

## Debate, ¿inconcluso?, en torno a la prostitución como actividad objeto de una relación laboral

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5388/2019](#), de 11 de noviembre

**Raquel Poquet Catalá**

*Profesora asociada.  
Universidad de Valencia*

### 1. Introducción. Marco normativo

La prostitución, a la vez que una realidad social, constituye cuanto menos un tema sumamente incómodo para el legislador y la doctrina. Pero, como problema de la sociedad actual, debe ser tratado y abordado. En este sentido, según la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades, la prostitución genera en España más de 50 millones de euros diarios. De hecho, los diarios que publican anuncios de contactos ingresan por ellos más de 40 millones de euros anuales. Se estima que en España existen unas 400.000 prostitutas que generan para los empresarios del sector 45.000 euros por prostituta y año ([Informe de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades](#), Boletín Oficial de las Cortes Generales, núm. 379, de 24 de mayo de 2007).

En el marco normativo, cabe diferenciar, por un lado, la regulación internacional, debiéndose citar la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#), de 10 de diciembre de 1948; el [Pacto de Derechos Civiles y Políticos](#), de 16 de diciembre de 1966; la [Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#), de 18 de diciembre de 1979; el [Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena](#), de 2 de diciembre de 1949; la [Convención sobre los derechos del niño](#), de 20 de noviembre de 1989; y el [Convenio OIT núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación](#), de 1 de junio de 1999.

A nivel comunitario, destaca la Resolución núm. 3 del Consejo de Europa sobre explotación sexual, pornografía y prostitución y trata de niños, niñas y mujeres jóvenes; la Reco-

**Cómo citar:** Poquet Catalá, R. (2020). Debate, ¿inconcluso?, en torno a la prostitución como actividad objeto de una relación laboral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 5388/2019, de 11 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 442, 149-155.

mendación núm. 11 sobre la acción contra el tráfico de seres humanos; la Recomendación núm. 1325 relativa a la trata de mujeres y a la prostitución forzosa; la Recomendación núm. 16 sobre la protección de los niños contra la explotación sexual; la [Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril](#), relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; la [Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril](#), relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; y la [Resolución del Parlamento Europeo de 26 de febrero de 2014](#) sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género.

En el ámbito nacional, cabe indicar que con la ratificación del Tratado de Lake Success por España se modificó el Código Penal en 1963 adecuando los tipos legales a dicho tratado. No obstante, aunque las prostitutas no estaban penalizadas, la [Ley 16/1970, de 4 de agosto](#), sobre peligrosidad y rehabilitación social, consideraba peligrosos a «los que habitualmente ejerzan, promuevan, favorezcan o faciliten la prostitución», imponiéndoles medidas de seguridad de una aflicción cuasipenal. Esta ley fue derogada por el Código Penal (CP) de 1995, el cual despenalizó la prostitución voluntaria. Sin embargo, la [Ley orgánica 11/1999, de 30 de abril](#), añadió una nueva modalidad de proxenetismo atendiendo a la situación de vulnerabilidad de la víctima. También, la [Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre](#), castigó la prostitución voluntaria. La [Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio](#), incluyó un nuevo delito en el artículo 177 bis denominado «trata de seres humanos». Con la [Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo](#), por la que se vuelve a reformar el CP, el artículo 188.1 finalmente castiga al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines. Así, como indica Díaz Aznarte, se ha preferido renunciar a la posibilidad de despenalizar el proxenetismo vinculado a la prostitución ejercida voluntariamente, perdiendo una oportunidad para avanzar en materia de reconocimiento de derechos sociales y laborales a las personas que ejercen esta actividad.

Por tanto, en relación con los diferentes modelos ideológicos en torno a la regulación o no de la prostitución (el prohibicionismo, la despenalización/reglamentación, la laboralización y el abolicionismo), la actual legislación parece encuadrarse en el modelo abolicionista, aunque sin ofrecer una respuesta adecuada a dicha realidad. En puridad, siguiendo a la profesora Díaz Aznarte, la normativa española parte de la falacia de que la prostitución se ejerce siempre por cuenta propia, y traza una línea divisoria imaginaria entre la prostitución y el denominado «alterne». No obstante, no existe tampoco una clara política abolicionista con respecto a esta materia, del mismo modo que tampoco es característica una política regulacionista o una legalización de la actividad. Se está, más bien, ante una situación de ausencia de regulación.

No cabe duda de que la conducta penalmente perseguida continúa siendo la explotación de la prostitución ajena, o proxenetismo, exista o no consentimiento por parte de la víctima. Pero, sin embargo, la regulación del ejercicio de la prostitución libremente ejercida sigue

estando ausente a día de hoy. Se prioriza la actuación para proteger a aquellas personas que ejercen la prostitución obligadas y a las que se considera víctimas sin contemplar que un número indeterminado pueda realizarla de manera no forzada.

## 2. Breve síntesis del supuesto de hecho

Un hombre brasileño y sin autorización administrativa para trabajar en España prestaba servicios para una empresa realizando masajes y servicios sexuales a los clientes de la misma, así como la limpieza y adecuación de las habitaciones cuando terminaban los servicios. Los servicios eran prestados en un piso con la categoría administrativa de motel de dos estrellas. Los clientes eran los que elegían entre los distintos masajistas disponibles y posteriormente se dirigían a una de las habitaciones.

El actor (masajista) tenía un horario fijo de 13:00 a 21:00 de lunes a sábado con descanso de 20 minutos y recibía una remuneración mensual. Disfrutaba también de 1 mes de vacaciones.

De esta forma, el 22 de diciembre de 2017, los responsables de la empresa manifestaron al actor y al resto de masajistas que disfrutaran del mes de vacaciones y así procederían a realizar unas reformas en el local. Pasado el mes, el actor volvió al piso y se lo encontró cerrado. Presentó demanda por despido contra la empresa. El juzgado de lo social estima la demanda de despido declarando extinguida la relación de trabajo. Frente a ella, la empresa interpone recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) solicitando la declaración de que no existió relación laboral y, de forma subsidiaria, para el caso de considerarse laboral, formula siete motivos más.

## 3. Claves de la doctrina judicial de la sentencia

El TSJ realiza un análisis muy detallado tanto de la normativa reguladora como de la jurisprudencia, diferenciando a tal efecto entre el ámbito penal y el ámbito privado, y dentro de cada área distingue la regulación a nivel internacional, comunitario y nacional.

Tras el estudio de dicha normativa y doctrina judicial, considera que se trata de un supuesto de prostitución voluntaria por cuenta ajena, enmarcado en las notas de dependencia y subordinación propias de toda relación laboral, que se realiza simultáneamente con otras actividades accesorias (limpieza de habitaciones y masajes), por lo que el objeto del contrato es ilícito, pero:

[...] no porque el trabajo sexual deba considerarse contrario a la moral ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estima o intrínsecamente indigno, sino porque su

prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario (arts. 5 c) y 20 ET), resulta contraria a la dignidad humana.

Por tanto, desde el punto de vista laboral, declara la nulidad total del contrato ex [artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) por resultar ilícito su objeto, por contrario a la dignidad, pues las actividades de limpieza de habitaciones o de masaje son absolutamente accesorias a la principal de prestación de servicios sexuales, y la sumisión de la vida sexual de una persona a la subordinación propia de un contrato de trabajo supone una vulneración del derecho a la intimidad. De ahí que se considere que no haya acción por despido, sino acción por nulidad, por lo que «el trabajador no gozará de la acción de despido, pues no puede extinguirse una relación jurídica que resulta ser nula».

No obstante, el TSJ no entra a valorar la tutela de derechos fundamentales al no haberse ejercitado la misma, dejando la puerta abierta para que se solicite posteriormente, declarando así únicamente la nulidad del contrato de trabajo.

## 4. Trascendencia de la doctrina

La importancia de esta decisión judicial radica en que realiza un análisis detallado sobre toda la normativa reguladora y la evolución de la doctrina judicial al respecto, declarando la ilicitud del objeto del contrato de trabajo por ser contrario a la dignidad. Además, curiosamente, en este caso, quien ejerce la prostitución es un hombre, no como habitualmente se acostumbra a entender que son siempre mujeres.

En relación con el marco normativo penal, se destaca el [Convenio de Lake Success para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena](#). En el área normativa privada, el TSJ diferencia entre el intercambio voluntario de servicios sexuales a cambio de dinero por mayores de edad, que constituye una prestación de servicios remunerada, y la explotación de un establecimiento de prostitución, que queda comprendida en el ámbito de la libertad de establecimiento según el artículo 49 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) y los artículos 9 a 15 de la [Directiva 2006/123/CE](#).

Posteriormente, analiza la doctrina jurisprudencial sobre el trabajo sexual, distinguiendo también a nivel europeo y nacional. Incide en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99, Jany y otros](#), que razona que la prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de una remuneración y, en consecuencia, queda comprendida en el concepto de «actividades económicas» (de igual forma la [STJUE de 8 de mayo de 2019,](#)

[asunto C-230/18, Pl](#)). En relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), destaca la STEDH de 11 de septiembre de 2007, caso Tremblay, que indica que la prostitución voluntaria no es en sí misma inhumana o degradante.

En el ámbito nacional, y desde el orden penal, la Sala Segunda del Tribunal Supremo (TS) ha realizado una interpretación restrictiva del [artículo 188 del CP](#), de forma que se exige más que el mero lucro con la prostitución ajena, imponiéndose como elemento objetivo la explotación vinculándolo a un ejercicio no libre. Así, en aplicación del [artículo 312 del CP](#), en casos de explotación de inmigrantes irregulares en actividad de prostitución o alterne, los ha considerado como actividad laboral (SSTS, Sala 2.ª, de 30 de enero de 2003, rec. 1425/2001; de 30 de mayo de 2003, rec. 232/2002; y de 8 de marzo de 2004, rec. 449/2003). No obstante, como señala Lousada Arochena, no se reconoce la laboralidad de la prostitución, pues ello se elude, utilizando una definición de trabajador en los supuestos de migraciones fraudulentas que incluye tanto a quienes lo son según el ET, como a «los extranjeros que desean obtener un puesto de trabajo en nuestro país».

Desde el orden social, que es lo que interesa a estos efectos, debe señalarse, en primer lugar, que la doctrina judicial diferencia entre la actividad de alterne y la de prostitución. En relación con la primera, hubo una corriente jurisprudencial que la consideró como laboral (SSTS de 3 de marzo de 1981, de 25 de febrero de 1984 y de 17 de noviembre de 2004), al estimar que las chicas de alterne son trabajadoras por cuenta ajena. Del mismo modo lo estima la mayoría de la doctrina judicial (entre ella, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de marzo de 2012, rec. 2550/2011 y de [Murcia de 16 de abril de 2012, rec. 833/2011](#), al declarar que concurren todos los elementos caracterizadores del contrato de trabajo, pues las trabajadoras realizaban la prestación de servicios bajo el ámbito de organización y dirección del empresario, para el que prestaban servicios en exclusiva 6 días a la semana, siendo la empresa la que establecía su horario, se ocupaba del transporte al local, y retribuyendo su horario como una comisión sobre las consumiciones efectuadas en club de alterne (STS de 21 de diciembre de 2016, rec. 1868/2015, aunque con desestimación del recurso por falta de contradicción, de igual forma que en el resto de pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal; SSTSJ de Galicia de [19 de enero de 2018, rec. 4368/2017](#), y de [10 de mayo de 2017, rec. 5255/2016](#); y de Castilla y León de 6 de julio de 2017, rec. 634/2017). De hecho, se ha admitido el asociacionismo de empresarios de locales de alterne (Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– de 23 de diciembre de 2003, rec. 168/2003; confirmada por [STS de 27 de noviembre de 2004, rec. 18/2004](#)).

No obstante, por lo que se refiere a la prostitución, la doctrina judicial mayoritaria niega que pueda considerarse como prestación de servicios canalizable a través de un contrato de trabajo, si bien las argumentaciones utilizadas no son siempre acordes con el sistema abolicionista. Así, un sector judicial (SSTSJ de Galicia de 10 de junio de 2002, rec. 1282/2002; y de Andalucía de 23 de julio de 2003, rec. 1700/2003) se limita a declarar la ausencia de las notas de la relación laboral, sin pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la relación laboral. En otros casos más recientes (SSTSJ de Galicia de 6 de octubre de 2017, rec. 3207/2017,

y de 28 de febrero de 2018, rec. 4901/2017) sí se ha valorado la posibilidad o no de celebrar un contrato de trabajo en el que una de las partes se comprometa a ejercer la prostitución por cuenta de otra, negando radicalmente su validez. De cualquier forma, la solución es negar la laboralidad de la prostitución.

En otros pronunciamientos judiciales se ha vinculado a los derechos fundamentales, donde se afirma que constituye «la explotación de la prostitución ajena una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral» (STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2004, rec. 3598/2004). Asimismo, en otro caso se argumenta que:

[...] el artículo 15 de la CE garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral, que se vulnera con la decisión de la empresa de proceder a la extinción del vínculo contractual en razón exclusivamente de la negativa de la trabajadora a ejercer la prostitución (STSJ de Cataluña 1865/1996, de 22 de marzo).

Destaca un pronunciamiento judicial (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona 50/2015, de 18 de febrero) que reconoce la libre elección de la prostitución como medio para ganarse la vida, y que este no resulta menos digno que otro trabajo. Según el mismo queda «plenamente acreditado» que las trabajadoras ejercían «libremente» los servicios de prostitución, sin coacción y de manera no forzada, bajo la «dirección» y dependencia de la empresa, y no son de apreciar motivos de ilicitud penal ni de lesión de derechos fundamentales individuales que impidan el reconocimiento de la laboralidad. De esta forma, reconoce el derecho a la Seguridad Social y a la percepción de la prestación por desempleo de las prostitutas. Se reconocen los derechos laborales a las prostitutas y las equipara con cualquier otro trabajador, por lo que manifiesta su cobertura por la Seguridad Social.

En relación con la consideración del objeto del contrato de trabajo como argumento para rechazar la laboralidad de la prostitución, debe partirse de la conceptualización del objeto como realidad sobre la que el contrato incide, esto es, la materia social sobre la que recae el vínculo creado (STS de 10 de octubre de 1997), de tal forma que no pueden ser objeto del contrato los servicios contrarios a las leyes o las buenas costumbres. En este sentido, son numerosas las sentencias (SSTSJ de Baleares de 9 de enero de 1992; de Cataluña de 15 de mayo de 2009, rec. 101/2008; y de Madrid de 7 de diciembre de 2011, rec. 2672/2011) que consideran que el objeto del contrato de prostitución es ilícito, comportando su nulidad. Asimismo, la AN (SAN 174/2018, de 19 de noviembre) ha anulado los estatutos del sindicato de trabajadoras sexuales, porque la prostitución no puede ser objeto válido de un contrato laboral. Considera que aceptar que de forma colectiva el sindicato y los proxenetes pueden negociar las condiciones de trabajo en las que debe ser desarrollada la actividad de las personas que se utilizan en la prostitución sería disponer de forma colectiva de un derecho de naturaleza personalísima como es la libertad sexual, entendiendo por tal el derecho de toda persona de decidir con qué persona determinada quiere mantener una relación sexual, en qué momento y de qué tipo.

También se ha recurrido a la moral para rechazar la prostitución como actividad objeto de una relación laboral. Así, la doctrina judicial ha afirmado con rotundidad que la prostitución, además de ser una forma de violencia de género y de esclavitud de las mujeres, era una «actividad contraria a la moral» (SSTSJ de Galicia de [10 de noviembre de 2004, rec. 3598/2004](#), y de 27 de febrero de 2009, rec. 3734/2008). Según la doctrina civilista (Díez Picazo), es inmoral todo contrato cuyo resultado práctico repugne a la conciencia social y lo considere indigno de amparo jurídico.

En el caso enjuiciado por la [sentencia comentada](#), el TSJ declara que el objeto del contrato es ilícito no por ser contrario a la moral, sino por resultar contrario a la dignidad humana ex [artículo 10.1 de la Constitución española](#), pues en este marco jurídico:

[...] donde el trabajo sexual por cuenta ajena se halla amparado por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios (art. 49 TFUE), por el derecho al trabajo en régimen autónomo y a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE –*vid.* STC 109/03 y Ley 20/2007–) y, en definitiva, por la libre autonomía de la persona, dicho trabajo, en sí mismo, no puede considerarse indigno. Al contrario, su prestación bajo régimen de subordinación y disciplina empresarial sí que cosifica a la persona en uno de sus más íntimos aspectos de la personalidad, la libertad sexual [...]. Que alguien tenga derecho a controlar, sancionar y ordenar sobre el contenido de la libertad sexual e intimidad supone una afectación a su contenido esencial.

Por consiguiente, se declara la nulidad, no parcial, sino total, del contrato, por ser contrario a la dignidad, por lo que comporta no solo la acción para exigir la remuneración correspondiente, sino también para tutelar los derechos fundamentales vulnerados, esto es, la dignidad, la libertad sexual y el derecho a la intimidad.

En conclusión, como recuerda el TSJ de Cataluña, en un Estado social y democrático de derecho no puede privarse a la parte más débil de un contrato de la protección que el derecho del trabajo le brinda, pero no puede declararse la existencia de un contrato laboral válido, siendo la vía de protección judicial la acción de tutela de los derechos fundamentales, concretamente «sus derechos a la dignidad, libertad, igualdad e intimidad, a fin de obtener una indemnización que, siguiendo el artículo 183 LRJS, debe contemplar un componente disuasorio».