

SOBRE LA POSIBLE REGULARIZACIÓN LABORAL DE LA PROSTITUCIÓN: REFLEXIONES PARA UN DEBATE

ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Profesor Colaborador Fijo

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

Profesor Colaborador Fijo

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

Profesora Colaboradora Fija

JOSÉ GUSTAVO QUIRÓS HIDALGO

Profesor Ayudante

*Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Raimundo ARAGÓN BOMBÍN, don Miguel Ángel DÍAZ PEÑA, don Manuel Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, don Abdón PEDRAJAS MORENO y don Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL.

Extracto:

No hace falta profundizar en demasía para apreciar cómo la realidad social de la prostitución se muestra descorazonadora: cientos de miles de personas (en su inmensa mayoría mujeres, muchas de ellas inmigrantes y en no pocos casos forzadas por las redes de tráfico de personas) ejerciendo una actividad capaz de suponer un desdoro para la dignidad humana pero que mueve cada año miles de millones de euros en España y ante la cual el legislador muestra una ambigüedad que solo sirve para agravar el drama que la prostitución supone.

Ante tan desolador panorama, no es sorprendente que haya surgido un intenso debate social sobre la necesidad de proceder a una reforma legislativa en la materia. La actual regulación ni prohíbe la prostitución (aunque sí aquellas figuras de explotación sexual relacionadas) ni expresamente le proporciona soporte acabado, lo cual deja a quienes ejercen esta actividad en un páramo yermo de protección jurídica.

En semejante contexto, una reforma legislativa parece necesaria y la duda estriba en determinar su signo; ya para luchar decididamente por erradicar esta actividad median-

.../...

.../...

te el endurecimiento de una regulación de corte prohibicionista (al estilo de cuanto ha ocurrido en Suecia), ya para otorgar un acabado régimen jurídico que trate de otorgar a quienes la ejercen una adecuada protección social (como ha ocurrido en Holanda o Alemania). De aceptar esta segunda tesis, surge entonces la duda de cómo articular esa protección, bien admitiendo la consideración como trabajadores por cuenta ajena, bien como autónomos, debiendo el legislador perfilar aspectos tan delicados como el desarrollo de la relación contractual o de servicios, la prevención de riesgos laborales o el encaje en el sistema de Seguridad Social, líneas maestras respecto de las cuales el presente trabajo trata tan solo de ofrecer pautas válidas para la reflexión en el intento indeclinable de todo jurista de tratar de lograr una realidad mejor.

Palabras clave: prostitución, regularización, prestación laboral, trabajo autónomo y Seguridad Social.

Sumario

- I. A modo de introducción: la prostitución en España como fenómeno sociológico y jurídico.
 1. La prostitución en España: una realidad social descorazonadora.
 2. Regulación jurídica actual.
 3. Posibilidades y consecuencias de una eventual futura regulación jurídica para la prestación de servicios de las personas que ejercen la prostitución.
- II. El ejercicio de la prostitución como prestación laboral.
 1. La prostitución como objeto del contrato de trabajo: notas características.
 2. Vías de regulación de las condiciones laborales en el ejercicio de la prostitución.
- III. La posible consideración de la prostitución como trabajo por cuenta propia: peculiaridades.
- IV. Reflexiones sobre el encuadramiento de la prostitución en el sistema de Seguridad Social.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA PROSTITUCIÓN EN ESPAÑA COMO FENÓMENO SOCIOLOGICO Y JURÍDICO

El conocido como oficio más antiguo del mundo supone en la actualidad, sin ningún género de duda, una realidad terrible, compleja y proteica, en la cual aparecen entretejidos un amplio conjunto de problemas entre cuyos elementos se encuentran algunas de las cuestiones sociales más trascendentes y dificultosas para cualquier sociedad ¹.

En cuanto problema social de primera magnitud, el Derecho no puede ni debe quedarse al margen y, dejando a un lado viejos convencionalismos que no ocultan sino evidentes dosis de cinismo, ha de abordar de forma indeclinable el cometido de proceder a su regulación acabada para tratar de, si no evitarla (pues, aun cuando probablemente fuera esta la solución óptima, un ejercicio de realismo muestra su persistencia secular por más prohibiciones que pudieran decretarse), sí, al menos, ordenar su desarrollo de forma coherente y acorde con ciertos criterios de razonabilidad y justicia ².

Cosa distinta (y mucho más dificultosa) es determinar cuál haya de ser el contenido concreto de la mentada regulación, pues está claro que el mismo puede ser variado (de hecho, los diversos ejemplos de Derecho comparado muestran la sobreabundancia de modelos posibles ³), y en cada país deberá ajustarse a los específicos parámetros de justicia social que, en cada momento histórico, cupiera calificar como imperantes.

El presente trabajo trata de analizar la concreta realidad del problema en España (aun cuando es menester reconocer cómo afecta a la práctica totalidad del planeta y a unas zonas con más viru-

¹ EDLUND, L. y KORN, E.: «A theory of prostitution», *Journal of Political Economy*, Vol. 110, núm. 1, 2002, págs. 181 y ss.; WEST, J. y AUSTRIN, T.: «Markets and politics: public and private relations in the case of prostitution», *Sociological Review*, Vol. 53, 2005, págs. 136 y ss.

² GARRIDO GUZMÁN, L.: *La prostitución: estudio jurídico y criminológico*, Madrid (Edersa), 1992, pág. 62.

³ EDLUND, L. y KORN, E.: «A theory of prostitution», cit., págs. 181 y ss.; KANTOLA, J. y SQUIRES, J.: «Discourses surrounding prostitution policies in UK», *European Journal of Women's Studies*, Vol. 11, Issue 1, 2004, págs. 77 y ss. o REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, Pamplona (Aranzadi), 2004, págs. 13 y ss.

lencia que a otras ⁴), presentando los diversos modelos existentes para, a partir del camino ya iniciado en otros países y superando la incompleta e insatisfactoria regulación jurídica actual, aportar los mimbres a partir de los cuales podría (*rectius*, debería) acometerse una eventual reforma –aun cuando tal posibilidad parece quedar lejana de tomar en consideración los infructuosos resultados de la reciente iniciativa legislativa intentada–, dedicando el grueso del trabajo al análisis de las formas jurídicas viables de ordenación de la prestación (laboral o autónoma) de servicios sexuales, para tratar de poner coto y freno a una situación que, además de descorazonadora, resulta inadmisibles en un Estado que dice llamarse «Social y Democrático de Derecho» (art. 1 CE).

1. La prostitución en España: una realidad social descorazonadora.

Nunca resulta ocioso comenzar un estudio jurídico apuntando algunas trazas sobre la realidad sociológica del problema y menos aún en el presente supuesto, donde el panorama actual de la prostitución hablará por sí misma para hacer comprender al lector: primero, la verdadera magnitud del asunto; segundo, la imperiosa necesidad de una actuación urgente del legislador y una mayor y mejor de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, ambas destinadas a controlar un problema que está adquiriendo tintes verdaderamente dramáticos.

La prostitución en España se ha incrementado de forma exorbitante en los últimos tiempos: aproximadamente, entre trescientas y cuatrocientas mil personas ejercen tal actividad en nuestro país (en su inmensa mayoría mujeres, circunstancia que dota al problema de una dimensión de género evidente ⁵), lo cual le ha llevado a merecer la más que peyorativa consideración de verdadero «burdel de Europa».

La mayor parte de la prostitución se concentra en los (llámese como se quiera) burdeles, lupanares, casas de lenocinio o clubs, que aparecen formalmente bajo figuras legales como moteles, salones de belleza o masaje, pensiones, barras americanas o whiskerías, pero que esconden cuanto en realidad son verdaderos prostíbulos y cuyos titulares, en no pocas ocasiones, pretenden dotar de apariencia de licitud a las «relaciones comerciales» concertadas con las chicas que en tales lugares prestan servicios bajo las formas contractuales de masajista, bailarina o camarera.

⁴ Como ocurre, por ejemplo, en extensas zonas del continente asiático, donde la generalización del turismo sexual ha llevado a una venta masiva de seres humanos (en muchos casos, son los propios padres quienes venden a sus hijas menores) y a la esclavitud sexual de millones de personas, como muestra el Informe de la OIT (LEAN LIM, L., Ed.): «The sex sector: the economic and social bases of prostitution in Southeast Asia», Ginebra (OIT), 1998.

⁵ LEIDHOLDT, C.: «Prostitution: a violation of women's human rights», *Women's Law Journal*, Vol. 1, 1993, pág. 138; GUY, D.J.: «Sex work and women's labor around the world», *Journal of Women's History*, Vol. 15, Issue 4, 2004, págs. 141 y ss.; JULIANO, D.: «El peso de la discriminación: debates teóricos fundamentales», en AA.VV. (OSBORNE VERDUGO, R. M., Coord.): *Trabajador@s del sexo: Derecho, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Madrid (Bellaterra), 2004, págs. 43 y ss.; VALIENTE FERNÁNDEZ, C.: «La política de la prostitución: el papel del movimiento de mujeres y los organismos de igualdad en España», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 105, 2004, págs. 103 y ss.; REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 13. Igualmente, duro e interesante, el Informe de la Secretaría para la igualdad de UGT: *La prostitución como cuestión de género*, Madrid (Departamento Confederal de la Mujer de UGT), 2005, pág. 1.

Junto a esta modalidad, subsisten otras minoritarias de diverso carácter: de un lado, la prostitución callejera (practicada en la actualidad de forma masiva por mujeres en situación de extrema necesidad ⁶, principalmente inmigrantes ilegales); de otro, el ejercicio autónomo en pisos, normalmente por personas que han conseguido mantener el ejercicio de la prostitución al margen de las grandes mafias; en fin, la prostitución a domicilio, que suele ser una prostitución de lujo ⁷.

En un contexto semejante, la peor cara del problema no vendría dada por el hecho de que un extenso sector de la población (fundamentalmente femenino, se insiste) hubiera elegido como medio de vida y de forma voluntaria (aunque, sin duda, forzado por la necesidad o la miseria ⁸) ofertar servicios sexuales a cambio de un precio; aun cuando su permisividad podría encontrar serias dudas desde la consideración del respeto a la dignidad humana por la deshumanización y cosificación que la prostitución comporta ⁹, no menos cierto es que un hipotético ejercicio en libertad de tal actividad siempre contaría con la justificación derivada del respeto a la autodeterminación personal y podría contar con mayores argumentos para su regularización profesional ¹⁰.

La peor faceta de la prostitución en España (donde la terrible perspectiva de la prostitución infantil es aún un problema cuantitativamente menor ¹¹) viene dada porque más del 90 por 100 de las personas que la ejercen son inmigrantes (procedentes principalmente de Suramérica y Europa del Este ¹²), en su inmensa mayoría sin los pertinentes permisos de trabajo y residencia y, en un muy significativo porcentaje de supuestos, en un régimen forzoso de actividad, en tanto han llegado a España a través de verdaderas redes mafiosas de tráfico de personas (hasta 110 tienen detectadas las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), en muchos casos bajo el engaño de una falsa oferta de trabajo, viéndose obligadas a ejercer dicha actividad de forma coactiva, supuestamente para cancelar la deuda originada en el proceso de entrada ilegal en nuestro país, encontrándose con su pasaporte

⁶ SAGAR, T.: «Street prostitution: What works?», *New Law Journal*, Vol. 151, 2001, págs. 1.374 y ss.

⁷ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 13.

⁸ McLEOD, E.: *Women working on prostitution*, London (Groom Helen), 1982, págs. 58 y ss.

⁹ WYNTER, S.: «Whisper: women hurt in systems of prostitution engaged in revolt», en AA.VV.: *Sex Work: writings by women in sex industry*, Whashington (Delacoste), 1987, págs. 266 y ss.; OVERAL, C.: «What's wrong with prostitution? Evaluatin sex work», *Women, Culture & Society*, Vol. 17, núm. 4, 1992, págs. 717 y ss.; DWORKIN, A.: «Prostitution and male supremacy», *Michigan Journal of Gender and Law*, Vol. 1, 1993, págs. 2 y ss. o MACKINNON, C.: «Prostitution and civil righth», *Michigan Journal of Gender and Law*, Vol. 1, 1993, págs. 13 y ss.

¹⁰ JEFFREYS, S.: *The idea of prostitution*, Melbourne (Spinifex Press), 1997, págs. 14 y ss.; LASKOWSKI, S.R.: «The new German Prostitution Act. An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profesion in accordance with european community law», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18, Issue 4, 2002, págs. 479 y ss. o WOLFFERS, I. y VAN BEELEN, N.: «Public health and the human rights of sex workers», *Lancet*, Vol. 361, Issue 9373, 2003, págs. 1 y ss.

¹¹ En España la prostitución infantil es aún minoritaria, aunque extremadamente oculta. Sin embargo, en otros países del mundo, principalmente en el sureste asiático, llega a alcanzar un 35 por 100 del total, observándose un incremento del llamado «turismo sexual» que, precisamente, acude demandando sexo con menores, cuyas prácticas se encuentran mucho más controladas y castigadas en los países occidentales de donde proceden. ROBY, J.: «Women and children in the global sex trade: toward more effective policy», *Internacional Social Work*, Vol. 48, Issue 2, 2005, págs. 136 y ss.

¹² La precaria situación de los países del Este de Europa tras la caída de los regímenes comunistas, con un colapso casi total de los sistemas de Seguridad Social, unida a la relajación de fronteras, ha provocado un espectacular incremento del tráfico, la mayoría de las veces desarrollado por bandas de delincuencia organizada que han proliferado sobremanera en unos países donde resulta imposible mantener el más elemental orden público, RAVENSCROFT, L.: «Preface», en AA.VV. (BARRET, D. y NUNENGER, N., Eds.): *Youth prostitution in the new Europe*, Dorset (Russell House Publishing), 2000, pág. 6.

«requisado» por la organización, la cual no duda en amenazar con tomar represalias contra ellas o sus familiares (sobre todo cuando estos aún residen en los lejanos países de origen) en caso de que decidieran fugarse de su cautiverio o denunciar la trama a las fuerzas policiales¹³.

Subsisten, de esta manera, verdaderas formas de trabajo forzoso, en régimen de cuasi-esclavitud¹⁴, que han de avergonzar a una sociedad que se vanagloria de ser democrática y avanzada, pero que tolera en su seno (y, más aún, mantiene y sufraga, pues no cabe olvidar que si el negocio se mantiene boyante es porque uno de cada seis varones entre 18 y 65 años son clientes habituales de estos servicios y uno de cada cuatro los ha «disfrutado» alguna vez¹⁵) la presencia de fenómenos tan repugnantes como el hasta ahora descrito.

Adicionalmente a este primer y fundamental problema, cabe aludir a otros conexos y no de escasa importancia. De un lado, las cuestiones relativas a la salud pública, pues una actividad que en no pocas ocasiones es ejercida de forma soterrada y clandestina puede ser foco, de no adoptarse unas mínimas condiciones de higiene, de un abundante número de enfermedades de transmisión sexual¹⁶.

De otro, cuestiones de orden público, pues además de suscitar problemas colaterales relacionados con el masivo tráfico y consumo de drogas (en torno a un 75% de las personas que ejercen la prostitución son consumidoras de algún tipo de estupefaciente¹⁷ y las bandas organizadas que trafican con personas también suelen extender su actuación al comercio con este tipo de sustancias ilegales), puede también originar notorios conflictos de convivencia, tanto entre los propios sujetos involucrados en la actividad (con un elevado porcentaje de peleas, escándalos, lesiones e, incluso,

¹³ Situación fáctica extractada a partir de documentos tales como el Informe del Instituto Catalán de la Mujer titulado «Análisis de la prostitución femenina en Cataluña», 2001; Informe especial del Defensor del Pueblo Andaluz al Parlamento de Andalucía titulado «La prostitución: realidad y políticas de intervención pública en Andalucía», 2002; Informe del Instituto de la mujer de Castilla y León, elaborado por JIMÉNEZ, A. y VALLEJO, D.: «Estudio sobre la prostitución femenina en la Comunidad de Castilla y León», 1997. Véanse también los trabajos de HAVA GARCÍA, E.: «Prostitución y delitos contra los derechos de los trabajadores», *Revista de Derecho Social*, núm. 11, 2000, págs. 179 y ss.; MAQUEDA ABREU, M.: «El tráfico de personas con fines de explotación sexual», *Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, págs. 25 y ss.; SOLANA RUIZ, J.L.: *Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres*, Granada (Área de la mujer, Ayuntamiento de Córdoba), 2003, págs. 7 y ss.; LEÓN VILLALBA, F.J.: *Tráfico de personas e inmigración ilegal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, págs. 14 y ss.; MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L.: «El inmigrante irregular: especial referencia a la mujer inmigrante objeto de explotación sexual», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 68, 2000, págs. 268 y ss.; ROJO TORRECILLA, E.: «Trabajo y emigración ¿viejas respuestas frente a nuevas realidades?», en AA.VV. (LÓPEZ LÓPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo. Homenaje a Máximo D'antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, págs. 259 y ss.; SOLANA RUIZ, J.L.: *Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres*, Granada (Comares), 2003, págs. 47 y ss. o TERRADILLOS BASOCO, J.: «Migraciones ilegales», *Revista de Derecho Social*, núm. 4, 1998, págs. 194 y ss.

¹⁴ DREW, S.: «Human trafficking: a modern form of slavery?», *European Human Rights Law Review*, núm.4, 2002, págs. 481 y ss. Como verdadera esclavitud es considerada la prostitución en el Informe titulado «Formas contemporáneas de esclavitud», elaborado por la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas del año 2003.

¹⁵ Datos obtenidos de la Encuesta de Salud y Hábitos Sexuales de los españoles del Instituto Nacional de Estadística para el año 2004.

¹⁶ WOLFFERS, I. y VAN BEELEN, N.: «Public health and the human rights of sex workers», cit., págs. 1 y ss. o BOYTON, P. y CUSICK, L.: «Sex workers to pay the price», *British Medical Journal*, Vol. 332, Issue 7535, 2005, págs. 190 y ss.

¹⁷ RODRÍGUEZ, E.M. y GUTIÉRREZ, L.: «Consumo de drogas en mujeres dedicadas a la prostitución», *Salud Mental*, Vol. 26, núm. 5, 2003, págs. 75 y ss.

homicidios y asesinatos) como con los residentes en las zonas limítrofes a los lugares donde se ejerce la prostitución (sobre todo si esta actividad es ejercida en la calle –en la conocida figura del *racollage*– o existe una concentración de locales que provoca una acumulación de clientes y prostitutas, molesta *per se* para los vecinos y especialmente delicada cuando existen lugares próximos donde puedan encontrarse habitualmente menores, tales como parques, zonas recreativas o colegios) ¹⁸.

En fin, y aun cuando el aspecto crematístico sea un problema de menor jerarquía que el humano ¹⁹, no es posible olvidar las cuestiones de naturaleza económica ²⁰, pues esta actividad mueve en España la astronómica cantidad de unos 12.000 millones de euros anuales, los cuales, en cuanto actividad alegal, quedan inmersos de lleno en la conocida como economía sumergida y, en consecuencia, fuera de todo control y tributación, suponiendo un notable menoscabo para las arcas del erario público. Sin embargo, este incentivo económico para la regularización de la prostitución debe ser mirado con extrema cautela, pues una actividad no debe merecer amparo jurídico pensando en los posibles ingresos que el Estado pudiera obtener, sino en el bien común de la sociedad y de las personas afectadas ²¹.

2. Regulación jurídica actual.

2.1. Los modelos posibles de regulación jurídica: apuntes de Derecho comparado.

El ejercicio de la prostitución ha existido desde siempre, lo cual ha llevado al ordenamiento jurídico vigente en todo tiempo y lugar a regular, de una u otra forma, con mayor o menor extensión, y de acuerdo con los criterios éticos y de justicia propios de cada sociedad, algunos o muchos de los aspectos relacionados con esta particular actividad ²².

Tal devenir histórico permite descubrir una pluralidad de opciones legislativas, pudiendo distinguir en la actualidad hasta tres modelos diferentes (clasificación ampliable hasta cuatro categorías en los últimos tiempos) de regulación jurídica de la prostitución ²³.

¹⁸ Sobre la cuestión, CARMODY, M.: «Sexual Ethics and Violence Prevention», *Social & Legal Studies*, Vol. 12, Iusse 2, 2003, págs. 199 y ss.

¹⁹ CHAPMAN, K.: «The business of sex», *Nursing Standard*, Vol. 19, Issue 42, 2005, págs. 28 y ss.

²⁰ LEAN LIM, L.: «El sector del sexo: la contribución económica de una industria», en AA.VV. (OSBORNE VERDUGO, R.M., Coord.): *Trabajador@s del sexo: Derecho, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Madrid (Bellaterra), 2004, págs. 57 y ss.

²¹ EDLUND, L. y KORN, E.: «A theory of prostitution», pág. 182.

²² Sobre la historia de la prostitución, entre otros muchos trabajos, BULLOUGH, E.J.: *The History of prostitution*, New Cork (University books), 1964, págs. 17 y ss. o, centrándose en el caso español, JIMÉNEZ ASEÑO, E.: *Abolicionismo y prostitución*, Madrid (Instituto Reus), 1962, págs. 65 y ss. o NÚÑEZ ROLDÁN, M.: *Mujeres públicas: Historia de la prostitución en España*, Madrid (Temas de hoy), 1995, págs. 83 y ss.

²³ EDLUND, L. y KORN, E.: «A theory of prostitution», cit., págs. 181 y ss.; KANTOLA, J. y SQUIRES, J.: «Discourses surrounding prostitution policies in UK», *European Journal of Women's Studies*, Vol. 11, Issue 1, 2004, págs. 77 y ss. o REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., págs. 13 y ss.

1. Modelo prohibicionista: se caracteriza por una interdicción generalizada de todas las conductas relacionadas con la prostitución, sin que tenga cabida ninguna regulación adicional (ni mucho menos de reconocimiento de alguna clase de relación contractual de prestación de servicios), centrándose su confianza en la actuación de las fuerzas del orden como camino para erradicar cualquier negocio consistente en el acceso carnal a cambio de un precio.

En los modelos prohibicionistas estrictos, típicos en la mayoría de los Estados Unidos, incluso el ejercicio de la propia actividad de prostituirse está castigada por la ley, lo cual criminaliza de forma extrema la actividad y a quienes la ejercen²⁴. En otros modelos más racionales, como, por ejemplo, el diseñado en Suecia, la actividad penada es la realizada por el resto de personas involucradas, incluido el cliente que demanda los servicios sexuales, pero no la de la persona que los presta, a quien se trata de favorecer, mediante programas de formación y reinserción profesionales, su tránsito hacia otra actividad²⁵.

De marcado corte prohibicionista son también diversos textos internacionales relativos a la prostitución. En particular, el Convenio de Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 2 de diciembre de 1949 (ratificado por España), conmina a los Estados firmantes a «adoptar todas las medidas apropiadas para suprimir todas las formas de explotación de la prostitución»²⁶.

2. Modelo abolicionista: este sistema se caracteriza por excluir cualquier tipo de regulación concreta sobre el fenómeno de la prostitución, que por tanto, y de forma un tanto cínica y ambigua²⁷, no está ni prohibida ni expresamente reconocida, y queda en una suerte de indefinición que permite *de facto* su ejercicio, pero lo condena a la marginalidad y la clandestinidad, convirtiéndose en caldo de cultivo adecuado para la intervención de personas y, peor aún, bandas organizadas que tratan de aprovecharse del vacío legal existente.

Esta es la razón por la cual, en último término, incluso los ordenamientos que siguen este modelo (como todavía hacen actualmente la mayor parte de los países europeos, entre otros Bélgica, Italia, Francia o Reino Unido) tienen que desarrollar una legislación mínima ordenada a castigar algunas conductas cometidas por terceras personas que inducen, obligan, mantienen, permiten o se benefician de la prostitución ajena (en las conocidas figuras de proxenetismo o rufianismo).

²⁴ WEITZER, R.: «Prostitution control in America: rethinking public policy», *Crime, Law & Social Change*, Vol. 32, 1999, págs. 83 y ss.; WEITZER, R.: «Moral Crusade against prostitution», *Society*, Vol. 43, Issue 3, 2006, págs. 33 y ss.

²⁵ KULICK, D.: «La penalización de los clientes y la política de la ahhjjj en Suecia», en AA.VV. (OSBORNE VERDUGO, R.M., Coord.): *Trabajador@s del sexo: Derecho, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Madrid (Bellaterra), 2004, págs. 223 y ss.

²⁶ Junto a dicho convenio cabe mencionar otros textos internacionales de corte similar, como el Protocolo de las Naciones Unidas 55/25, del año 2000, para «prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños» o el Informe de la Comisión Europea sobre «Trata de mujeres. El sufrimiento detrás de los sueños: de la pobreza a la esclavitud sexual», del año 2001, donde se enfoca el problema de la prostitución como una cuestión de igualdad de trato y oportunidades, y se crean las bases para un programa integral de apoyo hacia las víctimas (DAPHNE). WIJERS, M.: «Política de la Unión Europea sobre el tráfico de mujeres», en AA.VV.: *Políticas de género en la Unión Europea*, Madrid (Nerea), 2001, págs. 246 y ss.

²⁷ PHOENIX, J.: *Making sense of prostitution*, Basingstoke (McMillan Press Ltd.), 1999, págs. 19 y ss. o KANTOLA, J. y SQUIRES, J.: «Discourses surrounding prostitution policies in UK», cit., págs. 77 y ss.

3. Modelo reglamentarista: para esta opción, la prostitución (que existe desde siempre y ha sido imposible de erradicar pese a los intentos llevados a cabo) sería una especie de mal necesario en la estructuración de las sociedades humanas y, en cuanto tal, resulta más conveniente que sea estrictamente regulada y controlada por el poder público ²⁸.

De esta forma, el modelo reglamentarista, iniciado históricamente en Francia, y que cuenta con un ejemplo significativo en la regulación establecida en el Estado de Nevada (único de los Estados Unidos donde la prostitución es legal) ²⁹, y que resulta muy común en los países iberoamericanos (baste citar los ejemplos de Ecuador y Uruguay) ³⁰, se caracteriza por proporcionar normas que tratan de propiciar que el ejercicio de la prostitución se va a poder desarrollar de una forma higiénica, segura y causando las mínimas molestias al resto de los ciudadanos.

En consecuencia, resultan frecuentes en este modelo exigencias tales como el establecimiento de requisitos sobre la ubicación de los lugares donde se puede ejercer la prostitución (prohibiendo su ejercicio en la calle o en las cercanías de «lugares sensibles», como colegios, iglesias y otros lugares sacros o zonas recreativas como parques y jardines y estableciendo unos requisitos mínimos de distancia entre locales para evitar concentraciones excesivas), la fijación de unas condiciones higiénicas mínimas (por ejemplo, la obligación de las personas que ejercen la prostitución de someterse a reconocimientos médicos periódicos y frecuentes, la instalación de duchas, aseos y vestuarios en los locales donde vaya a ejercerse o la colocación de máquinas de profilácticos de obligada utilización) o el establecimiento de ciertas medidas de seguridad (vigilantes privados que garanticen el orden e impidan el acceso de menores a los locales).

4. En el seno del sistema regulacionista, pero avanzando en el correr del tiempo, ha surgido un submodelo más avanzado desde un punto de vista social, que ha venido a denominarse como de normalización de la prostitución, el cual tiene como objetivo dotar de reconocimiento jurídico a la propia actividad del ejercicio de la prostitución, otorgando validez a la relación contractual (ya laboral, ya autónoma) mediante la cual una persona se compromete a prestar servicios sexuales a cambio de un precio.

Este sistema cuenta como máximos exponentes con las ya relativamente antiguas regulaciones de diversos territorios de Australia y Nueva Zelanda ³¹, así como las mucho más recientes establecidas en

²⁸ WAHAB, S.: «For their own good? Sex work, social control and sexual workers: a historical perspective», *Journal of Sociology & Social Welfare*, Vol. 29, Issue 4, 2002, págs. 39 y ss.

²⁹ Donde la *Nevada Revised Statue* permite la prostitución siempre y cuando se realice en un local con la debida licencia y con un buen número de requisitos encaminados principalmente a garantizar la seguridad de la actividad, BINGHAM, N.: «Nevada Sex Trade: a gamble for the workers», *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 10, 1998, págs. 87 y ss.; BRENTS, B.G. y HAUSBECK, K.: «Violence and legalizad brothel prostitution in Nevada», *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 20, Issue 3, 2005, págs. 270 y ss.

³⁰ En Ecuador, el Decreto de 17 de julio de 1973 regula las condiciones higiénicas y sanitarias de los lugares donde se ejerza la prostitución; en Uruguay el Decreto de 30 de mayo de 1928 se ocupa de crear un registro obligatorio sobre personas que ejercen y lugares donde se ejerce la prostitución.

³¹ Las regulaciones australiana y neozelandesa son las más veteranas dentro de esta línea normalizadora, y provienen de mediados de la década de los ochenta, contando en el país con un notable apoyo hacia la regularización de quienes ejercen la prostitución. JEFFREYS, S.: *The idea of prostitution*, Melbourne (Spinifex Press), 1997, págs. 43 y ss. Si bien en el caso de Nueva Zelanda la *Prostitution Reform Act*, de 25 de junio de 2001, ha establecido una regulación de mercado corte

Holanda³² y Alemania³³, donde la normalización ha llevado a un pleno reconocimiento del estatus profesional de la prostitución, incluida la pertinente afiliación a la Seguridad Social de las personas que ejercen esta actividad, con el consiguiente reconocimiento de un elenco de derechos de protección social.

De forma más ambigua, hay quien ha querido ver una interpretación normalizadora en aquel pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) conforme al cual el ejercicio de la prostitución es considerado como una verdadera «actividad económica» y, en cuanto tal, resulta preciso garantizar la libertad de establecimiento para su ejercicio en igualdad de condiciones a todos los nacionales de los países miembros del Espacio Económico Europeo³⁴.

2.2. La actual regulación española del fenómeno de la prostitución: una normativa a todas luces insuficiente.

Como idea general, podría afirmarse que la regulación española de la prostitución podría encajarse dentro del denominado modelo abolicionista³⁵, aunque no falten ciertos ejemplos recientes de marcado corte regulacionista y, en último término, exista un debate social creciente –prorrogado por el momento, cabe recordar³⁶– acerca de si se ha de proceder o no a una normalización de la prostitución, asignando algún estatus profesional (laboral o autónomo) a las personas que ejercen dicha actividad.

intervencionista en donde el principal objetivo pasa por garantizar el sexo seguro a través de la adopción de medidas que eviten la propagación de enfermedades de transmisión sexual, así como evitar que los menores puedan practicar o ser clientes de la prostitución. PLUMRIDGE, L. y ABEL, G.: «A segmented sex industry in New Zealand: sexual and personal safety of female sex workers», *Australian and New Zeland Journal of Public Health*, núm. 25, 2001, págs. 78 y ss.

³² La Ley Holandesa de 28 de octubre de 1999 otorga competencias a los Entes municipales para otorgar las licencias a los locales donde pueda ejercerse la prostitución, debiendo los titulares de dichos establecimientos concertar el contrato por escrito con las personas que vayan a ejercer la prostitución, y debiendo garantizar la utilización de profilácticos, así como reconocimientos médicos periódicos, sin que las personas que ejercen la prostitución puedan ser obligadas a practicar sexo con quien no deseen. MONFOT, N. y HEIM, D.: «Vigilar y castigar: las nuevas propuestas de políticas públicas para la prostitución en Europa. Análisis de los modelos de Suecia y los Países Bajos», *Nueva Doctrina Penal*, núm. 2, 2005, págs. 771 y ss.

³³ La Ley Alemana de 1 de enero de 2002 ha abierto la posibilidad de que la persona que ejerce la prostitución pueda quedar asegurada tanto como trabajadora autónoma, como por cuenta ajena, existiendo en este caso unas condiciones mínimas de horario, retribución y vacaciones, así como, en ambos casos, una completa cobertura de protección social. LASKOWSKI, S.R.: «The new German Prostitution Act. An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profession in accordance with european community law», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18, Issue 4, 2002, págs. 479 y ss.

³⁴ STJCE 20 noviembre 2001, asunto *Jany y otros*. Sobre la misma, FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F.: «No discriminación vs. Buenas costumbres: a propósito del ejercicio de la prostitución como actividad beneficiada del derecho de establecimiento», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 2, 2002, págs. 359 y ss. Conviene hacer notar, en este sentido, que ni la legislación holandesa, ni la alemana conceden permisos de trabajo a extranjeros para el ejercicio de la prostitución, TORRENTS MARGALEF, J.: «La normalización laboral de la prostitución: modelo de integración social de nacionales e inmigrantes», en AA.VV.: *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Derechos y libertades de los extranjeros en España*, cit., pág. 460.

³⁵ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 13.

³⁶ Habida cuenta el Congreso de los Diputados se ha opuesto a su regularización a partir del Informe de la «Ponencia para el estudio de la situación actual de la prostitución en España y la concreción de orientaciones y propuestas transversales que se deban desarrollar en todos los ámbitos, constituida en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades».

Bajo la actual regulación vigente, el ejercicio de la prostitución en España no constituye una conducta delictiva tipificada por la ley, pero tampoco encuentra amparo jurídico en ningún tipo de forma contractual que otorgue estatus jurídico ni protección social. El análisis del ordenamiento vigente desde una perspectiva escalonada permite diferenciar entre tres niveles normativos:

1. En un primer nivel, en el ámbito penal, y como manifestación típica del sistema abolicionista, el ejercicio de la prostitución resulta impune, si bien aparecen penadas una serie de conductas relacionadas cometidas por terceras personas³⁷: en primer lugar, y en el intento por proteger a personas especialmente sensibles, resulta delictivo todo comportamiento que suponga la inducción, promoción, favorecimiento o facilitación de la prostitución de personas que sean menores de edad o declaradas incapaces (art. 187.1 CP).

En segundo término, respecto de las personas mayores de edad y en pleno uso de sus facultades, aparecen tipificadas varias conductas de lo que en sentido amplio podría ser definido como «tráfico de personas»³⁸, en las que el autor determina a otra a ejercer la prostitución, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad propia o inferioridad de la víctima para conseguir que inicie o continúe con tal actividad (art. 188.1 CP), incluyéndose expresamente el favorecimiento de la entrada o permanencia de personas en España con el fin de favorecer su explotación sexual (antiguo art. 188.2, ahora trasladado al art. 319 bis CP).

Por último, tras la reforma penal operada por la Ley 11/2003, ha vuelto a contemplarse como conducta punible aquella consistente en «lucrase explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma» (art. 188.1 *in fine* CP), recuperando el proxenetismo o rufianismo como delito, cuya despenalización en el Código Penal de 1995 había sido muy criticada por constituir una de las causas principales del notable incremento de la prostitución acaecido en España durante la última década³⁹.

Además, y como medida punitiva complementaria, cuando en la comisión de cualesquiera de las anteriores conductas delictivas contra la libertad sexual se utilizaran establecimientos o locales

³⁷ Perspectiva general aportada, entre otros, por ORTS BERENGUER, E. y SUÁREZ MIRA, C.: *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, págs. 211 y ss.; ALONSO PÉREZ, F.: *Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectiva jurídica y criminológica)*, Madrid (Dykinson), 2001, págs. 133 y ss.

³⁸ Sobre sus varias posibilidades, MAQUEDA ABREU, M.^ª L.: *El tráfico sexual de personas*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, págs. 42 y ss. o HAVA GARCÍA, E.: «La lucha contra la trata de personas para su explotación sexual», en AA.VV.: *Mujer y Trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2003, págs. 205 y ss.

³⁹ TAMARIT SUMALLA, J.: «Problemática derivada de la liberalización de la prostitución voluntaria de adultos en el Código Penal de 1995», en AA.VV.: *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona (Aranzadi), 2001, págs. 1.821 y ss.

Aun cuando el tenor del tipo legal se ajusta de manera precisa al contenido del Convenio de Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena de 1949, lo cierto es que su carácter abierto hace dudar acerca de cuáles son, exactamente, las conductas castigadas. En principio, parece descartable que resulte punible el comportamiento de quien ha obtenido un lucro solo indirectamente relacionado con la actividad (por ejemplo, el titular de un establecimiento hotelero que alquila una habitación a la persona que va a ejercer la prostitución); mejor parecen encajar aquellas actividades que persigan un lucro directo, participando en el ejercicio de la actividad y en el beneficio obtenido; esto es, las figuras típicas del rufianismo o proxenetismo. REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 103.

abiertos al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva (art. 194 CP), castigándose así de manera parcial lo que la antigua jurisprudencia llamaba «tercería locativa».

2. En un segundo escalón, desde el punto de vista administrativo, resulta posible encontrar normativas de muy diverso signo, de ámbito local o autonómico, en las cuales se han contemplado, de forma parcial y en el ejercicio de las competencias correspondientes a los entes descentralizados, algunos aspectos relacionados con el ejercicio de la prostitución. No existe aún, empero, normativa alguna de ámbito estatal (aun cuando una comisión parlamentaria especial haya quedado encargada del estudio del fenómeno), que resultaría imprescindible para la regulación coherente y sistemática de la actividad de la prostitución en su conjunto, en particular de aquellos aspectos que tuvieran que ver con cuestiones tan importantes como la seguridad pública, legislación laboral y de seguridad social o ejercicio de la potestad tributaria (de conformidad con el reparto de competencias establecido en el art. 149.1 CE).

Dentro de este conjunto de normas de carácter administrativo, y en un esfuerzo de síntesis imprescindible en un trabajo como el presente, cabría distinguir dos líneas bien definidas: de un lado, un primer bloque de normas de corte eminentemente regulacionista que, en un intento por poner freno a una actividad que se había escapado a todo control, trata de ordenar algunos aspectos relativos al lugar y modo en que la prostitución puede ser ejercida, estableciendo determinados límites urbanísticos (por ejemplo, una distancia mínima entre locales dedicados a tal actividad –con prioridad para quien primero hubiera presentado la solicitud de licencia– o un tamaño mínimo de las instalaciones) y fijando una serie de requisitos tanto de seguridad (presencia durante el horario completo de apertura de, al menos, un vigilante jurado por cada cincuenta personas de aforo) como higiénico-sanitarios (baño en todas las habitaciones, limpieza y desinfección periódicos, sistemas de ventilación apropiados, acceso a profilácticos, medidas de control médico-sanitario de las personas que ejerzan la prostitución para prevenir la transmisión de enfermedades, etc.)⁴⁰.

De otro lado, aquellas normas de naturaleza prohibicionista, también de ámbito municipal, que sancionan administrativamente a quienes realizan determinadas formas de prostitución: principalmente, llevar a cabo actividades encaminadas a la captación de clientes en la calle o en lugares públicos como plazas o parques y jardines (en la conocida como técnica de *racolage*), así como también a quienes se comportan como potenciales clientes demandando dicha actividad, desarrollando políticas, por lo demás, ya puestas en funcionamiento en varias de las grandes ciudades del mundo, tratando, en definitiva, de limpiar los núcleos urbanos de «bolsas de prostitución»⁴¹.

⁴⁰ En este sentido, resulta apropiado destacar la ordenanza municipal del Ayuntamiento de Bilbao, sobre establecimientos dedicados a la prostitución, de 12 de mayo de 1999 (BOP 4 junio 1999), y el Decreto de la Generalitat de Cataluña 217/2002, de 1 de agosto, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución (DOGC 8 agosto 2002). Estas normas respondían a la situación particular de determinados barrios, donde la concentración de locales de prostitución habían provocado las quejas generalizadas de los vecinos, ARZÚA ARRUGAETA, A.: «La ordenanza del municipio de Bilbao sobre establecimientos dedicados a la prostitución: crónica de su gestión», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 56, 2000, págs. 335 y ss. o PORCEL OMAR, P.: «Locales de prostitución: a propósito del Decreto catalán sobre locales donde se ejerce la prostitución», *Revista de Treball Social*, núm. 171, 2003, págs. 80 y ss.

⁴¹ Por ejemplo, Londres o Los Ángeles. HUBBARD, P.: «Cleansing the metropolis: sex work and the politics of zero tolerance», *Urban Studies*, Vol. 41, Issue 9, 2004, págs. 1.687 y ss.

Junto a las tendencias descritas, cabe dar cuenta de una norma de gran importancia, esta de ámbito nacional, cual es la contenida en el artículo 91 del Reglamento de Extranjería, el cual, haciendo uso de la facultad concedida en el artículo 59 de la Ley Orgánica de Extranjería, exime de responsabilidad administrativa y garantiza la no expulsión de España de aquella persona que, siendo víctima de la explotación sexual, denuncie a los autores ante las autoridades competentes, con lo cual se busca crear el clima propicio para encontrar la colaboración de las personas forzadas a ejercer la prostitución, quienes, hasta la fecha, han cooperado de forma escasa con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, tanto por el miedo a ser expulsadas (en tanto muchas de estas personas se encuentran en situación irregular en España)⁴² como por el propio miedo a la banda u organización que las está explotando⁴³.

3. Desde el prisma contractual, que será aquel al cual mayor atención haya de dedicar el presente trabajo, la prestación de servicios consistente en el ejercicio de la prostitución no ha sido hasta la fecha reconocida por norma alguna como actividad profesional, ni de naturaleza laboral, ni con carácter autónomo, aun cuando el debate social se centre en este momento, precisamente, en valorar la conveniencia de otorgar un reconocimiento jurídico a dicha actividad⁴⁴.

Cuando ocasionalmente se ha reclamado la laboralidad de una determinada prestación de esta índole, los tribunales se han mostrado contundentes para negar la licitud de semejante contrato, declarando su nulidad de pleno derecho ya, como hacen los pronunciamientos más antiguos, por la supuesta inmoralidad de su objeto y causa (art. 1.275 CC)⁴⁵, ya, conforme a pronunciamientos más recientes, por atentar contra la dignidad de la persona humana (art. 9 CE)⁴⁶.

Es cierto, sin embargo, que respecto al ejercicio de la actividad de alterne (esto es, aquella consistente en departir con los clientes, incitándoles a consumir bebidas en el local y percibiendo una comisión relacionada con el importe de dicho consumo) la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene sentado que dicha prestación de servicios presentará verdadera naturaleza laboral cuando reúna aquellas notas generalmente exigidas; a saber, que el trabajo sea desarrollado de modo personal, libre,

⁴² Al respecto, DEL VAL ARNAL, J.J.: «Carecer de medios lícitos de vida o desarrollar actividades ilegales. La historia reciente de una causa de expulsión de los inmigrantes que ejercen la prostitución en España», en AA.VV.: *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander (Gobierno de Cantabria/AEDTSS), 2003, págs. 1.073 y ss.

⁴³ MAGRO SERVET, V.: «Las redes organizadas de prostitución y la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España», *Aranzadi Penal*, núm. 19, 2000, págs. 2 y ss. o HAVA GARCÍA, E.: «La lucha contra la trata de personas para su explotación sexual», cit., págs. 215 y ss.

⁴⁴ GONZÁLEZ POSADA-MARTÍNEZ, E.: «¿Es la prostitución una actividad laboral?», www.der.uva.es/trabajo, 2002; TORRENTS MARGALEF, J.: «La normalización laboral de la prostitución: modelo de integración social de nacionales e inmigrantes», en AA.VV.: *XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Derechos y libertades de los extranjeros en España*, Santander (Gobierno de Cantabria/AEDTSS), 2003, pág. 460; GAY, S.; OTAZO, E. y SANZ, M.: «¿Prostitución=profesión? Una relación a debate», *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 12, 2003, págs. 15 y ss.

⁴⁵ SSTS 30 diciembre 1978 (RJ 4484), 3 febrero 1981 (RJ 347) o 15 febrero y 1 abril 1982 (RJ 689 y 1930). Además, en tales casos y debido a la intrínseca e irreparable torpeza de la causa, ni siquiera es posible reclamar «el salario consiguiente a un contrato válido por el trabajo ya prestado», ex artículo 9 ET, STSJ Cataluña 17 septiembre 2003 (AS 3211).

⁴⁶ SSJS, núm. 2, Vigo, 7 mayo 2004 (AS 1276) y núm.1, Granollers, 22 noviembre 2002 (AS 1276).

retribuido, dependiente y por cuenta ajena⁴⁷. Con todo, no faltan pronunciamientos valientes que, con toda coherencia⁴⁸, consideran que resulta imposible separar la actividad del alterne del ejercicio principal de la prostitución y, en consecuencia, consideran nula la relación en su conjunto⁴⁹.

3. Posibilidades y consecuencias de una eventual futura regulación jurídica para la prestación de servicios de las personas que ejercen la prostitución.

Un panorama sociológico y una respuesta jurídica como los brevemente descritos resultan, al menos a juicio de quien el presente trabajo firma, de todo punto insatisfactorios desde una perspectiva de justicia social. Se hace necesaria una regulación jurídica que dé una respuesta racional y coherente al problema y resultan necesarios también mayores medios (tanto formativos, como de asistencia social, como, en fin, policiales) para garantizar una respuesta integral frente al fenómeno de la prostitución.

Ahora bien, siendo más que evidente que en el contexto actual España necesita con urgencia acometer algún tipo de medidas legislativas para poner freno a la vergonzante situación que experimenta el fenómeno de la prostitución, el nudo gordiano quedaría situado en determinar cuál es el signo que dicha reforma legislativa habría de imprimir.

No se puede negar que en los últimos años se haya venido produciendo una evolución en la consideración de la prostitución⁵⁰, pero dicho proceso no ha presentado un carácter unívoco, sino que se afianzan más aún dos posturas enfrentadas en polos opuestos [una proclive a su normalización como una actividad económica y laboral más; otra partidaria de su absoluta prohibición y persecución⁵¹], utilizando ambas, paradójicamente, la dignidad de la persona como argumento para sustentar sus posicionamientos [la una para tratar de dotar de una protección jurídica a su juicio indispensable para las personas que ejercen una actividad marginal que por mucho que se intente no

⁴⁷ SSTS 3 marzo 1981 (RJ1301) y 4 febrero 1988 (RJ 571); entre los pronunciamientos más recientes dictados en suplicación, SSTSJ País Vasco 7 abril 1998 (AS 2024), Cataluña 17 septiembre 2003 (AS 3211) o Andalucía/Sevilla 4 diciembre 2003 (AS 3638).

⁴⁸ Pues sin duda la consideración separada del alterne y la prostitución es una ilógica y artificial muestra de cinismo, en tanto que ambas actividades se realizan simultáneamente, en el mismo lugar, y durante la misma jornada. BENLLOCH SANZ, P.: «¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de alterne», *Aranzadi Social*, núm. 17, 2004, págs. 62 y ss.; FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: «El alterne y la prostitución. La legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 74, 2004, págs. 244 y ss. o DE LA VILLA DE LA SERNA, D.: «Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el alterne», *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Ius-Tel*, núm. 6, 2004, págs. 4 y ss.

⁴⁹ SJS, núm. 2, Vigo, 7 mayo 2004 (AS 1276).

⁵⁰ WEST, J. y AUSTRIN, T.: «Markets and politics: public and private relations in the case of prostitution», *Sociological Review*, Vol. 53, 2005, págs. 136 y ss.

⁵¹ MONFOT, N. y HEIM, D.: «Vigilar y castigar: las nuevas propuestas de políticas públicas para la prostitución en Europa. Análisis de los modelos de Suecia y los Países Bajos», *Nueva Doctrina Penal*, núm. 2, 2005, págs. 771 y ss.

va a lograr erradicarse⁵²; la otra para calificar de intolerable una actividad en la cual, bajo múltiples formas y situaciones, se somete a la mujer a un trato degradante⁵³, lo cual muestra a las claras el carácter controvertido de cualquier debate serio que quiera desarrollarse acerca de la prostitución⁵⁴.

Mirando hacia las experiencias normativas que ya se han producido en otros países, los resultados obtenidos en los Estados que han procedido a legalizar y normalizar la situación contractual de la prostitución no han sido, en líneas generales, totalmente satisfactorios. En este sentido, en Holanda y Alemania se han producido significativos aumentos del volumen total de prostitución, sin que descendiera la ejercida de forma callejera, pero incrementándose la desarrollada en locales especializados, donde ha crecido de forma muy notable, y alarmante, la presencia de bandas organizadas, el tráfico de mujeres y la prostitución infantil. Semejante situación pone de manifiesto cómo los pretendidos beneficios sociales no han llegado de forma efectiva a sus destinatarios (pues la mayoría de las personas que ejercen la prostitución siguen viéndose privadas de libertad, habiendo reclamado sus derechos ante los tribunales menos de un 1% de los regularizados) y, además, han surgido nuevos problemas conexos o se han agravado otros ya existentes que encuentran un mejor caldo de cultivo en un sistema en el que la actividad principal cuenta con un evidente respaldo legal⁵⁵.

Por otro lado, y centrandó la atención en el caso español, parece sospechoso que, aun cuando la regularización no cuenta con la oposición del propio colectivo de personas que ejerce la prostitución, quienes más interesados se encuentran en conseguir una reglamentación jurídica para su ejercicio son los propietarios de clubs de alterne, quienes han demandado al Congreso de los Diputados, a través de la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne (ANELA) [en demanda a la que se ha sumado recientemente la Asociación de clubes de Alterne de Madrid (Catteleia)], la regularización de sus locales y el reconocimiento de la actividad de la prostitución, tratando con ello de lograr tanto prestigio social (pues se convertirían en respetables «empresarios del trabajo del sexo»⁵⁶), como una mayor seguridad a bajo coste (pues en el modelo propuesto por esta Asociación las personas que

⁵² Por lo tanto, la regularización de la situación profesional de las prostitutas responde a un ejercicio de realismo crítico, en tanto si una actividad indeseable no puede ser evitada, siempre será mejor que las personas que se encuentran en inferioridad cuenten, al menos, con una cierta cobertura legal. JEFFREYS, S.: *The idea of prostitution*, Melbourne (Spinifex Press), 1997, págs. 14 y ss.; LASKOWSKI, S.R.: «The new German Prostitution Act. An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profession in accordance with european community law», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 18, Issue 4, 2002, págs. 479 y ss.; WOLFFERS, I. y VAN BEELEN, N.: «Public health and the human rights of sex workers», *Lancet*, Vol. 361, Issue 9373, 2003, págs. 1 y ss. o GARAIZÁBAL, C.: «Derechos laborales para las trabajadoras del sexo», *Mugak*, núm. 23, 2003, págs. 2 y ss.

⁵³ Desde esta perspectiva, pretender que la prostitución fuera un trabajo más es un «puro mito», destinado «a perpetuar la posición de inferioridad de las mujeres» dentro de una relación «esencialmente asimétrica» que debe ser absolutamente proscrita desde criterios básicos de dignidad humana. WYNTER, S.: «Whisper: women hurt in systems of prostitution engaged in revolt», en AA.VV.: *Sex Work: writings by women in sex industry*, Whashington (Delacoste), 1987, págs. 266 y ss.; OVERAL, C.: «What's wrong with prostitution? Evaluatin sex work», *Women, Culture & Society*, Vol. 17, núm. 4, 1992, págs. 717 y ss.; DWORKIN, A.: «Prostitution and male supremacy», *Michigan Journal of Gender and Law*, Vol. 1, 1993, págs. 2 y ss. o MACKINNON, C.: «Prostitution and civil righth», *Michigan Journal of Gender and Law*, Vol. I, 1993, págs. 13 y ss.

⁵⁴ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 157.

⁵⁵ Sobre esta situación, GAY, S.; OTAZO, E. y SANZ, M.: «¿Prostitución=profesión? Una relación a debate», cit., pág. 23.

⁵⁶ Un estudio sobre la eufemística utilización de dichos términos en BERNSTEIN, E.: «What's wrong with prostitution? What's right with sex work?», *Hastings Women's Law Journal*, Vol. 10, 1999, págs. 91 y ss.

ejercen la prostitución serían trabajadores autónomos, con lo cual el empresario no se vería abocado a hacer frente a unas hipotéticas cuotas a la Seguridad Social), como, en fin, eliminar el importante foco de competencia derivado de la prostitución ejercida en pisos y calles.

Por su parte, en los Estados que han optado por un endurecimiento de sus legislaciones en materia de prostitución se han obtenido unos resultados que podrían ser calificados como ambivalentes. Así, por ejemplo, en Suecia se estima que el volumen total de prostitución ha descendido entre un 40 y un 50 por 100 desde que en el año 1999 entró en vigor la nueva legislación. Además, la norma cuenta ahora con el apoyo masivo de la ciudadanía (más del 80% de la población encuestada se mostró a favor del modelo) y ha permitido una lucha más eficaz contra la delincuencia organizada, apreciándose un significativo descenso de la inmigración ilegal destinada a la prostitución⁵⁷. Con todo, la otra cara de la moneda viene dada por el hecho de que el volumen de prostitución que aún subsiste (pues la experiencia demuestra que resulta imposible eliminar por completo esta actividad de una sociedad) se llevará a cabo en unas condiciones de extrema clandestinidad, muy perjudiciales para las personas que ejercen la prostitución por su falta de higiene y seguridad⁵⁸.

Quizá la solución viniera dada por un sistema intermedio, en el cual las personas que ejercen la prostitución contarán con un reconocimiento jurídico de su situación profesional (ya como laborales, ya como autónomos), pero todo el círculo de actividad de la prostitución apareciera sometido a estrictos controles (tanto médico-sanitarios, como urbanístico-administrativos) que aseguraran que dicha actividad profesional se lleva a cabo en un régimen de verdadera libertad (pues está claro que la prostitución libremente ejercida sería la única que podría merecer algún tipo de reconocimiento jurídico profesional⁵⁹), lo que ha de incluir una lucha policial, decidida y sin cuartel, dotando de todos los medios que fueran necesarios, contra las muchas bandas organizadas de tráfico de personas con fines de explotación sexual⁶⁰.

Sea como fuere, y se opte por el sistema que se opte, cualquier hipotética regulación que se intentara en España sobre la prostitución ha de venir acompañada de una serie de medidas indeclinables, ordenadas a aportar los fondos necesarios para permitir tanto la necesaria formación y reciclaje profesional de las personas que ejercen la prostitución (permitiendo su tránsito hacia el ejercicio de otras profesiones), como la asistencia integral (sanitaria, económica y jurídica) mientras la continúen ejerciendo, como, en fin, realizar campañas de formación y concienciación ciudadana, para tratar de reducir la demanda de prostitución y, con ello, también la correlativa oferta, que provocaría, como consecuencia deseable, que menos personas se vieran abocadas a dedicarse a tan penosa y desagradable actividad.

⁵⁷ Informe de la Secretaría para la igualdad de UGT: *La prostitución como cuestión de género*, Madrid (Departamento Confederal de la Mujer de UGT), 2005, pág. 16.

⁵⁸ KULICK, D.: «La penalización de los clientes y la política de la ahjjj en Suecia», en AA.VV. (OSBORNE VERDUGO, R. M., Coord.): *Trabajador@s del sexo: Derecho, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Madrid (Bellaterra), 2004, págs. 223 y ss.

⁵⁹ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 66; GARAIZÁBAL, C.: «Derechos laborales para las trabajadoras del sexo», *Mugak*, núm. 23, 2003, págs. 2 y ss.

⁶⁰ VON STRUENSEE, V.: «Sex Trafficking: a plea for action», *European Law Journal*, Vol. 6, núm.4, 2000, págs. 379 y ss.

Solo de esta manera podrá combatirse de manera eficaz la estigmatización que de siempre ha sufrido quien ejerce esta pretendida profesión⁶¹, tratando de mejorar sus condiciones vitales y profesionales y, en definitiva, paliando su manifiesto «déficit de ciudadanía»⁶².

En este contexto, y bajo las pautas apuntadas, el presente trabajo propone a continuación, unas líneas generales que inviten a la reflexión del lector respecto a cómo podría regularse, si es que ha de hacerse, la relación profesional de aquellas personas que ejercen la prostitución, tratando de garantizar un cierto estatus jurídico para dicha actividad y, sobre todo, otorgando unos imprescindibles derechos sociales a quienes la ejercen⁶³, al margen de que, como se ha dicho, una respuesta integral del problema requiere, cabalmente, otras muchas medidas además de las laborales.

II. EL EJERCICIO DE LA PROSTITUCIÓN COMO PRESTACIÓN LABORAL

Como ya ha sido anunciado, un ejemplo clásico de ilicitud del contrato de trabajo ha venido siendo el ejercicio de la prostitución, definida como «actividad a la que se dedica quien mantiene relaciones sexuales con otras personas, a cambio de dinero»⁶⁴, debido a su carácter esencialmente inmoral⁶⁵. Sin embargo, la evolución de la sociedad española parece preparada para aceptar la realización de esta actividad.

Acudiendo a la Norma Suprema, su artículo 35 respalda el derecho a la libre elección de la profesión u oficio (siempre dentro de los límites legales) y el derecho a la libertad sexual podrían dar refrendo constitucional a la laboralización de este tipo de actividad⁶⁶.

La legislación comunitaria no supondría un impedimento para ello, en tanto no existe norma alguna que vete tal prestación e, incluso, recientes pronunciamientos del TJCE han avalado la consideración de la prostitución como actividad económica contemplada en el artículo 2 del Tratado de la Unión⁶⁷.

⁶¹ SHAVER, F.M.: «Sex Work Research», *Journal of Interpersonal Violence*, Vol. 20, Issue 3, 2005, págs. 296 y ss.

⁶² REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 227.

⁶³ JEFFREYS, S.: *The idea of prostitution*, cit., págs. 14 y ss.; LASKOWSKI, S.R.: «The new German Prostitution Act. An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profession in accordance with european community law», cit., págs. 479 y ss.; WOLFFERS, I. y VAN BEELEN, N.: «Public health and the human rights of sex workers», cit., págs. 1 y ss. o BINDMAN, J.: «Trabajadores del sexo, condiciones laborales y derechos humanos: problemas típicos y protección atípica», en AA.VV. (OSBORNE VERDUGO, R.M.,Coord.): *Trabajador@s del sexo: Derecho, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Madrid (Bellaterra), 2004, págs. 99 y ss.

⁶⁴ RAE: *Diccionario de la lengua española*, Madrid (RAE), 2002.

⁶⁵ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIGA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid (Marcial Pons), 1970, págs. 291 y ss.

⁶⁶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «¿Es la prostitución una actividad laboral?», www.der.uva.es/trabajo y GAY, S.; OTAZO, E. y SANZ, M.: «¿Prostitución=profesión? Una relación a debate», *Aequalitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 13, 2003, pág. 24.

⁶⁷ STJCE 268/1999, de 20 de noviembre de 2001, asunto *Jany y otros*. Sobre la misma, FERNÁNDEZ TOMÁS, A.F.: «No discriminación vs. Buenas costumbres: a propósito del ejercicio de la prostitución como actividad beneficiada del derecho de establecimiento», cit., págs. 359 y ss.

1. La prostitución como objeto del contrato de trabajo: notas características.

La inclusión del comercio sexual como actividad laboral requiere analizar la existencia de las notas características del contrato de trabajo en tal relación. Para ello, no resultan baladí los argumentos proporcionados por los Tribunales laborales respecto a otra prestación de servicios muchas veces difícil de deslindar con la prostitución: la actividad de alterne. Una larga lista de fallos judiciales ha reconocido la laboralidad de la actividad de «chica de alterne»⁶⁸ (conviene reseñar que en todas ellas la organización empresarial consistía en que la actividad de alterne se hacía por cuenta de los titulares de un establecimiento abierto al público y a cambio de una retribución por comisión y participación en el importe de las consumiciones o servicios a los clientes⁶⁹), y la razón de tal actitud estriba en que «la actividad de alterne genera unos rendimientos económicos, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica»⁷⁰.

Desde luego, no pretende equipararse el alterne (tal y como está configurado en sede jurisdiccional) con el ejercicio de la prostitución, sino aplicar analógicamente las conclusiones allí obtenidas a la futura relación especial.

1.1. Voluntariedad.

El artículo 1.1 ET exige como primera nota característica la «voluntariedad», el trabajador debe ser libre para prestar el consentimiento y una relación laboral no merece tal calificación cuando desaparece la voluntad en su prestación, o bien cuando nunca la tuvo⁷¹.

La presencia de esta característica en el ejercicio de la prostitución debería ser examinada más minuciosamente que en otras prestaciones⁷², pues en muchas ocasiones la prostitución está ligada a la coacción y a la obligación forzosa impuesta por las mafias. En consecuencia, tal situación *de facto* no puede servir para desvirtuar la laboralización de este colectivo, antes al contrario, afianzará aún más la pertinencia de tal medida, pues la libertad en la realización de esta actividad es la piedra angular en la que descansa toda la construcción del régimen, cuando falte el consentimiento tal actividad permanece extramuros del Derecho Laboral, debiendo aplicar los ya analizados artículos pertinentes del Código Penal a quienes fuerzan a la persona a comerciar con su cuerpo.

Acabaría, de este modo, la inseguridad jurídica provocada por esa especie de tierra de nadie en la que desempeñan estas tareas; la regulación de esta relación laboral especial y fuer-

⁶⁸ SSTSJ Navarra 15 octubre 2003 (AS 4009), 28 mayo 2004 (AS 2096) y 30 junio 2005 (AS 2015).

⁶⁹ SSTS 3 marzo 1981 (RJ 1301), 25 febrero 1984 (RJ 923), 14 mayo 1985 (RJ 2712), 21 octubre 1987 (RJ 7172) y 4 febrero 1988 (RJ 571).

⁷⁰ STSJ Castilla y León/Burgos 26 mayo 2005 (AS 2344).

⁷¹ Sobre la importancia de tal nota, por todos, ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.^a E.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 2004, págs. 44-45.

⁷² REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 175.

temente intervenida serviría para evitar abusos y situaciones de explotación tan comunes hoy día, deslindando entre quienes son libres y cuantas personas están obligadas a realizar esta actividad.

1.2. Ajenidad.

La ajenidad, entendida como «ajenidad en los frutos», implicando apropiación directa o aprovechamiento inmediato del producto ⁷³, o «utilidad patrimonial del trabajo» ⁷⁴ presenta escollos difícilmente soslayables del lado del «empresario» propietario de dichos frutos, pues muchas veces tal papel es asumido por redes organizadas de trata de blancas y parece que «si se admitiera la ajenidad en este tipo de relación, se estaría abriendo un portillo en sede judicial a la posibilidad de redes de trata de blancas y explotación de la prostitución; no puede admitirse, que las personas a las órdenes del empresario puedan cumplir las mismas recibiendo instrucciones para desarrollar su trabajo, porque si así fuera, se daría carta de naturaleza a la explotación y esclavitud humana en pleno siglo XXI» ⁷⁵.

La Convención internacional contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, ratificada por España, también podría ser interpretada como contraria a la laboralización de esta actividad, en tanto sería inadmisibles que un tercero obtenga beneficio o fruto del tráfico sexual de otra persona ⁷⁶.

Sin embargo, convendría en este punto establecer una separación clara entre quienes obligan, imponen, fuerzan o coaccionan a cualquier persona a prostituirse y quienes, de modo voluntario por ambas partes, acuerdan realizar tal prestación. En el primer caso, no existiría ajenidad, únicamente la comisión de uno o varios delitos; en el segundo, no habría inconveniente alguno en así reconocerla, habida cuenta tiene otras consecuencias y otras dimensiones, significa ajenidad en los riesgos y en el mercado ⁷⁷, así como que los útiles, materiales o medios de trabajo han de ser aportados por la empresa, no por el trabajador ⁷⁸. Tales indicios de ajenidad serán de aplicación a esta relación laboral.

Ahora bien, el establecimiento de una relación laboral para la prostitución habrá de implicar una modificación en el Código Penal, pues, tal y como ha sido manifestado en párrafos anteriores, en la actual regulación resulta delictivo lucrarse del ejercicio de la prostitución ajena.

⁷³ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos), 2005, pág. 169.

⁷⁴ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 44.

⁷⁵ SJS, núm. 2, Vigo 7 mayo 2004 (AS 1276).

⁷⁶ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 178.

⁷⁷ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: «Capítulo III: el trabajador asalariado», en AA.VV. (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs.): *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Cizur Menor (Aranzadi), 2002, pág. 213.

⁷⁸ STS 25 enero 1990.

1.3. Dependencia.

La dependencia o subordinación, entendiéndola por tal, la inserción en el círculo rector y organizativo del empresario, necesita ser repensada a la luz de la relación laboral tratada. En este caso, aparecen enfrentados en sede contractual el poder de dirección que en este caso sería ejercido sobre el objeto del contrato, esto es, la actividad sexual, y el derecho fundamental del trabajador a la dignidad humana y a su libertad sexual, resultando difícil coexistir un espacio para la libertad sexual cuando esta está dirigida y organizada por el empleador ⁷⁹.

En esta prestación de servicios, la libertad sexual merece la calificación de derecho laboral inespecífico, en atención a que constituye derecho constitucional de carácter general, pero, al ser ejercido por los sujetos de las relaciones de trabajo en ese ámbito, adquiere un contenido o dimensión laboral sobrevenido (produciendo así una impregnación laboral ⁸⁰). La interacción con las facultades propias del empleador puede conducir a desconocer los derechos personales de los trabajadores, situando su punto de mira, únicamente, en el objetivo perseguido y ansiado: la mayor y mejor apropiación de frutos, la máxima obtención de beneficios o resultados empresariales, sin consideración a nada más ⁸¹.

En consecuencia, el derecho fundamental debería encontrarse siempre salvaguardado, debiendo ceder en cada caso el poder de dirección empresarial, el cual encontraría nuevas fronteras en esta prestación ⁸², produciéndose así una difuminación en la regulación de esta actividad, sin que tal flexibilidad rompa las notas típicas de la relación laboral.

Así, la Ley Alemana sobre regulación jurídica de las prostitutas reconoce el derecho limitado de dar instrucciones en el marco de una actividad dependiente ⁸³.

Por su parte, los Tribunales, a la hora de enjuiciar esta característica en el caso del alterne, y aplicando analógicamente las conclusiones obtenidas al ejercicio de la prostitución, han precisado cómo «no ha de entenderse por tal una "subordinación rigurosa y absoluta", sino una "inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial", que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local; por tanto, en supuestos similares, el hecho de que las empleadas pudieran gozar de cierta libertad para realizar sus iniciativas de captación de clientela..., no desvirtúa la relación laboral dado que la mayor o menor flexibilidad en el ejercicio de

⁷⁹ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 180.

⁸⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: *Los derechos laborales en la Constitución española*, Madrid (CES), 1991, pág. 31.

⁸¹ PEDRAJAS MORENO, A.: «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador y los poderes empresariales: la Constitución como marco y como límite de su ejercicio», *AL*, núm. 1, 2000, pág. 53.

⁸² Sobre los límites al poder de dirección, por todos, MONTROYA MELGAR, A.: «El poder de dirección del empresario», *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 575 y ss.; MARTÍN AGUADO, A.: «Actuaciones irregulares que afectan a la libertad, dignidad o vida privada del trabajador. Límites constitucionales al poder de dirección empresarial», en AA.VV.: *Autoridad y democracia en la empresa* (APARICIO, J. y BAYLOS, A., Dir.), Madrid (Trotta), 1992; LUQUE PARRA, M.: *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*, Barcelona (Bosch), 1999.

⁸³ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 181, nota 445.

la facultad de dirección del empleador depende de la propia naturaleza de las tareas encomendadas al trabajador, y en el caso de las referidas empleadas, su modo de trabajo por comisión predica el reconocimiento de una cierta autonomía de horario, jornada y retribución en la prestación de su actividad»⁸⁴.

Parece suficiente como manifestaciones de esta dependencia y, por ende, del poder de dirección, la capacidad del empleador para determinar el tiempo de trabajo, o el lugar de realización para la prestación de servicios⁸⁵, sin que cupiera el favor sexual como objeto del poder de dirección⁸⁶. Así, el empresario nunca podría obligar a prestar servicios para un determinado cliente contra la voluntad de su trabajador, la negativa debe ser siempre respetada sin que acarree perjuicio alguno al empleado.

En tal sentido, todas las legislaciones que han regulado como actividad laboral la prostitución (Holanda, Alemania, Nueva Zelanda) permiten el rechazo o negativa a mantener relaciones sexuales con algunos clientes cuando el trabajador no lo desee (incluso iniciados los primeros contactos) a veces hasta para decidir los «servicios» que desean proporcionar. Parecen configurar una especie de *ius resistentiae* fundado en su propia libertad sexual de opción que justifica la desobediencia⁸⁷.

Unidas las notas anteriores en una prestación de servicios sexuales, no cabe sino concluir que se está ante una prestación laboral⁸⁸, la cual debe obtener la protección legal dispensada a cualquier otro trabajador si no una más firme.

2. Vías de regulación de las condiciones laborales en el ejercicio de la prostitución.

La regulación en sede laboral de la prostitución ha generado siempre enconados debates con posiciones a favor y en contra⁸⁹. Frente a la desidia y consentimiento tácito actual, abogar por una mayor protección de quienes libremente deciden vender sus servicios sexuales supone defender la libertad de estas personas y, al tiempo, protegerles de la explotación.

⁸⁴ SSTSJ Navarra 30 junio 2005 (AS 2015), Castilla y León/Burgos 26 mayo 2005 (AS 2344).

⁸⁵ LASKOWSKI, S.R.: «The new german Prostitution Act. An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profesión in accordance with European Community Law», *The Internacional Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 18/4, 2002, pág. 483.

⁸⁶ SAN 23 diciembre 2003 (AS 3692).

⁸⁷ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, Cizur Menor (Thompson-Aranzadi), 2004, pág. 181, nota 446, parece equipararla al derecho de resistencia del trabajador en caso de peligrar su salud o su seguridad.

⁸⁸ HAVA GARCÍA, E.: «La lucha contra la trata de personas para su explotación sexual», en AA.VV. (RUIZ PÉREZ, E., Coord.): *Mujer y trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2003, pág. 222.

⁸⁹ No solo por parte de la doctrina, y los Tribunales, también la sociedad aparece dividida; así, asociaciones feministas se muestran partidarias de la prohibición, mientras que organizaciones de prostitutas son proclives a la legalización.

Como ya se vio, varios países de distintas partes del mundo han apostado por tal camino: el Estado de Nevada (en los Estados Unidos) ⁹⁰, Australia y Nueva Zelanda ⁹¹, algunos países iberoamericanos (por ejemplo, Ecuador y Uruguay ⁹²) y determinados Estados europeos: Holanda ⁹³ y Alemania significativamente. En este último, la Ley Alemana sobre regulación jurídica de las prostitutas, aprobada el 20 de diciembre de 2001, define prostitución como la realización de actos sexuales por medio de remuneración anteriormente acordada, reconoce el derecho de ejercitar acciones contra impagos de clientes por ejercicio de la prostitución, con independencia de que sea ejercida por cuenta propia o en régimen de subordinación y siempre en función de la duración temporal destinada a tal prestación ⁹⁴. La principal finalidad de esta ley radica en proteger a quienes ejerzan la prostitución de discriminación social y fomenta el respeto a la autodeterminación sobre la forma de ganarse la vida y a la libertad sexual ⁹⁵.

Por su parte, la legislación holandesa obliga a los trabajadores del sexo a someterse a la legislación laboral, controlando las condiciones de trabajo en sus distintos aspectos, y otorgando el acceso a las prestaciones de la seguridad social, salvo el desempleo ⁹⁶.

En cuanto a las concretas opciones legislativas abiertas a la hora de configurar el contenido de dicho contrato, cabe destacar algunos puntos considerados «sensibles» dado el objeto de la prestación; desde luego, dicho elenco solo constituye una mera muestra, sin ánimo de exhaustividad o de intentar abarcar todos los posibles conflictos originados en el seno de esta prestación a la hora de su laboralización.

2.1. Edad y capacidad.

Respecto a la edad mínima a partir de la cual celebrar este contrato, y pese a que el ordenamiento laboral otorga capacidad de obrar a los menores de 18 años y mayores de 16 para prestar servicios

⁹⁰ Al respecto, BINGHAM, N.: «Nevada Sex Trade: a gamble for the workers», *Yale Journal of Law and Feminism*, cit., págs. 87 y ss.; BRENTS, B.G. y HAUSBECK, K.: «Violence and legalizad brothel prostitution in Nevada», cit., págs. 270 y ss.

⁹¹ Baste citar los estudios de JEFFREYS, S.: *The idea of prostitution*, cit., págs. 43 y ss. y PLUMRIDGE, L. y ABEL, G.: «A segmented sex industry in New Zeland: sexual and personal safety of female sex workers», cit., págs. 78 y ss.

⁹² En Ecuador, el Decreto de 17 de julio de 1973 regula las condiciones higiénicas y sanitarias de los lugares donde se ejerza la prostitución; en Uruguay el Decreto de 30 de mayo de 1928 se ocupa de crear un registro obligatorio sobre personas que ejercen y lugares donde se ejerce la prostitución.

⁹³ La Ley Holandesa de 28 de octubre de 1999 otorga competencias a los Entes municipales para otorgar las licencias a los locales donde pueda ejercerse la prostitución, debiendo los titulares de dichos establecimientos concertar el contrato por escrito con las personas que vayan a ejercer la prostitución, y debiendo garantizar la utilización de profilácticos, así como reconocimientos médicos periódicos, sin que las personas que ejercen la prostitución puedan ser obligadas a practicar sexo con quien no deseen. MONFOT, N. y HEIM, D.: «Vigilar y castigar: las nuevas propuestas de políticas públicas para la prostitución en Europa. Análisis de los modelos de Suecia y los Países Bajos», *Nueva Doctrina Penal*, núm. 2, 2005, págs. 771 y ss.

⁹⁴ REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 180, nota 445.

⁹⁵ LASKOWSKI, S.R.: «The new german Prostitution Act. An important step to a more racional view of prostitution as an ordinary profesión in accordance with European Community Law», cit., pág. 484.

⁹⁶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «¿Es la prostitución una actividad laboral?», www.der.uva.es/trabajo

con el consentimiento (tácito o expreso) de quien ejerza la patria potestad, y estimula la entrada al mundo laboral de las personas discapacitadas, tales reglas quiebran cuando se habla de la posible regulación del ejercicio de la prostitución, en tanto tal actividad está vedada a menores e incapaces, considerándose contraria tanto a las normas internacionales como merecedora del calificativo de delito.

Resultaría conveniente, además de fijar una edad mínima superior a los 18 años, la intervención de un tercero ajeno en la firma del contrato para garantizar la libertad de quien acuerda esta prestación de servicios, función que puede ser realizada por la Inspección de Trabajo. Consecuencia necesaria de lo anterior es la exigencia de forma escrita en la que conste minuciosamente las condiciones pactadas.

2.2. Dificultades para admitir la condición de «empresario del sexo».

La figura del empresario en esta actividad ostenta el dudoso honor de agrupar la mayoría de las sombras, pues resulta complejo deslindar tal figura del proxeneta o traficante de mujeres. Sancionando tales conductas los Estados firmantes de la Convención internacional contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena, ratificada por España, se han comprometido a castigar a toda persona que: 1. Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2. Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena (art. 2).

La solución adoptada por la regulación alemana ha consistido en diferenciar estas circunstancias concurrentes de modo que para aceptar la prostitución por cuenta ajena, admite que el titular del establecimiento (empresario) apoye la prostitución, pero, por otro lado, sigue castigando penalmente el proxenetismo en tanto supone la incitación a tal actividad⁹⁷.

Los requisitos administrativos a exigir por la futura normativa a quienes pretendieran constituirse como empresarios con personal a su cargo para ejercer la prostitución tendría como finalidad principal asegurar que la actividad desempeñada se lleva a cabo con la mayor de las libertades, sin coacción ni abuso y con las garantías previstas en las disposiciones aplicables, ayudando así a erradicar las situaciones tan comunes hoy en día de explotación y abuso en estas actividades.

Como empresarios, asumirán las obligaciones típicas de una prestación de servicios, incluida la obligación de cotizar por sus trabajadores en la forma indicada. Sin embargo, parece pertinente que estos empleadores no sean beneficiarios de subvenciones para realizar esta actividad económica o de reducciones o exenciones en las cuotas pese a cumplir los requisitos exigidos legalmente.

2.3. Lugar de la prestación.

Como *supra* se analizó a otros efectos, las casas de citas, de tolerancia, de lenocinio, de putas, lupanares, burdeles, mancebías aparecen en el tráfico comercial escondidos bajo el nombre de salo-

⁹⁷ GAY, S.; OTAZO, E. y SANZ, M.: «¿Prostitución=profesión? Una relación a debate», *Aequalitas Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 13, 2003, pág. 23.

nes de belleza ⁹⁸, saunas, bares de alterne, *top less*, barras americanas, pensiones, hostales, restaurantes, clubs de carretera, *peep shows*,..., estando dados de alta en esas actividades y contando con las oportunas licencias a esos efectos, pero no para el ejercicio de la prostitución en ese recinto. Por tanto, la situación producida en la práctica, y conocida por todo el mundo, consiste en el ejercicio de la prostitución sin vigilancia o inspección *ad hoc* oportunas, salvo la puntualmente acaecida en supuestos de delitos.

Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas han regulado las condiciones mínimas que deben tener los locales dedicados a la prostitución, pese a la no existencia legal de tal actividad.

Así, Cataluña, en el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, regula los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución. A estos efectos, su artículo 2 considera prestación de servicios de naturaleza sexual, «la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica», excluyendo aquella llevada a cabo en domicilios particulares.

Respecto a las condiciones del local, no podrá situarse en las proximidades de centros docentes o locales de ocio a los que acudan mayoritariamente menores, así como guardar una distancia mínima con otros lugares de este tipo ⁹⁹ y disponer de un vigilante o más dependiendo del aforo. La actividad sexual solo podrá realizarse en reservados anexos al local, los cuales deben tener habitación, baño, ducha, bidé, ventilación, aislamiento acústico, mobiliario, y tienen que cumplir con las condiciones higiénico-sanitarias (art. 6.1 Decreto 217/2002) ¹⁰⁰.

2.4. Modalidades de contratación.

La utilización de los diversos tipos de contratos presentes en la legislación laboral no plantea problema alguno; así, el empresario y el trabajador podrían recurrir a la prestación de servicios temporal a través de contratos por obra y servicio, eventuales o de interinidad, siempre y cuando se cumplieran los requisitos previstos por la ley.

No obstante, no cabría realizar esta actividad mediante los contratos en prácticas y para la formación, dada su finalidad y sujetos a los que están destinados, en tanto aparecen como condición en el primer caso, haber realizado estudios oficiales acordes con la función desempeñada y en el segundo, la edad y la formación a recibir son incompatibles con el comercio sexual pactado como objeto del contrato. De igual modo, no parece conveniente el recurso a la contratación de trabajadores para que se prostituyan para un empresario a través de una empresa de trabajo temporal, tal y como está vetado también para otro tipo de actividades en razón de su peligrosidad.

⁹⁸ STSJ Baleares 9 enero 1992 (AS 201).

⁹⁹ Según la Orden 335/2003, de 14 de julio, para aquellos Ayuntamientos que carezcan de normativa en la materia, la distancia será de 150 metros con otro local y 200 con centros docentes.

¹⁰⁰ Desarrollando la Orden 335/2003 las características sanitarias del citado reservado.

En cuanto a los estadios previos a la contratación, nuevamente vuelven a aparecer enfrentados el derecho del empresario a inquirir sobre la idoneidad del trabajador para el puesto, por ejemplo, aquellas actividades sexuales a desempeñar y el derecho fundamental de este a no revelar ningún detalle que lesione su intimidad; nuevamente los derechos fundamentales volverán a servir de límite infranqueable. La intimidad aparece dotada de nuevos perfiles, en ocasiones difusos, semejante a cuanto ocurre en una empresa de tendencia; así, el candidato podría ser interrogado sobre las actividades que desarrollaría en la empresa, pero nunca sobre otras cuestiones ajenas, aun relacionadas, ni sobre las razones para negarse a determinados servicios. En consecuencia, el futuro empleado podrá negarse legítimamente a contestar sobre las preguntas que considere extramuros de su prestación de servicios o recurrir al «derecho a mentir»¹⁰¹ para soslayar los perjuicios que acarrea una negativa a contestar o el simple silencio.

2.5. *Tiempo de trabajo y modo.*

La jornada diaria fijada de común acuerdo requeriría superiores pausas dedicadas al descanso durante la misma, así como un número de horas límite inferior a las 8 diarias, debiendo estar vetada la realización de horas extraordinarias por encima de la jornada máxima.

Atendiendo a la actividad desempeñada, el calendario laboral optaría por considerar laborables los festivos, compensando estos con descansos en otra fecha.

Respecto a las concretas actividades sexuales objeto del contrato y respetando siempre la libertad sexual del empleado, resultaría conveniente su especificación en el contrato, requiriendo su variación un nuevo acuerdo entre empresario y trabajador.

De igual modo, el empleado conserva siempre el derecho a negarse a proporcionar un servicio a un determinado cliente, aun cuando entrara dentro de las tareas pactadas y sin que tal conducta suponga sanción alguna por parte del empleador.

En cuanto a la posibilidad por parte del empresario de imponer un determinado uniforme, esta obligación aparecería avalada por el poder de dirección empresarial¹⁰², el cual le concede la facultad de organizar la actividad de su empresa y, por ende, de sus trabajadores, pero siempre contando con el límite del derecho a la dignidad¹⁰³ y a la propia imagen del trabajador (es decir, la libertad que puede esgrimir cualquier persona para crear su propia imagen externa, de acuerdo con sus gustos, creen-

¹⁰¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas y Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1999, págs. 195 y ss.

¹⁰² STS 23 enero 2001 (Ar. 2063). Siguiendo la definición clásica ya del «conjunto de facultades jurídicas (decisorias, ordenadoras y de control) a través de cuyo ejercicio el empresario dispone del trabajo realizado por su cuenta y a su riesgo, ordenando las singulares prestaciones laborales y organizando el trabajo en la empresa», MONTOYA MELGAR, A.: *El poder de dirección empresarial*, Madrid (IEP), 1965, pág. 44.

¹⁰³ De la cual deriva el derecho a la propia imagen, según recuerda, entre otras, la STCo 231/1988, de 2 de diciembre.

cias y características, que justifique su decisión ¹⁰⁴); por tanto, tal facultad empresarial nunca podría suponer forzar a quien ejerza la prostitución a llevar una vestimenta ridícula o degradante ¹⁰⁵.

2.6. Retribución.

Por supuesto, merece especial consideración el salario debido por el trabajo desarrollado, en tanto los actuales sistemas de remuneración presentes en esta actividad son contrarios a la legalidad, conduciendo, en muchas ocasiones, a la servidumbre; por tal motivo, convendría regular exhaustivamente el sistema de retribución.

En tal sentido, parece conveniente fijar un salario base, independientemente del número de clientes, al cual se sumaría los complementos obtenidos como comisión por servicio, fijando el legislador el *quantum* mínimo correspondiente al trabajador.

También convendría reflexionar sobre la pertinencia del salario pagado en especie, usualmente en este sector la vivienda, pues muchas veces constituye un modo encubierto de secuestro. Por tanto, de admitirlo, debería ser con las cautelas oportunas y atentamente vigilado por la autoridad competente.

2.7. Movilidad geográfica y funcional.

Derivados del poder de dirección, el empresario conservaría estas facultades, de nuevo, miradas con cautela en particular la referida a la movilidad funcional, en tanto no podría afectar a las concretas funciones, pues el *ius variandi* empresarial estaría sujeto a férreos límites en esta prestación de servicios, pero sí cabría seguir el procedimiento diseñado en el artículo 41 ET para un cambio de turno, jornada o sistema de remuneración.

Respecto a la movilidad geográfica, y en caso de varios centros de trabajo pertenecientes al mismo empresario (pues en caso contrario, poner a disposición de otro empresario a estos trabajadores, supuesto demasiado habitual en la práctica en esta actividad, merece la calificación de cesión ilegal de mano de obra o en los casos más extremos, trata de blancas) seguiría el procedimiento establecido en el artículo 40 ET.

¹⁰⁴ BALLESTER PASTOR, I.: «Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador: límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral», *TS*, núm. 169, 2005, pág. 28. El derecho a la propia imagen constituye el «derecho a conformar con libertad la apariencia física personal. La imagen, la semblanza individual es uno de los modos del ser personal. La conformación de la misma, en lo que tiene de decisión personal sobre la apariencia física, es un reflejo, una manifestación de la personalidad», VICENTE PACHÉS, F. (de): «Doctrina Constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen. (Estudio de las Sentencias del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre y 99/1994, de 11 de abril)», *TS*, núm. 71, 1996, pág. 44 y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: «Sobre el derecho a la propia imagen. (A propósito de la STCo 170/1987, de 30 de octubre)», *Poder Judicial*, núm. 10, pág. 78.

¹⁰⁵ VICENTE PACHÉS, F. (de): «Doctrina constitucional sobre el derecho del trabajador a su propia imagen», cit., pág. 49; DE TISSOT, O.: «Pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié», cit., pág. 976 o DÄUBLER, W.: *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 617.

No obstante, en ambos supuestos cabría apuntar la posibilidad de establecer una indemnización más alta en caso de desacuerdo del trabajador con las nuevas condiciones, incluso para los desplazamientos temporales y, al tiempo, endurecer la acreditación de los requisitos para llevarlos a cabo, de modo que nunca pudieran convertirse en vía idónea para sancionar de modo encubierto a quienes se niegan a prostituirse con ciertos clientes o a realizar determinados servicios.

2.8. Vías de extinción de la relación laboral.

Desde luego, las causas de despido disciplinario e, incluso objetivo, deben ser revisadas atendiendo a la concreta prestación a realizar, pues no cabrá basar una extinción en la «baja productividad» [«disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado» –art. 54.2 e) ET–] o en la negativa a proporcionar servicios sexuales a los clientes encubriéndolo como «desobediencia», pues equivaldría a castigar el ejercicio de un derecho fundamental, decayendo en este caso el deber de desobediencia ¹⁰⁶.

Otras causas, no obstante, conservan toda su eficacia, así, la aplicación como causa de despido disciplinario la «embriaguez habitual o toxicomanía» cuando repercutan negativamente en el contrato de trabajo, y pese a que la estadística muestra un elevado consumo de dichas sustancias entre quienes ejercen esta actividad ¹⁰⁷; la desobediencia a cuantas órdenes empresariales no dañen ni menoscaben sus derechos fundamentales; la transgresión de la buena fe; las agresiones físicas o verbales al empresario, otros empleados o clientes ¹⁰⁸; la falta de asistencia o puntualidad...; así como cuantas tengan relación con las dificultades económicas, derivadas de fuerza mayor o de la incapacidad o desaparición de la persona del empleador o de quien ejerce la prostitución.

Mayor cuidado habría de ponerse en la aplicación del despido por causas objetivas en caso de ineptitud («esto es, la falta de habilidades o carencia de facultades para desempeñar la profesión, conocida o sobrevenida con posterioridad a la colocación definitiva en la empresa») o de falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables, tras un período de dos meses, pues el empresario podría utilizar tales razones para «castigar» a aquel trabajador que se haya negado a prestar servicios a determinados clientes. Por tanto, tales causas deberían ser oportunamente ponderadas y situadas en el contexto peculiar de esta prestación de servicios, exigiendo quizá un mayor fundamento causal.

También la apariencia física de quien ejerce esta actividad adquiere singular importancia a la hora de finalizar la relación laboral, habida cuenta este oficio suele requerir una determinada imagen, por tal razón y en caso de extinguir la prestación de servicios por tal motivo, cabría fijar una indemnización equivalente a la del despido improcedente, esto es, cuarenta y cinco días de salario por año trabajado, con el límite de cuarenta y dos mensualidades.

¹⁰⁶ SSTS 3 mayo y 29 junio 1990 (RJ 3943 y 5543).

¹⁰⁷ En contra, considerándolo razón para no laboralizar la actividad la imposibilidad de despedirlas por tal motivo, REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, Cizur Menor (Thompson-Aranzadi), 2004, págs. 184-185.

¹⁰⁸ STS 19 mayo 1986 (RJ 2574).

De igual modo, las sanciones a imponer en el ejercicio de su poder disciplinario ¹⁰⁹ serían aquellas previstas por el convenio a aplicar o, incluso, y atendiendo al supuesto de que se trata, recogidas en el Real Decreto que contemplara su regulación con el fin de evitar situaciones como las que actualmente se están produciendo (retención de pasaportes, secuestros de hecho, incomunicación, privación de libertad de movimiento, amenazas de daños graves a ellos o a sus familiares si abandonan, estafa, extorsión, chantaje... y un largo etcétera de todos conocido).

Por su parte, no sería oportuno imponer un período de preaviso al trabajador cuando pretendiera extinguir el contrato a través de la dimisión, haciéndose efectiva esta en el mismo momento de ser manifestada, sin que quepa reclamación por daños y perjuicios al empleado. En este sentido, podría llegar a pactarse una indemnización por los servicios prestados sea cual sea la vía seguida para la finalización de la relación laboral.

2.9. La formación profesional como «vía de escape» de la prostitución.

Pese al ejercicio de esta actividad desde la libertad, a día de hoy no constituye la mejor de las salidas profesionales, pudiendo pensarse su desaparición en un futuro más o menos lejano. Por tal motivo, junto con la regulación de la prestación, el legislador dispondría de medidas que favorecieran la colocación de estos trabajadores en otras actividades, a través de planes para su formación profesional, introduciendo incentivos a las empresas para su contratación y creando planes de formación profesional.

Para quienes son explotados sexualmente, el artículo 16 de la mencionada Convención internacional contra la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena también ha considerado necesaria la adopción de medidas para la prevención de la prostitución y para la rehabilitación y adaptación social de las víctimas de la prostitución, o a estimular la adopción de tales medidas, por sus servicios públicos o privados de carácter educativo, sanitario, social, económico y otros servicios conexos.

En cualquier caso, quienes ejercen la prostitución, sea de forma voluntaria o forzosa, deberían tener a su disposición cursos de formación a través de los cuales amplíen sus salidas profesionales.

2.10. Derechos colectivos.

Un último apunte referido a los derechos colectivos de estos trabajadores: quienes ejerzan la prostitución tendrán derecho a la libertad sindical así como a la representación a través del doble canal, unitarios y sindicales, incluso algún autor apunta a la posibilidad de establecer comités de empresa europeos en caso de que se dieran los requisitos establecidos en la Ley 10/1997 ¹¹⁰. En su campo de actuación desarrollarán las oportunas competencias contempladas por la legislación sindical incluido el pacto de convenios colectivos.

¹⁰⁹ Sobre los límites al poder disciplinario empresarial, por todos, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ, J.: *Poder disciplinario empresarial y proceso especial de impugnación de sanciones*, Oviedo (CES Principado de Asturias), 2005.

¹¹⁰ LASKOWSKI, S.R.: «The new german Prostitution Act. An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profesión in accordance with European Community Law», cit., pág. 483.

Respecto a este último punto, y dada la nula tradición convencional sumada a la gran movilidad que suele acompañar a quienes ejercen la prostitución, en un primer momento será necesaria la intervención del legislador para cubrir algunas lagunas fruto de la remisión del Estatuto de los Trabajadores a este instrumento, pues el recurso a la extensión convencional presenta problemas difícilmente soslayables a la hora de encontrar una actividad semejante.

2.11. Situación de los trabajadores inmigrantes.

En cuanto a la posibilidad de acceder a una autorización para trabajar en España ejerciendo la prostitución, al legislador se abren dos opciones, una, no introducir ningún cambio en las leyes de extranjería; por tanto, tendrían derecho a acceder a tales autorizaciones.

En cambio, países que han regulado la prostitución han excluido esta posibilidad, vetando el acceso de los inmigrantes al Estado en cuestión para ejercer tal actividad ¹¹¹.

Las consecuencias de una u otra opción no son baladíes, el no reconocimiento del carácter laboral del ejercicio de la prostitución puede producir un importante efecto criminógeno si tal actividad no está reconocida como trabajo, los miembros de la red clandestina no necesitan obtener autorización administrativa para las personas que recluten (mayoritariamente mujeres), lo que puede facilitar que desarrollen su actividad criminal con mayor impunidad. De hecho, al negar la existencia de un contrato de trabajo en el supuesto de ejercicio de la prostitución por cuenta ajena se propicia en algunos casos que los «empleadores» pretendan escudarse en la naturaleza no laboral de esta actividad para eludir la sanción de la Administración por contratar a personal extranjero sin permiso de trabajo ¹¹².

No obstante, proporcionar los tan ansiados «papeles» a través de esta actividad podría conducir a los inmigrantes a una especie de «coacción» encubierta para ejercer la prostitución, si fuera la única vía abierta para trabajar legalmente en España.

2.12. La prevención de riesgos laborales en una actividad tan sui géneris como la prostitución.

De optar el legislador por regular la prostitución como trabajo por cuenta ajena cobraría una importancia sustancial la materia preventiva no solo por cuanto hace al cliente, conformándose como ya consta como una faceta vinculada a la salud pública, sino también en la vertiente protectora de quien realiza la actividad, dada su exposición a enfermedades de transmisión sexual así como la alta probabilidad de episodios de violencia física que este colectivo puede llegar a padecer.

En este sentido, quien merezca la consideración de empleador tiene suficientemente delimitadas sus obligaciones en el marco de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en tanto sujeto obli-

¹¹¹ Tal sucede, por ejemplo, en Alemania, LASKOWSKI, S.R.: «The new german Prostitution Act. An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profesión in accordance with European Community Law», cit., pág. 485.

¹¹² HAVA GARCÍA, E.: «La lucha contra la trata de personas para su explotación sexual», cit., pág. 223.

gado principal a garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores frente a los riesgos laborales (arts. 14 y ss. LPRL). En este contexto, en la planificación y evaluación de riesgos deberá tomar en consideración las particularidades presentes en la prestación de servicios de quienes ejerzan la actividad y adoptar cuantas medidas considere oportunas para paliar en la medida de lo posible los riesgos inherentes a la ocupación analizada. Partiendo de esa obligación genérica, cabe señalar algunos aspectos regulados por dicha norma que habrán de tener su concreta adaptación a la materia objeto de estudio:

1.º Si la formación e información constituyen dos de los aspectos fundamentales en la actividad preventiva de cualquier empresa (arts. 18 y 19 LPRL), dadas las características de la prestación de servicios sexuales, ambas facetas adquieren una importancia singular en este criterio, en tanto un cumplimiento adecuado de dichos deberes por parte del empresario se conformará como una de las mejores medidas para evitar la aparición de enfermedades de naturaleza sexual. Así, el empresario vendrá obligado a comunicar los riesgos presentes en la empresa y en cada puesto de trabajo o función así como las medidas de protección aplicables [art. 18.1 a) y b) LPRL], además instruirles específicamente sobre los peligros de su ocupación, y adaptar la formación a la evolución de estos últimos y a la aparición de nuevos, debiendo ser repetida de manera periódica en caso necesario (art. 19.1.2.º LPRL).

2.º La evaluación de riesgos, considerada como instrumento esencial para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos laborales obligatorio en cualquier empresa (art. 16 LPRL), deberá también jugar un papel trascendental en la protección de los trabajadores sexuales, y no solo en un momento inicial sino sobre todo con carácter periódico, pues acudiendo a la habilitación prevista en el artículo 6.1 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, la norma que regule esta actividad debería exigir revisiones en plazos de tiempo no muy dilatados; es más, los propios representantes de los trabajadores sexuales deberán hacer uso de la posibilidad establecida en el artículo 6.2 de dicha norma e intentar forzar al empresario a alcanzar un acuerdo en el que se fijen breves ciclos entre intervención e intervención.

3.º Uno de los principios previstos en la LPRL es la preferencia por los sistemas de protección colectiva frente a los equipos individuales [art. 15.1 c) LPRL], sin embargo, dada la peculiar actividad desempeñada por estos trabajadores los segundos adquieren una sustancial importancia para garantizar la salud de los empleados. De esta manera, el empleador deberá proporcionar los equipos de protección adecuados, que en este caso consistirían en aquellos medios profilácticos adecuados para evitar la transmisión y contagio de enfermedades de naturaleza sexual, y velar por su uso efectivo desde una doble perspectiva: de una parte, obligando al trabajador a utilizarlos en cualquier servicio que realice; de otra, impidiendo mantener relaciones sexuales con aquellos clientes que se nieguen a utilizarlos –recuérdese cómo las estadísticas muestran cómo la mayor parte de la prostitución es ejercida por mujeres y cómo el uso del condón parece la forma más eficiente para evitar posibles infecciones–, incluso expulsando del local a cuantos mantengan una actitud contraria al recomendado uso. En este sentido, y según el artículo 12.2 y 3 del Decreto Catalán 217/2002 en cuantos locales entran en su ámbito de aplicación habrá de ser garantizado a las personas usuarias el acceso a preservativos, debidamente homologados y con la fecha de caducidad vigente, pudiendo ser

entregados personalmente o mediante máquinas expendedoras; es más, en su interior deberán ser instalados en lugares perfectamente visibles carteles informativos señalando cómo «el uso del preservativo es la medida más eficaz para prevenir las enfermedades de transmisión sexual, incluido el sida».

Por otra parte, la interrelación de los trabajadores sexuales con los clientes –sin olvidar la realidad actual donde el control ejercido por las mafias se realiza a través de la intimidación, amenazas a la propia persona o a los familiares o el uso de la fuerza, si bien en dichas circunstancias la prestación no puede ser calificada como voluntaria, debiendo encontrar protección a través de la vía penal– hace de este colectivo uno de los más proclives a sufrir comportamientos violentos ¹¹³, suponiendo un importante riesgo para su seguridad y salud, y no solo por poder sufrir episodios de violencia física sino también, resultando los más comunes, por la posible existencia de abusos verbales y amenazas ¹¹⁴. Por tal razón, el empresario deberá poner en práctica cuantos mecanismos de protección sean necesarios a fin de evitar que sus empleados pudieran sufrir alguna agresión por parte de los clientes; así el artículo 11 del Decreto Catalán 217/2002 obliga a los locales de pública concurrencia donde es ejercida la prostitución a disponer, al menos, con un vigilante de seguridad y a partir de 50 personas de aforo deben disponer de uno más y, en lo sucesivo, otro por cada fracción de 50 personas.

No obstante, los concretos instrumentos a adoptar, se reconoce, pueden ser de difícil articulación en tanto la personal relación entre sujetos inherente a los servicios sexuales puede provocar un choque entre el derecho a la seguridad y salud del trabajador y a la intimidad del cliente, impidiendo, por ejemplo, la utilización de mecanismos de grabación de la imagen y el sonido a fin de controlar en todo momento qué ocurre en el lugar donde se prestan los servicios. A tal fin, deberá proveerse al empleado de mecanismos de aviso o alarma con el objetivo de que pueda alertar al empresario u otros compañeros de trabajo –normalmente servicios de seguridad– para que acudan en su ayuda y poner fin a las conductas realizadas por el cliente, así como monitorizar las entradas y salidas a los locales en aras a poder identificar a los presuntos agresores cuando las conductas violentas tengan lugar.

4.º El artículo 22.1 LPRL conforma la vigilancia de la salud del trabajador como voluntaria en tanto esta, con carácter general, únicamente podrá ser realizada cuando el empleado preste su consentimiento. Sin embargo, dadas las peculiaridades presentes, con importantes implicaciones de salud pública conforme consta, la actividad analizada debería ser expresamente incluida entre aquellas en las cuales una disposición legal estableciera la obligatoriedad de realización de reconocimientos médicos, atendiendo a su especial peligrosidad no solo para el empleado sino también para el cliente.

Así parece establecerlo el artículo 12.1 del Decreto Catalán 217/2002 cuanto obliga a los titulares de los denominados locales de pública concurrencia a garantizar que cuantas personas prestan

¹¹³ Al respecto puede consultarse el estudio de CARMODY, M.: «Sexual Ethics and Violence Prevention», cit., págs. 199 y ss.

¹¹⁴ En efecto, «normalmente existe la tendencia a asociar la violencia con la agresión física. Sin embargo, y a pesar de no existir una definición única de violencia en el lugar de trabajo, si existe un elemento común a la hora de enfocar y plantear la cuestión, el concepto de violencia debe ser más amplio que el de mera agresión física (pegar, golpear, empujar, disparar...) y debe incluir y comprender otras conductas susceptibles de violentar e intimidar al que las sufre. Así, la violencia en el trabajo incluiría, además de las agresiones físicas, las conductas verbales o físicas amenazantes, intimidatorias, abusivas y acosantes», Nota Técnica de Prevención 489/1998 (PÉREZ BILBAO, J. y NOGAREDA CUIXART, C., redactores) del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo: Violencia en el lugar de trabajo (www.mtas.es/insh/ntp/ntp_89.htm).

servicios en su seno están sujetas a las medidas de control sanitario de tipo preventivo y asistencial incluidas en los programas de atención destinados a la prevención de enfermedades de transmisión sexual, resultando directamente responsables del cumplimiento de semejante requisito (art. 21.1 Orden 335/2003, de 14 de julio).

Además, algunos otros principios establecidos en el artículo 22 LPRL habrán de tener oportuna matización; según los apartados 2 y 4 del precepto, esas medidas de control habrán de ser realizadas respetando el derecho a la intimidad y dignidad del trabajador y la confidencialidad de la información obtenida, de manera que aquellos datos médicos de carácter personal únicamente serán conocidos por el personal médico y autoridades sanitarias competentes, sin poder ser facilitadas al empresario u otras personas sin conocimiento del empleado. Sin embargo, en atención a las peculiaridades de la actividad será difícil no considerar cómo las pruebas a realizar irán encaminadas a la detección de enfermedades de naturaleza sexual, de contenido manifiestamente personal, cuya existencia provocará el correspondiente riesgo para los usuarios de estos servicios. En consecuencia, aun no poniendo en conocimiento del empleador las concretas dolencias, esos servicios médicos sí deberán indicar la falta de adaptación del estado de salud del trabajador a las concretas funciones a desarrollar a fin de que este adopte las medidas oportunas –sin que ello contravenga la prohibición del precepto de usar los datos «con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador»–, incluso cuando fuera necesario con la extinción de la relación contractual para evitar posibles transmisiones o consecuencias no deseadas; eso sí, y conforme se analizará con posterioridad, el trabajador habrá de obtener la oportuna protección en el marco del sistema de Seguridad Social.

Asimismo, y tal y como se defendió respecto a los trabajadores autónomos, los usuarios de los servicios sexuales podrían solicitar del empleador los correspondientes certificados médicos capaces de acreditar la buena salud de la persona con quien va a mantener relaciones, los cuales, eso sí, deberán respetar los principios de intimidad, confidencialidad y proporcionalidad.

III. LA POSIBLE CONSIDERACIÓN DE LA PROSTITUCIÓN COMO TRABAJO POR CUENTA PROPIA: PECULIARIDADES

Conforme ya se ha anticipado, el ejercicio verdaderamente voluntario –con todas las matizaciones que requiere este concepto en una actividad como la tratada– de quien oferta sus servicios sexuales a cambio de la correspondiente contraprestación económica puede encontrar justificación en el libre desarrollo de la personalidad –derecho a la autodeterminación– y en la libertad para elegir profesión y oficio garantizados por los artículos 10 y 35.1 de la Constitución Española ¹¹⁵. De esta manera, no podría extrañar que la legalización profesional de la prostitución encontrará cauce idóneo a través de su consideración como trabajo autónomo o por cuenta propia; en este sentido,

¹¹⁵ En efecto, «la normalización laboral de la prostitución solo puede llevarse a cabo bajo el reconocimiento de la dignidad de la persona», TORRENTS MARGALEF, J.: «La normalización laboral de la prostitución: modelo de integración social de nacionales e inmigrantes», cit., pág. 472.

no cabe desconocer cómo semejante actividad, a pesar de no estar regulada de manera expresa en la normativa española, sí resulta una ocupación tolerada por el ordenamiento y la sociedad.

Ítem más, en el marco de las instituciones comunitarias la prostitución ejercida de manera independiente ha sido considerada como un servicio prestado a cambio de una remuneración y, por tanto, incluido dentro del concepto «actividades no asalariadas» del artículo 43 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; a tenor de dicho precepto resulta amparada por la libertad de establecimiento, siendo definida expresamente como la «actividad por la que el prestador satisface, con carácter oneroso, una demanda del beneficiario sin producir o ceder bienes materiales», eso sí, a fin de ser considerada lícita, siempre deberán concurrir los extremos siguientes: ausencia de cualquier vínculo de subordinación por cuanto afecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo; ejercida bajo responsabilidad propia; en fin, a cambio de una contraprestación económica satisfecha íntegra y directamente ¹¹⁶.

De esta manera, entre cliente y quien ejerce el oficio se entablaría con carácter general un arrendamiento de servicios ¹¹⁷ –una vez superado el escollo de la consideración ilícita de su objeto por su inmoralidad o atentar contra las buenas costumbres ¹¹⁸– en el cual el primero se compromete a pagar un precio a cambio de los favores sexuales del segundo (art. 1.544 CC). Dejando a un lado determinadas relaciones entre ambos, el presente estudio pretende detener su atención en aspectos singulares de la consideración como trabajo por cuenta propia de la prostitución y cuáles serían las implicaciones que desde el punto de vista laboral y de Seguridad Social presentaría la realización de esta actividad, pues aún excluidos los autónomos de la regulación propia del Estatuto de los Trabajadores, no es menos cierto que algunas de las normas incluidas en esta rama del ordenamiento jurídico le van a ser de aplicación, en especial y como se verá, las relativas a la seguridad y salud en el trabajo.

¹¹⁶ STCE 268/99, de 20 de noviembre de 2001, asuntos *Jany y otras* (TJCE 2001/314). Así, también, la legislación alemana «se basa en la convicción de que la prostitución, practicada con base en decisiones independientes de los prostitutas/as, es una profesión que forma parte de la vida económica normal», LASKOWSKI, S.R.: «The new German Prostitution Act - An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profession in accordance with European Community Law», cit., pág. 480.

Contrarios a esta interpretación por considerarla errónea, en tanto el fallo judicial comunitario ni desacredita ni avala la prostitución por cuenta propia, REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 215.

¹¹⁷ «Nuestra jurisprudencia ha incluido en la relación laboral, en el supuesto de concurrir la ajenidad 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 esta; 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», SAN 23 diciembre 2003 (AS 3692); en el mismo sentido, STSJ Cataluña 17 septiembre 2003 (AS 3211). Sobre el carácter forzado y artificial de la distinción entre el alterne y la prostitución, BENLLOCH SANZ, P.: «¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de alterne», *AS*, núm. 17, 2004, págs. 65 y ss.

¹¹⁸ En efecto, si la causa es ilícita conforme al artículo 1.275 Código Civil no cabe defender «que a falta de contrato de trabajo el celebrado pueda ser civil o mercantil porque tal contrato sería necesariamente nulo» [DE LA VILLA DE LA SERNA, D.: «Relaciones laborales de hecho, nulidad del contrato de trabajo y actividades laborales de causa u objeto ilícitos o contrarios a las buenas costumbres. Comentario a la doctrina judicial sobre el "alterne"», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (iustel.com)*, núm. 6, 2004], pues cabría entender que se trata de «conductas contrarias al orden público» [SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «El Tribunal Supremo zanja el caso "Mesalina"», *AS*, núm. 21, 2005, pág. 21].

En cuanto hace a la capacidad de los sujetos implicados en la actividad descrita habrá de ser desarrollada «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»¹¹⁹, resultando antijurídica cuando la capacidad del arrendador se encuentra limitada, bien por ser menor o incapaz, bien por estar su voluntad viciada en caso de ser capaz¹²⁰. Es más, el derecho a la autodeterminación llevará a considerar que el trabajador sexual podrá poner fin al arrendamiento entablado en cualquier momento, sin que el cliente pueda forzar a consumir los servicios prometidos ni obtener indemnización alguna consecuencia del incumplimiento contractual.

Respecto al lugar de trabajo, quien se dedique a esta actividad podría desempeñar sus servicios en domicilios y viviendas de carácter particular, resultando difícil que dichos espacios merezcan la consideración de centro de trabajo a efectos laborales¹²¹; ahora bien, y para evitar la aplicación de las medidas previstas en el artículo 7.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, semejante actividad no puede ni ser prohibida por los estatutos de la comunidad ni considerarse en sí misma como molesta, insalubre, nociva, peligrosa o ilícita¹²², superando una línea judicial mayoritaria que en la actualidad califica como tales el ejercicio de la prostitución en residencias particulares y ampara la adopción de las importantes consecuencias –calificadas como «contundentes y precisas»¹²³ – reguladas en el artículo señalado¹²⁴.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: «El alterne y la prostitución. La legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral», *TL*, núm. 74, 2004, pág. 239.

¹²⁰ SAN 23 diciembre 2003 (AS 3692).

¹²¹ Por ejemplo, el artículo 3 del Decreto Catalán 217/2002, de 1 de agosto, excluye de su regulación «los domicilios y las viviendas particulares donde se prestan servicios de naturaleza sexual y que no tienen la consideración de locales de pública concurrencia».

¹²² Así lo ha considerado alguna resolución judicial cuando viene a señalar cómo «el concepto de actividad inmoral es muy relativo y en particular en el ámbito de la sexualidad humana, porque lo que para una persona puede ser moral puede no serlo para otra, ya que es un concepto que pertenece al fuero interno de la conducta humana dentro del marco social al que pertenece cada individuo, así puede haber sociedades que toleren determinadas actividades que para otras son "inmorales" (piénsese, por ejemplo, en el distinto tratamiento de la prostitución en sociedades islámicas o en el que se da en algunos países del norte de Europa con el convencimiento de que se trata de un "servicio público" que debe estar debidamente reglamentado, así, por ejemplo, el famoso "Barrio Rojo" de Ámsterdam donde se permite su ejercicio en la calle, o su tolerancia en la Casa de Campo en Madrid, o su ejercicio en prostíbulos, casas de citas, casa de masajes, etc., públicamente reconocible). Del mismo modo que la prostitución no puede calificarse *per se* de actividad inmoral, tampoco está catalogada en nuestro ordenamiento jurídico como una actividad ilícita... De lo expuesto se deduce, pues, que lo determinante es que se trate de una "actividad molesta" con abstracción de cualquier consideración moral», [SAP, Civil, Burgos 1 diciembre 2003 (JUR 51025/2004), si bien en el caso concreto considera los comportamientos derivados del ejercicio de la prostitución como insoportables para los vecinos]; en consecuencia, el hecho de que «la actividad pudiera calificarse de inmoral, por sí misma no sería suficiente, de acuerdo con el nuevo texto, para justificar la pretensión a menos que, además de inmoral, fuera ilícita en cualquier aspecto (penal, civil o administrativo)» [SAP, Civil, Santa Cruz de Tenerife 20 mayo 2002 (JUR 199451)].

¹²³ Añadiendo el pronunciamiento que lo son «no solo para impedir el desarrollo de dichas actividades, sino para obtener un resultado sancionador para el vecino que las lleva a cabo, en perjuicio del resto de la comunidad. Y, sin género de dudas, dichas acciones, cuyo ejercicio corresponde a la vía civil, resultan completamente eficaces en cuanto al resultado de las mismas, en orden a la prohibición de ejercitar los actos perjudiciales y en orden a restaurar el derecho de los vecinos a vivir libremente, sin tener que soportar dichos actos», SAP, Penal, Valladolid 2 marzo 2004 (JUR 96724).

¹²⁴ Según dichas resoluciones, «es un hecho notorio que los lugares donde se desarrollan actividades como la que tiene lugar en este piso [casa de lenocinio] propician la afluencia de gente, especialmente por las noches y la presencia de personas embriagadas, sobre todo hombres, lo que da lugar con frecuencia a escándalos y voces que perturban la tranquilidad de la vida de los vecinos siendo también asidua la desconsideración o desprecio hacia los bienes, particularmente los ele-

Asimismo, podrían ejercitar su actividad por cuenta propia en locales propiedad de otras personas, utilizando los espacios habilitados para la realización de los favores de carácter sexual a cambio, por ejemplo, de que los clientes consumieran los productos ofrecidos en dicho lugar por su titular o se pague un alquiler por el uso de las zonas reservadas¹²⁵, pero sin que este pueda percibir contraprestación alguna derivada de la prostitución pues en ese caso pasaría a convertirse en empleador¹²⁶; esta última es la situación contemplada en el artículo 2 del Decreto Catalán 217/2002, de 1 de agosto, cuando define la prestación de servicios de naturaleza sexual como «la actividad ejercida de manera libre e independiente por el prestador o la prestadora del servicio con otras personas, a cambio de una contraprestación económica, y bajo su propia responsabilidad, sin que haya ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de la actividad, llevada a cabo en reservados anexos a las dependencias principales de determinados locales de pública concurrencia».

Por cuanto afecta a la materia preventiva, se trata de una faceta a enmarcar no solo dentro de la normativa de seguridad y salud en el trabajo sino más amplia, pues los estudios muestran cómo se trata de un problema de salud pública al ser origen de un gran número de patologías de carácter sexual¹²⁷.

Por tales razones, quienes ejerzan esta actividad vendrán obligados a someterse a exhaustivos y periódicos controles de salud para evitar contagiar a los consumidores de los mismos, habida cuenta «nadie duda que el trabajador autónomo, por muy libremente que realice su labor, ha de respetar ciertas reglas en materia de seguridad, por su posible repercusión sobre la seguridad y salud de otras personas»¹²⁸. Así lo prevé el artículo 21.1 de la Orden Catalana 335/2003, de 14 de julio, cuando

mentos comunes y lugares de paso, que la comunidad tiene que limpiar y reparar por encima del mantenimiento ordinario», SAP, Civil, Madrid 14 octubre 2004 (JUR 18086/2005). En el mismo sentido, STS, Civil, 8 octubre 1985 (RJ 4631), 26 septiembre 1986 (RJ 4790), 4 abril y 6 junio 1988 (RJ 2651 y 4819), 16 junio 1989 (RJ 4691), 25 enero 1990 (RJ 24) y 22 mayo 1993 (RJ 3724) o SSAP, Civil, Las Palmas 15 marzo 1993 (AC 742); La Coruña 13 octubre 1993 (AC 2166); Madrid 3 febrero 2001 (JUR 104634), 13 junio 2003 (AC 2066), 30 abril 2004 (JUR 228295) y 18 febrero 2005 (JUR 85031) o Pontevedra 3 junio 2005 (JUR 22191/2006).

¹²⁵ Un estudio práctico y sociológico sobre el funcionamiento de estos denominados «clubes de plaza u hospedaje», SOLANA RUIZ, J.L.: *Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres*, Granada (Comares), 2003, págs. 49 y ss.

¹²⁶ Sumamente críticos con esta posibilidad en tanto semejante actividad «estaría totalmente fuera de la legalidad vigente», REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 219.

¹²⁷ De hecho, muchos poderes públicos consideran que los trabajadores sexuales constituyen un peligro para la sociedad, en especial desde el punto de vista de la transmisión del virus del SIDA, estigmatizándolos y marginándolos [al respecto pueden ser consultados los estudios de PLUMRIDGE, L. y ABEL, G.: «A "segmented" sex industry in New Zealand: sexual and personal safety of female sex workers», *Australian and New Zealand Journal of Public Health*, Vol. 25, núm. 1, 2001, págs. 78 y ss.; WOLFFERS, I. y VAN BEELEN, N.: «Public health and the human rights of sex workers», cit., págs. 1 y ss. y BOYTON, P. y CUSICK, L.: «Sex workers to pay the price», cit., págs. 190 y ss.], cuando deberían ser objeto de protección en tanto «son precisamente las mujeres prostituidas las que sufren buena parte de los efectos perniciosos de ese tráfico (entre ellos, el contagio del virus del SIDA o de otras enfermedades venéreas y los embarazos no deseados)», HAVA GARCÍA, E.: «La lucha contra la trata de personas para su explotación sexual. Instrumentos punitivos disponibles y factores criminógenos derivados del sistema», en AA.VV. (RUIZ PÉREZ, E., Coord.): *Mujer y trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2003, pág. 207.

¹²⁸ MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: «La prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas», en prensa, pág. 7. En efecto, «los derechos de los consumidores... se imponen a la libertad del autónomo en beneficio de la seguridad y salud de usuarios, consumidores, receptores de suministros y prestaciones, convencinos y ciudadanos en general. De forma que, obligado por el respeto de los derechos fundamentales de otros, el trabajador autónomo acaba siendo forzado a cumplir normas de seguridad que, tangencialmente, también le protegen a él

señala cómo «las personas que presten los servicios de naturaleza sexual deben estar sujetas a las medidas de control sanitario de tipo preventivo y asistencial contenidas en los programas de atención dirigidos a la prevención de enfermedades de transmisión sexual».

Es más, cabría plantear si los clientes, antes de contratar los servicios, estarían capacitados para exigir alguna clase de certificado oficial en el cual quedara acreditado que el trabajador sexual no tiene enfermedades de naturaleza infecto-contagiosa; semejante posibilidad rayaría los límites del derecho a la intimidad, si bien en dicho supuesto esta prerrogativa aparecería subordinada a la integridad física del cliente, resultando justificada la medida siempre y cuando su contenido resultara proporcionado, bastando con un certificado médico general que no aporte demasiados detalles sobre las patologías del trabajador sexual. En consecuencia, y en aras a evitar vulnerar derechos considerados fundamentales como la intimidad, la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y la autodeterminación informativa, «la utilización de la información debe ceñirse al propósito concreto del que se informó al sujeto al proceder a la prueba»¹²⁹.

Por otra parte, y aun cuando el trabajador por cuenta propia se convierte en el «propio garante de su seguridad laboral» y, en consecuencia, adquiere la cualidad de único responsable de la adaptación de las medidas preventivas¹³⁰, hay quien no ha dudado en señalar cómo «todas las obligaciones relativas a operativos de seguridad, reconocimientos médicos, limitación de exposición a sustancias, etc., deberían vincular a los autónomos y ser por tanto objeto posible de control e inspección por la Administración Pública y causa, en su caso, del ejercicio de la potestad sancionadora»¹³¹.

Asimismo, conviene recordar cómo el artículo 24 LPRL y el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, que lo desarrolla reglamentariamente, obligan a cooperar en la aplicación de los instrumentos preventivos a cuantos trabajadores autónomos presten servicios en los centros de trabajo de otros empresarios, habida cuenta su actividad puede poner en peligro no solo su salud sino la de los trabajadores de las unidades productivas donde desempeñan su profesión, produciendo «un condicionamiento mutuo de la seguridad... puesto que las tareas que realicen los trabajadores de las distintas empresas y las del trabajador autónomo, así como las medidas de prevención que se adopten, van a repercutir sobre el resto por el hecho de prestar servicios en el mismo lugar»¹³².

mismo. Una especie de tutela de la salud por derivación a la que el trabajador autónomo puede ser perfectamente obligado; sin que pueda alegar que lo que está en juego, porque no es cierto, es solo su propia salud y su propia seguridad», GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «El tratamiento de los riesgos del trabajo de los trabajadores autónomos», *TL*, núm. 81, 2005, pág. 152.

¹²⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *Pruebas genéticas en el Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1999, pág. 131.

¹³⁰ NAVARRO NIETO, F.: *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Albacete (Bomarzo), 2005, pág. 78.

¹³¹ CARDENAL CARRO, M.: «Mucho ruido y pocas nueces en la salud laboral de los autónomos», *AS*, T. V, 2002, pág. 294.

¹³² MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos*, Albacete (Bomarzo), 2006, págs. 15 y 16.

Atendiendo a la normativa expuesta, cabe plantear cómo afectarán semejantes disposiciones a quienes ejerzan la prostitución por cuenta propia, resultando necesario diferenciar dos circunstancias distintas de tomar en consideración el lugar de desarrollo de la prestación de servicios sexuales.

De un lado, bien pudiera ocurrir que en un mismo domicilio o vivienda particular concurrieran diferentes profesionales llevando a plantear si dicho recinto merece la consideración de centro de trabajo a fin de poder aplicar la normativa en materia preventiva analizada. El artículo 2 a) del Real Decreto 171/2004 define el centro de trabajo como «cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo» y el artículo 4.1.2.º de dicha norma reglamentaria viene a señalar cómo «el deber de cooperación será de aplicación a todas las empresas y trabajadores autónomos concurrentes en el centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos». Una interpretación amplia de los preceptos transcritos llevaría a considerar dichas dependencias como centros de trabajo a estos efectos, pero su carácter eminentemente privado y las características de la actividad en ellas ejercida hace muy difícil –cuando no inútil– la aplicación de la normativa analizada, habida cuenta nada aportará la información recíproca facilitada entre los autónomos concurrentes.

De otro, la conclusión cambia cuando, tal y como ocurre en algunas experiencias comparadas como el caso alemán o puede desprenderse de la única norma en el ordenamiento español de ámbito superior al municipal reguladora de esta actividad (art. 2 Decreto Catalán 217/2002), quienes se dedican a la prostitución ejercen su ocupación en los locales de otros empresarios, en cuyo caso estos merecerán la consideración de empleador titular del centro de trabajo¹³³ viniendo obligados a cooperar, informar e instruir a los autónomos sobre los riesgos que puedan afectar a su ocupación y las medidas tendentes a evitarlos, debiendo el trabajador sexual tener en cuenta las advertencias realizadas y cumplir las indicaciones que le haya hecho llegar el titular del establecimiento (arts. 4 a 9 RD 171/2004).

La contravención por el prostituto de cuantos deberes han sido descritos deberá traer aparejadas las correspondientes responsabilidades ya sea en su vertiente administrativa, civil o penal. Dejando a un lado la última, y comenzando por la primera de ellas, la regulación legal de la prostitución –tal y como se defiende en el presente trabajo– traería consigo el reconocimiento de derechos pero también la imposición de deberes, cuyo cumplimiento debe ser fiscalizado por la Administración Pública, en especial por cuanto hace a las medidas de seguridad e higiene, justificando, en su caso, el ejercicio de la potestad sancionadora. Así, y como transgresiones imputables al autónomo, la LISOS tipifica como

¹³³ «La definición transcrita posee dos elementos: la "capacidad de poner a disposición" el centro de trabajo y la "capacidad de gestionar". El primero implica que la persona de referencia, en virtud de cualquier título jurídico, tiene el dominio sobre el centro de trabajo, lo que le da la facultad de permitir la concurrencia de otros empresarios en el centro de trabajo del cual es titular. El segundo, complementando el anterior, implica que el sujeto ya no solo tiene el dominio del centro de trabajo en función del título jurídico, sino que efectúa una real y actual disposición del mismo, ejerciendo sobre él las facultades de dirección y control. De este modo, la primera nota concurriría en el arrendador de un local, el cual, como ha reseñado el Tribunal Supremo, carece de la cualidad para ser considerado como sujeto responsable a pesar de ser propietario del inmueble, al no ser empresario. Es decir, carece de la capacidad de gestión», MARTÍNEZ BARROSO, M.ª R.: *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas*, Albacete (Bommarzo), 2006, págs. 20 y 21, nota 61.

infracción grave «no adoptar los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo... las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales» (art. 12.13), pasando dichos comportamientos a tener la consideración de muy graves «cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales» (art. 13.7), debiendo la normativa que regularice esta situación establecer algunas otras, como, por ejemplo, considerar como sancionable el no someterse a los controles de salud con la periodicidad requerida o ejercer la actividad cuando dichos reconocimientos constaten la existencia de alguna enfermedad infecto-contagiosa mientras esta no haya sido curada.

Con todo, menester será reconocer las dificultades para realizar un control incondicional de la actividad, circunstancia capaz de llevar a que con carácter general las infracciones sean castigadas *a posteriori* actuando no tanto sobre el comportamiento sino sobre su resultado lesivo; no obstante, y en la medida de lo posible, cabe solicitar la implantación de mecanismos de intervención periódicos y con la suficiente frecuencia como para permitir garantizar al mayor nivel factible el desarrollo de la actividad con la exposición a los menores riesgos posibles, así como la creación de registros administrativos en los cuales hubieran de inscribirse quienes se dedicaran a esta actividad, dotándolos eso sí de adecuados dispositivos a fin de asegurar su confidencialidad y secreto, de manera que únicamente pudieran ser utilizados con la finalidad inherente a su creación: evitar comportamientos capaces de poner en peligro la salud de los trabajadores y de los clientes.

En cuanto hace a la responsabilidad civil contractual o extracontractual –y sin perjuicio que en determinadas ocasiones el contagio pueda ser constitutivo de sanción penal–, el ejercicio de la actividad puede causar la transmisión de enfermedades de naturaleza sexual y provocar la correspondiente reclamación por parte del usuario de una indemnización por los daños y perjuicios causados, cuya acreditación obligará al trabajador sexual a abonar importantes sumas de dinero para resarcir la lesión. Tanto para proteger a quien ejerza la prostitución como a quien utilice sus servicios cabría demandar la contratación de un seguro tendente a cubrir semejante carga contratando una póliza sin limitación alguna en cuanto al tomador del seguro y al asegurado, eso sí habilitando las correspondientes ayudas a fin de no hacer demasiado gravosa su suscripción para el autónomo.

IV. REFLEXIONES SOBRE EL ENCUADRAMIENTO DE LA PROSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Consecuencia inmanente a la consideración de la actividad de prostitución como laboral, ya sea por cuenta ajena o propia, es la necesidad de cumplir con las obligaciones correspondientes en materia de cotización a la Seguridad Social para que, en su caso, quien preste tales servicios merezca lucrar las oportunas prestaciones que el legislador pudiera ofrecer a esta actividad y gozar así de una debida protección social¹³⁴, superando los eventuales reparos a perder el anonimato. Omitir la

¹³⁴ FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: «El alterne y la prostitución. La legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral», cit., pág. 246. El incentivo de someter a tributación las elevadas cuantías que se mueven en esta actividad y que, normalmente, escapan a cualquier control ocultas en la «economía sumergida», aun estando presente, no puede empañar la verdadera finalidad del amparo jurídico propugnado, como es el bien común de la sociedad y de las personas afectadas, EDLUND, L. y KORN, E.: «A theory of prostitution», cit., pág. 182.

protección social de los trabajadores de esta rama de actividad significaría en muchos casos impedirles acceder a los beneficios del seguro público, pues salvo su inclusión por haber obtenido una sentencia reconociendo la laboralidad o por la realización de otra actividad distinta, accederían únicamente a las pensiones no contributivas ¹³⁵.

Desde luego, no faltan en el Derecho comparado posibles modelos para ello ¹³⁶, si bien en nuestro país ha sido propuesto incluir en el Régimen General la actividad del alterne –teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen en tales supuestos la existencia de vínculo laboral dependiente– y la prostitución en el Especial de Trabajadores Autónomos ¹³⁷. No obstante, más que a la denominación exacta de la modalidad prestacional habría de atenderse a la efectiva existencia o inexistencia de las notas características del contrato de trabajo para encuadrar al sujeto en uno u otro régimen. De ser así, deberían ponerse los medios oportunos para evitar, también aquí, el recurso al falso autónomo (como ha sido propuesto por alguna de las asociaciones empresariales del sector) y, en definitiva, hacer recaer en el trabajador todos los costes de Seguridad Social, lo cual a buen seguro perpetuaría en cierta medida la explotación y marginalidad que se pretenden evitar.

La primera dificultad al efecto viene dada por la inexistencia de la prostitución como actividad económica entre las descritas en la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, reguladas en el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuestos sobre Actividades Económicas; sin embargo, la barrera puede ser fácilmente salvada con una leve intervención legislativa acompañando a (o incluida en) aquella otra que pudiera abordar su regularización. En cualquier caso, tampoco sería difícil incardinarlo en otros epígrafes como la hostelería (División 5 del Anexo I RDLeg. 1175/1980, «Profesionales relacionados con el comercio y la hostelería», como sin duda habrá ocurrido cuando al alterne se le ha reconocido como prestación laboral ¹³⁸).

Salvado lo anterior, la necesidad de parar mientes en este apartado de Seguridad Social obliga, por el limitado espacio disponible, a reflejar a vuelapluma algunas de las cuestiones que los autores consideran trascendentes a la hora de implementar en la práctica la anhelada protección social de los trabajadores del sexo. Así, en primer lugar, irremediablemente ha de abordarse la posibilidad (y los

¹³⁵ «En su condición de ciudadanas o residentes (legales) sí podrían acceder si concurren los requisitos legalmente exigidos», REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., pág. 223.

¹³⁶ EDLUND, L. y KORN, E.: «A theory of prostitution», cit., págs. 181 y ss.; KANTOLA, J. y SQUIRES, J.: «Discourses surrounding prostitution policies in UK», cit., págs. 77 y ss. o REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., págs. 13 y ss.

¹³⁷ FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: «El alterne y la prostitución. La legítima asociación de sus protagonistas y los efectos de su consideración laboral», cit., pág. 246.

¹³⁸ De hecho, el Tribunal Supremo consideró lícito la inscripción de la Asociación empresarial denominada «Mesalina» en el Registro de Asociaciones empresariales dependiente del Ministerio de Trabajo, teniendo por finalidad, conforme a sus Estatutos, «la actividad mercantil consistente en la 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» STS 27 noviembre 2004 (RJ 8063), comentada en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «El Tribunal Supremo zanja el caso "Mesalina"», *AS*, núm. 21, 2005, págs. 15 y ss.

términos concretos) de reconocer contingencias profesionales en dicha actividad, tanto para los trabajadores por cuenta ajena como propios; en segundo término, procederá apuntar una serie de reflexiones en las distintas prestaciones de la Seguridad Social para, como reza el título del trabajo, abrir el debate.

Respecto a la primera de ellas, como muchas otras actividades, la prostitución, ejercida por cuenta propia o ajena, no aparece exenta de riesgos; desde cualesquiera hechos fortuitos acontecidos en el lugar de trabajo hasta, en el extremo, posibles agresiones físicas o, más específicamente, enfermedades de transmisión sexual, entre las cuales cabría citar como paradigmática el SIDA. Por tal motivo, cabe plantearse su reconocimiento como contingencias profesionales, a traducir en la sensible diferencia de trato a efectos de los requisitos de acceso y las cuantías de las diferentes prestaciones lucradas en el sistema de Seguridad Social.

Así, y en primer término, nada impediría la operatividad del concepto de accidente de trabajo contenido en el artículo 115 LGSS para cuantos presten este tipo de servicios por cuenta ajena, en tanto en cuanto a su tenor merecerá tal calificación «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena», jugando además a su favor la presunción del apartado tercero considerando constitutivas de tal contingencia, salvo prueba en contrario, las acaecidas «durante el tiempo y en el lugar de trabajo». Por otra parte, cabe recordar cómo para el autónomo se configura de un modo más restrictivo, habida cuenta el legislador exige que el percance ocurra «como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta» (art. 3 RD 1273/2003) –lo cual excluye supuestos como el accidente *in itinere*– así como probar «la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia» –desterrando la aplicación de la presunción *iuris tantum*–, todo lo cual ha sido objeto de las críticas por todos conocidas ¹³⁹.

En segundo lugar, sería (y es) este un colectivo amenazado por las enfermedades de transmisión sexual, lo cual plantea la duda a la hora de calificar el contagio como accidente o enfermedad –en ambos casos, común o no–, tal y como ha ocurrido en otros sectores de actividad ¹⁴⁰. Centrando los siguientes párrafos en el SIDA, pero con criterios aplicables a cualquier otra patología contagiosa (y más mediante relaciones sexuales), para estudiar su correcto encuadramiento en una u otra categoría conviene tener presente cómo se vincula su producción «no al momento en que se desarro-

¹³⁹ Incluyendo la necesidad de concretarlo con una Mutua, habiendo optado previamente por asegurar también la incapacidad temporal, la cotización adicional que ello supone (que en este caso correspondería a los epígrafes con un porcentaje más elevado, por el riesgo existente), etc.; al respecto, baste remitir para ello a MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: «La extensión de la acción protectora por contingencias profesionales al Régimen Especial de Autónomos», *AL*, T.I, 2003, págs. 133 y ss; BENEYTO CALABIUG, D.: «Mejoras de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia o autónomos», *TS*, núm. 157, 2004, págs. 35 y ss. o LÓPEZ GANDÍA, J.: «La nueva protección social de los trabajadores autónomos», *RDS*, núm. 24, 2003, págs. 23 y ss.

¹⁴⁰ Principalmente en el sanitario, pero predicable también para otros colectivos como personal de prisiones, peluquerías, tatuajes...; sobre la consideración del SIDA como contingencia profesional en estos supuestos, ÁLVAREZ CUESTA, H. y RODRÍGUEZ HIDALGO, J.G.: «El riesgo del SIDA como enfermedad emergente en el sistema nacional de Seguridad Social», en *Diario del Derecho del Portal Jurídico www.iustel.com*, diciembre, 2002.

lla la enfermedad, sino al momento en el cual el evento súbito concurre, esto es, cuando se contagia el trabajador»¹⁴¹; lo anterior, sin duda, se traduce en la dificultad añadida de fijar y probar el momento preciso del contagio.

Las dificultades para considerarlas como enfermedad profesional son obvias, pues el artículo 116 LGSS remite al reciente Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, cuyo listado (al igual que sus precedentes Reales Decretos 1995/1978, de 12 de mayo, y 2821/1981, de 27 de noviembre) conforma un sistema cerrado¹⁴², por mucho que las organizaciones sindicales¹⁴³ y las altas instancias comunitarias¹⁴⁴ hubieran mostrado su preocupación instando al gobierno español la inclusión del SIDA como enfermedad profesional para determinados colectivos, máxime de tener en cuenta que alguna afección como la hepatitis vírica, cuya forma de contagio es similar –contacto directo con la sangre infectada–, sí está considerada enfermedad profesional para aquellos¹⁴⁵. Las ventajas a obtener serían altamente estimables para quienes prestaran servicios relacionados con el sexo, al constituir una presunción *iuris et de iure* que exime de probar el nexo causal entre la enfermedad padecida y la labor realizada¹⁴⁶, al permitir entablar una relación entre una patología de largo desarrollo con el trabajo desempeñado años atrás y al agilizar los trámites para el acceso a las prestaciones oportunas. Además, «la necesidad de tratamiento preventivo específico amplía el cuadro de la acción protectora, creando situaciones de necesidad protegidas distintas de las previstas con carácter general y cuya cobertura se realiza a través de una combinación entre técnicas propias de Seguridad Social y la determinación legal de una serie de obligaciones para el empleador»¹⁴⁷: períodos de observación como prestación de incapacidad temporal en el caso previsto en el artículo 128 LGSS; tratamientos preventivos; posibilidad de realizar reconocimientos

¹⁴¹ MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Las enfermedades del trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2004, pág. 157. Por tanto, el hecho tenido en cuenta para la calificación como contingencia profesional o común resulta el acontecimiento inicial o desencadenante de las lesiones, no el resultado del proceso patológico, PONS CARMENA, M.^a J.: «La problemática del SIDA en la acción protectora de la Seguridad Social», cit., pág. 32.

¹⁴² «El sistema de lista tiene el inconveniente de que se quede desfasada, incompleta y de que a veces transcurre mucho tiempo hasta que se incorporan las nuevas enfermedades profesionales que vayan apareciendo» [BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALMER CARRASCO, M.A.: *Curso de Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2002, 9.^a ed., pág. 256], así como rígido y formal [STS 14 julio 1995 (Ar. 6587) y STSJ La Rioja 20 octubre 1998 (Ar. 3591)]. En tal sentido, son contados los supuestos en los que se ha hecho una interpretación flexible y abierta para incluir enfermedades no listadas, SSTSJ País Vasco 19 marzo 1996 (AS 477) o 27 febrero 2001 (AS 431) o Cataluña 21 abril 1998 (AS 5579) o, incluso, por la propia Administración, en el famoso caso *Ardystil*, mediante Resolución de 30 de diciembre de 1993, haciéndolo de forma provisional y aun cuando no se determinó a ciencia cierta el agente concreto.

¹⁴³ Principalmente el Sindicato de Enfermería (SATSE), en *Revista Salud y Trabajo*, núm. 83, 1991, pág. 41.

¹⁴⁴ Recomendación núm. 89 del Consejo de Ministros de la CEE sobre «Cuestiones éticas relativas a la infección por VIH en los establecimientos sociales y de atención a la salud», recomienda específica y concretamente que la infección por VIH sea reconocida como enfermedad profesional.

¹⁴⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Las enfermedades del trabajo*, cit., pág. 162 o PONS CARMENA, M.^a J.: «La problemática del SIDA en la acción protectora de la Seguridad Social», cit., pág. 30.

¹⁴⁶ «La inclusión elimina o reduce los problemas de prueba, pues acreditada la realización del trabajo en actividad listada y la aparición de la enfermedad prevista para esa actividad, la calificación se impone de forma casi automática, por lo que se ha aludido al juego de la presunción legal», DESDENTADO BONETE, A.: «Concepto de enfermedad profesional», en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* (MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.^a N., Dirs.), Granada (Comares), 1999, pág. 1.122.

¹⁴⁷ DESDENTADO BONETE, A.: «Concepto de enfermedad profesional», cit., pág. 1.123.

previos y periódicos; medidas protectoras especiales como los traslados de puesto de trabajo (art. 45 Orden de 9 de mayo de 1962) o, por último, aseguramiento de las prestaciones por una Mutua ¹⁴⁸.

Por otra parte, dentro del género «accidente de trabajo» aparece la especie «enfermedad de trabajo» definida como aquella patología que sufra el trabajador, con origen exclusivo en la relación laboral, pero no incluida en la lista de enfermedades profesionales [art. 115.2 e) LGSS] ¹⁴⁹; es decir, constituye un híbrido entre la enfermedad profesional y el accidente de trabajo *stricto sensu* ¹⁵⁰. En su sentido más estricto, son las producidas por factores o agentes nocivos comunes o genéricos, en el sentido de que no pertenecen específicamente a un determinado medio o ambiente laboral, pero que pueden actuar también en la ejecución del trabajo ¹⁵¹. Sin embargo, eliminada la posibilidad de considerarlo (por ahora) como enfermedad profesional por los motivos recién citados, será menester denominar como enfermedad de trabajo ¹⁵² las sufridas a partir de la realización de una concreta tarea laboral, siendo necesario siempre acreditar la efectiva influencia de la referida actividad en la aparición de la enfermedad, conforme exige el artículo 115.2 e) LGSS ¹⁵³. En tan compleja y ardua tarea, los Tribunales parecen haber atenuado la dureza del precepto en el caso concreto del SIDA, al apreciar la causalidad cuando el trabajo constituye la vía de transmisión o contagio de la enfermedad ¹⁵⁴.

En similares términos, también merecen tal consideración las patologías padecidas con anterioridad por el trabajador y agravadas a consecuencia de una lesión sufrida durante el desarrollo del trabajo [art. 115.2 f) LGSS] ¹⁵⁵; de esta manera, la enfermedad latente del trabajador –aun cuando no

¹⁴⁸ Siguiendo en la enumeración a BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDIA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.^a A.: *Curso de Seguridad Social*, cit., págs. 249-250.

¹⁴⁹ «Constituyen enfermedades del sujeto protegido de naturaleza común pero cuya etiología se conecta con el trabajo, y su calificación y consideración como accidente de trabajo responde al mismo fundamento que los accidentes de trabajo en sentido propio y las enfermedades profesionales, pues el funcionamiento de la empresa es un factor objetivo desencadenante del riesgo del que deriva la contingencia», RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «Las enfermedades del trabajo», *RL*, núms. 15-16, 1995, pág. 2.

¹⁵⁰ Un estudio exhaustivo de las conexiones entre estos conceptos en TOSCANI JIMÉNEZ, D. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: «La prurción del artículo 115.3 de la LGSS y las llamadas enfermedades del trabajo», *TS*, núm. 78, 1997, págs. 61 y ss.

¹⁵¹ MARTÍN VALVERDE, A.: «El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal», en AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900* (GONZALO GONZÁLEZ, B. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Dirs.), Madrid (La Fraternidad-Muprespa-UNED), 2000, págs. 230-231.

¹⁵² Aun cuando algunos autores defienden su consideración directa como accidente de trabajo, en tanto acontecimiento súbito y violento y, por tanto, sin necesidad de probar la relación de causalidad entre la lesión (contagio de VIH) y el entorno laboral. Sin embargo, y a pesar de los aparentes beneficios para los trabajadores, para tal calificación resulta necesario reunir tres requisitos, de insegura concurrencia en este tipo de actividades: ausencia de factores de riesgo; ausencia de anticuerpos en el suero del accidentado poco después de la lesión y desarrollo posterior de anticuerpos sin que exista riesgo de contagio en ese período, MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Las enfermedades del trabajo*, cit., pág. 167 y PONS CARMENA, M.^a J.: «La problemática del SIDA en la acción protectora de la Seguridad Social», cit., pág. 27.

¹⁵³ SSTSJ Castilla-La Mancha 20 noviembre 1991 (AS 6401) o Navarra 8 septiembre 1999 (AS 3057).

¹⁵⁴ STSJ Castilla-La Mancha 20 noviembre 1991 (AS 6401). Pero no siempre, como muestra la STSJ Cataluña 14 diciembre 2005 (JUR 2006/96906).

¹⁵⁵ Para su consideración como tal, debe presentar las siguientes características: normalidad profesional o laboral del sujeto, que puede ignorar o conocer la existencia de su enfermedad, pero en ningún caso ve afectada su capacidad; producción de un hecho calificado como accidente de trabajo, que determina la aparición brusca de un efecto de la enfermedad –SIDA, en el supuesto objeto de estudio– que sí incide en la aptitud profesional y, por último, el nexo causal entre el hecho cons-

hubiera sufrido el contagio en el desarrollo de su profesión— constituye contingencia profesional si un accidente laboral posterior incide negativamente al acelerar y agudizar los síntomas que motivan el desarrollo de la enfermedad ¹⁵⁶, teniendo presente cómo el tipo de posibles enfermedades involucradas suponen en un gran número de supuestos una disminución de las defensas capaz de no soportar las consecuencias derivadas de un posterior accidente laboral, como podría ser la afectación a órganos internos, derrames, hemorragias...

En fin, la consideración de este tipo de enfermedades como contingencia común a efectos de la protección de la Seguridad Social en aquellas ocasiones que no merezca la calificación de profesional, de uno u otro tipo, no plantea numerosas dudas ni a la doctrina ni a la jurisprudencia, en tanto su definición viene dada por el negativo de las contingencias profesionales. Así, la ausencia de nexo causal entre el suceso acaecido y la prestación de servicios conducen a la denominación de accidente o enfermedad común. Más problemático resulta distinguir entre ambos y, en concreto, calificar una enfermedad lenta y progresiva como un evento violento, súbito y externo ¹⁵⁷. La disyuntiva hace referencia, en cuanto aquí importa, al contagio del SIDA o cualquier otra enfermedad por la ingestión de drogas por vía parenteral, fenómeno nada extraño a la prostitución (aun cuando cada vez menos, ciertamente). Frente a algunas opiniones contrarias, la doctrina judicial unificada ha zanjado la cuestión apreciando enfermedad común, pues «se considera debido a un cuadro nosológico adquirido por una vía normal de contagio, que siempre es contingente por naturaleza, y que se va desarrollando lenta e independientemente del hecho inicial al que se pretende atribuir la consecuencia» ¹⁵⁸, pues además «deriva de un riesgo no genérico sino creado por quien después padece sus efectos negativos» ¹⁵⁹. En definitiva, considerar como derivadas de accidente todas las enfermedades de transmisión vírica parece entrar en expresa contradicción con el análisis conjunto y sistemático de los artículos 115, 116 y 117 LGSS ¹⁶⁰.

titutivo de accidente y el efecto que modifica la capacidad laboral. MARIN CORREA, J.M.^a: «Accidente de trabajo. Ampliación del concepto», en AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900*, cit., pág. 263 y MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Las enfermedades del trabajo*, cit., pág. 41.

¹⁵⁶ MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Las enfermedades del trabajo*, cit., pág. 167 y STS 27 octubre 1992 (Ar. 7844). «La enfermedad latente que padecía el actor, siendo seropositivo, se inicia en su aparición como consecuencia del traumatismo sufrido, que incidió negativamente en la respuesta del organismo. Ante tal acaecimiento físico [...] es evidente la incidencia causal del evento fáctico en su evolución posterior hasta llegar al estado en que actualmente se encuentra», STSJ Andalucía/Granada 2 diciembre 1993 (Ar. 5452).

¹⁵⁷ En buena lógica, parece exagerado utilizar las características de lenta y progresiva como propias de las enfermedades y la rapidez en el desencadenamiento de los accidentes, en tanto en muchas enfermedades comunes típicas de carácter no traumático, la alteración de la salud se produce de forma súbita, DESDENTADO BONETE, A.: «Concepto de los accidentes no laborales y de las enfermedades comunes», en AA.VV.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1.125. Un estudio pormenorizado de los argumentos a favor de una y otra, a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales en SÁNCHEZ CARO, J.: «Relaciones laborales y SIDA: algunas cuestiones. A propósito de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», *La Ley*, T. VI, 1998, págs. 2.042 y ss.

¹⁵⁸ Más en extenso, SSTS 2 junio y 20 octubre 1994 (RJ. 5400 y 8099), 25 enero y 2 febrero 1995 (RJ 411 y 771) o, en la Jurisprudencia menor, SSTSJ Andalucía/Málaga 18 enero 1995 (AS 183) o Extremadura 3 junio 1998 (AS 6151).

¹⁵⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 2 febrero 1994 (AS 666).

¹⁶⁰ MARTÍNEZ BARROSO, M.^a R.: *Las enfermedades del trabajo*, cit., pág. 159.

A la hora de abordar cada una de las prestaciones de Seguridad Social, el punto de vista adoptado atiende al propio derecho a las mismas, así como a los requisitos y condiciones de acceso, más que a otras facetas puramente instrumentales y accesorias. Por otra parte, algunas como las derivadas de muerte y supervivencia o las otorgadas por hijo a cargo no parecen merecer más comentarios que las críticas vertidas por la doctrina de forma general ¹⁶¹ y los servicios sociales y la asistencia social del sistema carecen prácticamente de contenido y van destinadas sobre todo a minusválidos y personas de la tercera edad ¹⁶², por lo que se han visto sustituidas por la modalidad prestada en otras Administraciones; se obvia además, en gran medida por ser común, la trascendencia de un posible no reconocimiento de contingencias profesionales (o en forma más limitada) a efectos de exigir períodos previos de cotización que en muchos casos pueden ser difíciles de acreditar por quien ejerce este tipo de actividades.

En cuanto hace a la incapacidad temporal, los facultativos encargados de expedir los distintos partes médicos serían los encargados de determinar qué concretas dolencias que para otros trabajos pueden suponer la baja laboral aquí permitirían seguir prestando servicios y a la inversa, es decir, qué concretas alteraciones impiden temporalmente el desempeño de una actividad que consiste en, entre otras cosas y según el supuesto, mantener relaciones sexuales. Mucho más restrictivos serían, sin duda, si además pertenecieran a una Mutua, bien por la conocida disputa competencial con el INSS en su tramitación y control (pudiendo comprobar la situación clínica del trabajador y verificar la duración de la incapacidad), bien por ser realmente los gestores en caso de derivar de contingencias profesionales. Por otra parte, en supuestos extremos en los cuales el trabajador, por ejemplo, fuera portador de los anticuerpos del temible virus del SIDA, puede no estar claro, a efectos de apreciar la existencia de una recaída, si distintas enfermedades oportunistas derivan de un proceso directamente relacionado con la dolencia inicial (arts. 128.2 LGSS y 9 Orden 13 octubre 1967). La respuesta parece afirmativa ¹⁶³, lo cual supondría considerar un solo proceso de incapacidad, sumar plazos y, tal vez, facilitar el agotamiento de la prestación y su tránsito a una incapacidad absoluta. En fin, el reconocimiento de enfermedades profesionales en este ámbito permitiría obtener protección en los períodos de observación y, como se ha visto en parte, para el autónomo el acceso a estas prestaciones suponen una cotización adicional.

Sin perjuicio del posible derecho a las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes de reconocerse las contingencias profesionales, la situación de incapacidad permanente tendría como principal escollo la determinación de cuándo estamos ante una en grado total. En similares términos a lo que ocurre en la incapacidad temporal, resultará hartamente complicado determinar cuándo se está incapacitado para prestar los servicios típicos de esta actividad, máxime teniendo en cuenta

¹⁶¹ Respecto a la primera, CAVAS MARTÍNEZ, F.: «La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas para su reforma», *AS*, núm. 5, 2001, págs. 2.007 y ss. o GETE CASTRILLO, P.: «Situación normativa de la pensión de viudedad: ¿para cuando el paso de un continuo manoseo a una radical revisión institucional de la contingencia de muerte y supervivencia?», en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Coord.): *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, 2004, págs. 43 y ss.; en cuanto a las segundas, en un tono menos crítico tras la reciente reforma legal, PANIZO ROBLES, J.A.: «La nueva reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (a propósito del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre)», *TS*, núms. 181 y 182, 2006, págs. 13 y ss. y 11 y ss., respectivamente.

¹⁶² Sobre los servicios sociales de la Seguridad Social, ALONSO GARCÍA, B.: «Servicios sociales del Sistema de la Seguridad Social», en AA.VV.: *Factbook Seguridad Social*, Cizur Menor (Thomson-Aranzadi), 2005, 4.ª ed., págs. 105 y ss.

¹⁶³ A partir de los razonamientos contenidos en la STS 5 julio 2000 (RJ 8325) y las allí citadas.

dos apreciaciones: de un lado, el sexo es una función natural que solo en casos extremos deja de ser posible, casos que por sí mismos ya constituirían una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez; de otro, el criterio a utilizar ha de considerar las secuelas físicas o síquicas desde un punto de vista médico, no la capacidad de ganancia u otros factores personales, como la edad, la formación, las posibilidades de encontrar trabajo. No obstante, cuando fuera reconocida como total, en una interpretación realizada con idéntica finalidad a la presente en la destinada a los mayores de 55 años, debería reconocerse la cualificada (arts. 139.2 LGSS y 6.2 Decreto 1646/1972) ¹⁶⁴.

Si la conciliación de la vida laboral y familiar es tarea complicada para cualquier trabajador, para quien presta servicios de este tipo lo será aún más, a buen seguro. Por ello, el período de disfrute del permiso de maternidad puede resultar excesivamente reducido, habida cuenta se optará por agotar el máximo número de semanas antes del parto, doce, por motivos obvios, respetando las cuatro de preceptivo disfrute posterior. La solución podría pasar por considerar que, ante tales circunstancias y en semejante sector, el embarazo de la mujer legitima para considerar inaplicables variadas de las medidas del artículo 26 LPRL, debiendo proceder a la suspensión del contrato de trabajo (pues siempre existirá influencia negativa de agentes, procedimientos o condiciones del puesto desempeñado) con la oportuna prestación de «riesgo durante el embarazo», de cuantía inferior que la primera.

Por lo que se refiere a la jubilación, mantener para este colectivo la edad ordinaria a los 65 años parece exageradamente dilatada, siendo recomendable posibilitar la anticipación mediante Decreto al tratarse de una actividad profesional de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre o con elevados índices de morbilidad o mortalidad (art. 161.2 LGSS), como ocurre en la minería del carbón (art. 9 Decreto 298/1973), mineros en general (art. 21 RD 3255/1983), ferroviarios, artistas y profesionales taurinos (RD 2621/1986), trabajadores del mar (art. 37.2 Decreto 2864/1974)...; de no mediar actuación legislativa al respecto, los Tribunales vendrían obligados a no reconocer la jubilación anticipada ¹⁶⁵. Las otras vías legales para rebajar la edad no resultan aplicables (pues la concedida a los 60 años con cargo a Fondos de promoción de empleo, permitida por la Ley 27/1984, de 26 de julio, va asociada a planes de reconversión y reindustrialización) o bien no resultan suficientes por adelantar el hecho causante a lo sumo a los 61 años [como serían la ligada al fomento del empleo prevista en el aún hoy aplicado en el Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio, a los 64 años, o la reconocida para los mayores de 61 años –en los términos del art. 161.3 LGSS–, pues además exige acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años (sin contar la parte proporcional de pagas extraordinarias), encontrarse inscrito como demandante de empleo durante al menos seis meses ininterrumpidos anteriores a la fecha de solicitud, que el cese en el trabajo o la extinción no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador [letras a), b), c) y d), con una contrapartida o penalización como es la reducción de la pensión en los porcentajes previstos en el propio art. 161.3]. No cabe olvidar, por añadidura, cómo para los autónomos no existe excepción posible como regla general, a salvo del supuesto a extinguir contemplado en la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, y cuyos requisitos difícilmente cumplirán quienes trabajen en la prostitución. En cualquier caso, reducir la edad ordinaria para este colectivo facilitaría el acceso a la jubilación, pues es previsible que el

¹⁶⁴ SSTS 10 marzo 1987 ó 4 marzo 1992 (RJ 1378 y 1617), lo cual no significa discriminación, porque obedece a condicionamientos financieros y a la mayor dificultad para encontrar empleo, STCo 137/1987, de 22 de julio.

¹⁶⁵ Por ejemplo, la STS, Contencioso-Administrativo, 21 enero 1998 (RJ 743) la negó a un trabajador de una central nuclear.

cómputo recíproco de cotizaciones no superpuestas a diversos regímenes no permitiera alcanzarlo, habida cuenta no es fácil para quienes ejercen esta profesión llegar a ejercer otra distinta. Tampoco por supuesto en los supuestos de pluriactividad simultánea y pluriempleo, teniendo en cuenta además el diferente trato amparado por el Tribunal Supremo ¹⁶⁶ según el cual en el primero las cotizaciones que no alcancen el mínimo en una actividad son desechadas (con el agravante del carácter preceptivo de cotizar por las dos actividades sin tope máximo) y en pluriempleo sí computan en la base reguladora cuando hubiera permanecido los diez años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante (art. 162.5 LGSS), pues en otro caso solo se acumularía la parte proporcional de las bases de cotización que corresponda al tiempo realmente cotizado en dicha situación de acuerdo al artículo 3 de la Orden 4 julio 1983, existiendo en este caso topes máximos.

En la prestación por desempleo, dejando a salvo algunas otras cuestiones «menores» que podrían ser traídas a colación, relativas a la dinámica del derecho, dos son las que presentan mayor enjundia. La primera de ellas, el propio reconocimiento del beneficio, para negar tal posibilidad a los encuadrados en el Régimen Especial de Autónomos (por aplicación de su normativa propia) y para dudar cuando de trabajadores por cuenta ajena se trate. Así ocurrió en algún país europeo en un principio, tal vez por los frecuentes fraudes a que puede dar lugar, motivo que parece ser uno de los fundamentales para denegarlo también a los autónomos o a los empleados de hogar. No obstante, nótese la total desprotección en la cual quedaría este colectivo, pues en este caso tampoco accederían al nivel asistencial, reconocido con diversas fórmulas en favor de quien no ha podido volver a trabajar o acceder al nivel contributivo o lo han agotado (art. 204.3 LGSS), precisamente porque potencialmente tienen derecho al mismo.

En segundo término, cabe preguntarse si, al regularizarse la prostitución como actividad laboral, existiría fundamento para ofrecer un trabajo de este tipo a los desempleados dentro del concepto de «colocación adecuada», en tanto en cuanto podría chocar con algunos de los derechos reconocidos en la Carta Magna como fundamentales (integridad física y moral, libertad ideológica y religiosa, honor, intimidad personal...), merecedores de la más elevada tutela. Alguno de los elementos ofrecidos por la norma en la definición de colocación adecuada parecen no plantear inicialmente problemas, habida cuenta si la profesión demandada por el trabajador, la habitual o la coincidente con la última actividad laboral desempeñada durante tres meses o más era de este tipo, incitan a presumir la ausencia de objeciones posteriores, aun cuando perfectamente podrían efectivamente concurrir y hacerse valer para defender alguno de los derechos fundamentales citados y eventualmente vulnerados. Por otra parte, atendiendo al resto de matizaciones conceptuales contenidas en el artículo 231.2 LGSS la cuestión se complica, pues permite considerar como adecuadas cuantas actividades «se ajusten a sus aptitudes físicas y formativas» y cualquier otra —«que a juicio del Servicio Público de Empleo puedan ser ejercidas por el trabajador»— si transcurrido un año de percepción ininterrumpida de las prestaciones. No obstante, como salvaguarda de eventuales intereses en presencia, y tras añadir criterios geográficos (referidos al necesario desplazamiento entre domicilio y lugar de trabajo), contractuales (atinentes a la duración y la posible parcialidad del empleo) y salariales (vinculados con el nivel retributivo ofrecido) aquí no procedentes ¹⁶⁷, el artícu-

¹⁶⁶ Que no permite la analogía, SSTS 18 febrero 1991 (RJ 843), 14 abril 1992 (RJ 2650), 4 junio y 23 septiembre 1993 (RJ 4537 y 7027).

¹⁶⁷ Un minucioso examen de los mismos en MELLA MÉNDEZ, L.: «La oferta adecuada de empleo tras las reformas de 2002», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 247, 2003, págs. 22-28.

lo 231.3 LGSS incluye, como «cláusula de cierre»¹⁶⁸, la preceptiva consideración por parte del Servicio Público de Empleo de cuestiones como –junto a otras y en cuanto aquí interesa– «las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida familiar y laboral»¹⁶⁹. Es ciertamente admirable la posibilidad –cuando menos– ofrecida para «tomar en consideración diversas circunstancias personales del desempleado que conviertan en inadecuada la oferta de trabajo, [por cuanto] supone una novedad en la LGSS, pero no en el plano internacional, pues el artículo 10.1 del Convenio 44 de la Organización Internacional del Trabajo ya consideraba como no conveniente un empleo que, habida cuenta de todas las circunstancias y de la situación personal del desempleado, pudiera ser rechazado con fundamento»¹⁷⁰. Precisamente a él le corresponderá alegar y probar la concurrencia de alguna «causa justificada» para rechazar la oferta, indeterminado vocablo en el cual, y en principio, parece lógico incluir la simple negativa a realizar los servicios propios de la prostitución, el alterne o similares¹⁷¹. Además, la discrecionalidad otorgada a estos efectos a la Entidad Gestora¹⁷², aun cuando suscite grandes desconfianzas en la doctrina por considerar vulnerados los elementales principios de seguridad jurídica y de tipicidad de las infracciones¹⁷³, a buen seguro no iría en tal sentido. Solo así se evitarían situaciones extremas como la ocurrida en Alemania, donde la legalización de la prostitución y su consideración como relación laboral cubierta por la Seguridad Social llevó a la entidad gestora a comunicar a una mujer, por el hecho de rehusar un empleo consistente en suministrar servicios sexuales en un burdel de Berlín, la pérdida de las correspondientes prestaciones de desempleo debido a la inexistencia de base normativa para el rechazo de la oferta¹⁷⁴.

Finalmente, el encuadramiento en alguno de los regímenes de la Seguridad Social implicaría el acceso a las prestaciones sanitarias en el servicio de salud autonómico correspondiente, si bien podría ampliarse el catálogo de beneficios para, por ejemplo, incluir en su prestación farmacéutica

¹⁶⁸ QUIRÓS HIDALGO, J.G.: «La consideración del trabajo a tiempo parcial como oferta de colocación adecuada», en AA.VV.: *Los problemas del derecho a prestaciones. Jubilación flexible, colocación adecuada, maternidad, valoración de incapacidades*, cit., pág. 202.

¹⁶⁹ «Se trata pues de una cláusula de salvaguardia que permite considerar que los elementos que integran la noción de colocación adecuada son cerrados, mientras que quedan abiertas las valoraciones circunstanciales», GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La colocación adecuada: elementos y funciones», cit., pág. 195.

¹⁷⁰ MELLA MÉNDEZ, L.: «La oferta adecuada de empleo tras las reformas de 2002», cit., pág. 30.

¹⁷¹ Y ello aun cuando se ha dicho que, en cualquier caso, ha de existir imposibilidad o dificultad cierta más allá de la simple inconveniencia (como pudiera ser tener familiares a cargo, inmediatez de una operación quirúrgica o preparar oposiciones) o expectativa (por ejemplo, ansiar un puesto mejor retribuido). Sobre la cuestión, MOLINA NAVARRETE, C.: «El concepto de colocación adecuada, profesionalidad *versus* empleabilidad del trabajador», cit., págs. 15-16 o MELLA MÉNDEZ, L.: «La oferta adecuada de empleo tras las reformas de 2002», cit., págs. 42 y ss.

¹⁷² «La discrecionalidad de la Entidad Gestora es, seguramente, la única posibilidad que ha encontrado el legislador para evitar fórmulas tan groseras como las del derogado Real Decreto-Ley 5/2002; desde luego, no parece imposible encontrar una solución más matizada», SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La Ley 45/2002, de 12 de diciembre: una visión panorámica», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Coord.): *Empleo, despido y desempleo tras las reformas de 2002. Análisis de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre*, Elcano (Aranzadi), 2003, págs. 21 y ss.

¹⁷³ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «La nueva dimensión de la protección por desempleo», *RL*, núm. 13, 2002, pág. 16 o SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: «Modificaciones que se introducen en el sistema de protección por desempleo», *Documentación Laboral*, núm. 65, 2003, pág. 82.

¹⁷⁴ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «La colocación adecuada: elementos y funciones», cit., págs. 195-196 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: «El Tribunal Supremo zanja el caso "Mesalina"», cit. pág. 21, nota 20, reproduciendo el texto de una noticia periodística.

determinados fármacos como la «píldora del día después» (ya financiada por algunas Comunidades Autónomas); de hecho, la patronal del sector pretende ofrecer una asistencia sanitaria más completa mediante conciertos con entidades aseguradoras privadas. Sin embargo, más que la prestada *a posteriori*, cobraría especial importancia la prevención mediante programas específicos para este colectivo de carácter preventivo y asistencial ¹⁷⁵, tal vez con el hándicap de la propia reticencia a participar de los afectados. En este sentido, el Decreto 217/2002, de 1 de agosto, de la Generalidad de Cataluña, por el que se regulan los locales de pública concurrencia donde se ejerce la prostitución, dispone en su artículo 12.1 que «las personas titulares de los locales de pública concurrencia regulados por este Decreto, deben garantizar que las personas que prestan servicios de naturaleza sexual estén sujetas a las medidas de control sanitario de tipo preventivo y asistencial, contenidas en los programas de atención dirigidos a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual».

¹⁷⁵ Se puede decir que habría «dos tipos de protección dentro del SNS, una primera común con el resto de la población dentro de la protección de asistencia sanitaria que ofrece su reconocimiento y la segunda que enlaza con programas específicos dirigidos a este colectivo (preventivos y asistenciales –ejemplo reciente serían las medidas aprobadas por la Comunidad de Madrid para las prostitutas de la Casa de Campo–)», REY MARTÍNEZ, F.; MATA MARTÍN, R. y SERRANO ARGÜELLO, N.: *Prostitución y Derecho*, cit., págs. 223 y 224.