a afirmar el ejercicio real de la prostitución por parte de las mujeres señaladas en el acta de infracción ni la promoción por la empresa de las diversas modalidades de dicho tipo delictivo (art. 187 y ss. CP)...» (FJ 2.º, *in fine*).

A más inri, la sala constatará que las mujeres, no obstante carecer en su mayoría de autorización para trabajar, y salir y entrar del local trasladadas en la misma furgoneta de la empresa, prestan «consentimiento ... en orden a ejecutar libre y voluntariamente las tareas descritas, quienes, sin perjuicio de disponer de cierta autonomía o iniciativa en la captación de la clientela, observan o cumplen un horario regular en la prestación de tal servicio» (FJ 2.º, *in fine*). Esto es, conforme a la jurisprudencia penal, no habría, en ningún caso, delito.

De este modo, pese a alcanzar fallos diferentes, más bien opuestos en uno y otro caso, ambas sentencias reclamaran análogos precedentes, sea de la propia sala de suplicación ([SSTSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2004, rec. núm. 3598/2004](#), 17 de febrero de 2006, rec. núm. 3509/2005; [23 de marzo de 2012, rec. núm. 4039/2011](#); [28 de noviembre de 2014, rec. núm. 3893/2013](#); [15 de julio de 2015, rec. núm. 293/2014...](#)), sea de la sala de casación (cuenta con una arraigada y copiosa jurisprudencia, destacando entre las más recientes la [STS, Sala 4.ª, de 29 de octubre de 2013, rec. núm. 61/2013](#)), justificándose la diferencia en la sempiterna norma de justicia del caso concreto. Consecuentemente, la doctrina sería pretendidamente la misma, pero los fallos derivados de ella diferentes a resultas de las circunstancias concretas concurrentes, con especial valoración de las circunstancias verificadas en las Actas de la ITSS, dada la consabida «presunción de certeza relativa a los hechos constatados por los funcionarios de la ITSS...» (STS, Sala 4.ª, de 22 de noviembre de 2011, rec. núm. 4705/2010).

La verdadera y profunda realidad jurídica dista de esta imagen de armonía, solo que el problema, una vez más, es la dificultad para alcanzar criterios razonablemente unívocos y ciertos, incluso para una misma sala de suplicación, por las recurrentes barreras del recurso de unificación de doc-

trina. Claros ejemplos son los AATS, [Sala 4.<sup>a</sup>, de 15 de diciembre de 2015, RCU 1413/2015](#) y [11 de mayo de 2016, RCU 2833/2015](#). No por casualidad, en ambos autos del TS se utilizará como sentencias de contraste la doctrina de la sala gallega contraria a reconocer el carácter de laboral a una relación de prestación de servicios en la que se mezcla alterne y prostitución. Así, el segundo –ATS de 11 de mayo de 2016– hará devenir firme la [STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 17 de junio de 2015, rec. núm. 767/2015](#), que, con fundamento en las actas de inspección de trabajo, declarará laboral todas las relaciones de prestación de servicios de las chicas («señoras») del «Club el Elefante de Oro», sobre la base de que, en este caso, sí es posible deslindar la actividad de alterne de la sexual que con aquella se promueve. Ninguna contradicción habrá, a su juicio, con la [STSJ de Galicia núm. 1966/2013, de 10 de abril \(rec. núm. 4031/2012\)](#), que sí rechazó la calificación de laboral de este tipo de prestaciones, en contra de las actas de la ITSS, porque resultaba imposible tal deslinde. La misma conclusión alcanzará el primer Auto –ATS de 15 de diciembre de 2015–, solo que en este caso las sentencias comparadas son de la misma sala gallega. Para el TS tampoco hay contradicción en que la [STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2015, rec. núm. 4523/2013](#), califique de laboral este tipo de relaciones de prestación de servicios, y, en cambio, la de [30 de marzo de 2012, rec. núm. 4413/2011](#), también dictada en procedimiento de oficio –avalado por la ITSS–, considere que es inescindible alterne con servicios sexuales.

El listado de sentencias con fallos tan «contradictorios», pero, aparentemente, de igual o unificada doctrina, podría seguir casi hasta el hastío, por su proliferación. Ilustrativa es la [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 23 de noviembre de 2015, rec. núm. 1632/2015](#), en la que, una vez se ha constado por la Inspección de Trabajo, y asumido por el juez de instancia, que en el club de referencia tanto se alterna como se mantienen relaciones sexuales, el juez de lo social rechaza que haya actividad laboral por ser «servicios sexuales», invalidándose el contrato, y, en cambio, la sala de suplicación, sobre los mismos hechos, da la razón a la autoridad –en este caso la Subdelegación del Gobierno de Zamora– y califica de laborales los servicios. La sala no tiene empacho alguno en reconocer que «... las mujeres prestan unos servicios como alternadoras y a mayores pueden prestar servicios sexuales y a cambio son retribuidas...». En la misma línea, para la misma empresa y también revocando el criterio de instancia social –favorable a excluir el carácter laboral de la prestación–, [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 31 de marzo de 2016, rec. núm. 140/2016](#). Proclives al deslinde, optando por el carácter laboral, se muestran la mayor parte de las doctrinas de suplicación más reciente (ej.: [SSTSJ de Madrid núm. 356/2016, de 20 de abril](#) y [núm. 277/2016, de 18 de abril](#)), con lo que parece mantenerse inamovible la vieja jurisprudencia social en materia.

En suma, pese a sus hondas raíces –más morales que jurídicas, más económicas que sociales– se perpetúa todo un dislate. Con carácter general, solo el extremo apego a arraigadas convicciones pasadas, más morales que jurídicas, por tanto, más eufemísticas que racionales, puede hacer creer que admite deslinde razonablemente cierto el «servicio de alterne» y el «servicio sexual», siendo la mayor parte de las veces el primero la vía de entrada al segundo. El debate interno –sobre si se trata o no de «obligaciones indivisibles» en el sentido jurídico del art. 1.151 CC– mantenido en la sala de suplicación catalana y formalizado en su [Sentencia núm. 4004/2009 de 15 de mayo, rec. núm. 101/2008](#) y consiguiente voto particular, así lo evidencia. Como se expresa claramente en este voto particular –la mayoría asumió el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado contra

la sentencia de instancia que había desestimado calificar de laboral una relación de servicios de alterne en los que constaba también servicios sexuales—:

«... sin perjuicio de la connotación sexista inherente al alterne, su ejercicio [en el que, claramente, se comprometen valores constitucionalmente protegidos como lo son el derecho a la integridad física y moral —*ex arts. 15 de la Constitución y 4.1 d) y e) ET*] se revela, en efecto, como una realidad indisoluble respecto de la de prostitución ejercida en el mismo establecimiento en que ... se lleva a cabo y por las mismas personas que prestan sus "servicios" en las habitaciones facilitadas por el titular del local; ... situación fáctica que dificulta ... más el ya problemático deslinde entre figuras conexas por su finalidad».

Una vez más se comprueba que la jurisprudencia no puede resolver este formidable laberinto, derivado del radical enfrentamiento entre la realidad —la prostitución existe y se desarrolla cada vez más de forma organizada «industrialmente»— y la norma —fomentar la prostitución es un delito—. Por eso nos parece loable el intento del Juzgado de lo Social n.º 10 de Barcelona, a través de su [Sentencia de 18 de febrero, Auto 835/2013](#) —todavía hoy no firme, tampoco revocada—, pero puramente voluntarista a la luz de la [Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014](#) que califica la prostitución, incluso libre, de práctica contraria a la dignidad de la persona, así como expresión de violencia de género. No cambia esta conclusión la llamada de la jurisprudencia penal a que el juez supere, por sí mismo, incluso contra la letra del legislador —en este caso nada menos que penal—, un tiempo jurídico muy marcado por «enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afecta a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el Derecho...» ([STS, 425/2009, de 14 de abril](#); en ella se lleva a la máxima expresión el proceso evolutivo previo orientado a punir tan solo las situaciones de explotación laboral o sexual manifiestamente abusivas, ya emprendido por las [SSTS, Penal, núms. 651/2006, de 5 de junio y 152/2008, de 8 de abril](#)). Al respecto, parece claro que el principio de intervención mínima propio del Derecho Penal clásico —a diferencia de la regla contraria del moderno Derecho Penal simbólico— exige esa interpretación restrictiva, pero no por ello deviene plenamente lícita la actividad de prostitución en nuestro Derecho, pues hay otras barreras que superar —Derecho Civil, Derecho Constitucional...—.

Pero si el juez no puede solo, probablemente no lo pueda solucionar tampoco, por sí sola, ni con la complicidad o la cooperación de la autoridad judicial, la autoridad laboral, movida por un ánimo claro de incremento de las cuotas sociales que puede generar tan formidable negocio, hoy en gran medida mantenido en la «economía informal» y en el «trabajo negro». Por tanto, para resolver esta «zona gris», más bien «zona roja», «caliente», de las «nuevas fronteras», al margen del insoluble problema ético-social, se precisan criterios más claros del legislador. En todo caso, aunque sea, de nuevo, más por los motivos recaudatorios (incremento de la cotización social) que de protección social de estos grupos de mujeres, bienvenido sea el debate si se logra avanzar sobre bases de modernidad, coherencia y justicia social y no sobre viejas rémoras morales y artificios jurídico-judiciales.