

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
Sentencia 5388/2019, de 11 de noviembre de 2019
Sala de lo Social
Rec. n.º 3647/2019

SUMARIO:

Validez del contrato de trabajo. Inexistencia de relación laboral. Nulidad. *Supuesto de prostitución voluntaria por cuenta ajena que se realiza simultáneamente con otras actividades completamente accesorias. Nacional brasileño sin autorización administrativa para trabajar en España que ha venido prestando servicios en una empresa consistentes en realización de masajes y, en su caso, servicios sexuales a los clientes de la demandada, así como la limpieza y adecuación de las habitaciones en las que se prestaban tales servicios.* El objeto del contrato es ilícito, no porque el trabajo sexual deba considerarse contrario a la moral ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsecamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario, resulta contraria a la dignidad humana. En un marco jurídico donde el trabajo sexual por cuenta propia se halla amparado por la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, por el derecho al trabajo en régimen autónomo y a la libre elección de profesión u oficio y, en definitiva, por la libre autonomía de la persona, dicho trabajo, en sí mismo, no puede considerarse indigno. Por el contrario, su prestación en régimen de subordinación y disciplina empresarial, sí que cosifica a la persona en uno de sus aspectos más íntimos de la personalidad, la libertad sexual. En el caso de la libertad sexual y la intimidad, el esquema de subordinación –en sí mismo– afecta al contenido esencial de ambos derechos. **Efectos jurídicos de un contrato de trabajo nulo.** Un contrato de trabajo totalmente nulo por resultar su objeto ilícito (prestación de servicios sexuales en régimen de subordinación y dependencia), por ser contrario a la dignidad, no solo ha de comportar la acción para exigir la remuneración correspondiente, sino que también ha de generar la correspondiente acción para tutelar los derechos fundamentales vulnerados, particularmente la dignidad y la libertad sexual, que a su vez forma parte del derecho a la intimidad. Ahora bien, cabe recordar que en el contrato de trabajo totalmente nulo, el trabajador no gozará de la acción de despido, pues no puede extinguirse una relación jurídica que resulta ser nula. En suma, en los casos de trabajo sexual prestado en régimen de subordinación y ajenidad, con las notas propias del contrato laboral, el trabajador ha de gozar de acción para pedir la nulidad del contrato y acción para la tutela de los derechos fundamentales, pero no acción por despido. A su vez, la indemnización debe contemplar un componente disuasorio. Para ello, dicha indemnización habría de resultar, como mínimo, de igual cuantía que la que correspondería en su caso por despido, incluidos los salarios de trámite. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la pretensión de tutela de derechos fundamentales, a la vista del escrito de demanda, no se ejercita en este pleito, que se limita a la acción de despido, por lo que la Sala no puede entrar a conocer de la misma.

PRECEPTOS:

Trato de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), art. 49.
Constitución Española, arts. 10, 14, 18.1, 24.1 y 35.
RDLeg. 2/2015 (TRET), arts. 1.1, 5 c), 9 y 20.
Ley 36/2011 (LRJS), arts. 97.2 y 183.2.
Código Civil, arts. 1.275 y 1.306.
Ley 1/2000 (LEC), art. 218.

PONENTE:

Don Carlos Hugo Preciado Domenech.

ILMA. SRA. SARA MARIA POSE VIDAL
ILMO. SR. LUÍS JOSÉ ESCUDERO ALONSO
ILMO. SR. CARLOS HUGO PRECIADO DOMENECH

En Barcelona a 11 de noviembre de 2019

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de suplicación interpuesto por EMPRESA, S.L. frente a la Sentencia del Juzgado Social 32 Barcelona de fecha 10 de diciembre de 2018 dictada en el procedimiento Demandas nº 149/2018 y siendo recurrido/a J... P... y Fondo de Garantía Salarial. Ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Carlos Hugo Preciado Domenech.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 19 de febrero de 2018 tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Despido en general, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 10 de diciembre de 2018 que contenía el siguiente Fallo:

"Que desestimo la excepción de caducidad alegada por la demandada y estimo la demanda de despido interpuesta por don J... P... contra la empresa EMPRESA, S.L., declarando la improcedencia del despido comunicado al actor con efectos del 22/01/2018 y, no siendo posible optar por la readmisión, declaro extinguida la relación de trabajo con efectos de la fecha de esta sentencia, condenando a la empresa EMPRESA, S.L. a que abone a la actor la cantidad de 4.031,72-euros en concepto de indemnización por despido improcedente y la de 16.859,92-euros en concepto de salarios de trámite.

Que absuelvo al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sin perjuicio de su responsabilidad legal subsidiaria.
Firme que sea esta sentencia, remítase testimonio de la misma a la Inspección de Trabajo de Barcelona."

Segundo.

En dicha sentencia, como HECHOS PROBADOS, se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El demandante, don J... P..., de nacionalidad brasileña y sin autorización administrativa para trabajar en España en estos momentos, ha venido prestando sus servicios para la empresa EMPRESA, S.L., desde el 03/09/2016, en jornada de 13:00 a 21:00 horas, con descanso de 20 minutos, de lunes a sábado.

Las labores del demandante han consistido en la realización de masajes y, en su caso, servicios sexuales, a los clientes de la demandada, así como la limpieza y adecuación de las habitaciones en las que se prestaban tales servicios.

EMPRESA S.L. era arrendataria de un piso ubicado en la CALLE X que estaba distribuido en distintas habitaciones en las que se había una cama y una ducha con una mampara o acristalamiento. Este piso tiene la categoría administrativa de motel de dos estrellas (categoría 3ª, grupo C).

El salario previsto en el Convenio Colectivo de Trabajo del sector de la Hostelería de Catalunya para un masajista (nivel III), en la señalada categoría del establecimiento, es de 1.592,50- euros mensuales con prorata de gratificaciones extraordinarias.

(Testifical de los Sres. LUIS Y JORGE, manifestaciones de la parte actora en cuanto a la carencia de autorización para trabajar en España folios 227 a 231)

SEGUNDO.- Para el desarrollo de la indicada prestación de servicios, los clientes acudían al piso ubicado en la calle X Al entrar, o bien el Sr. PEDRO o bien el Sr. JUAN, que eran los encargados así como otra persona cuya filiación no consta, mostraban al cliente los distintos masajistas que había disponibles y que estaban dentro de una sala; el cliente podía entrar en la sala y hablar con cada masajista y cuando decidía de cuál quería recibir los servicios ambos se trasladaban a alguna de las habitaciones.

En ellas el actor –o cualquier otro masajista- realizaba los servicios contratados que podían ser tanto masajes como servicios sexuales o ambos.

Al finalizar cada servicio el actor –o el masajista que se tratara- tenían la obligación de limpiar la habitación; debían cambiar las sábanas de la cama para lo cuál se dirigían a otra estancia en la que se hallaban los recambios de cama y los productos y útiles para la limpieza. Debían también limpiar el suelo y la ducha, pasando un instrumento por la mampara o acristalamiento de la misma para quitar el rastro de las gotas de agua.

(Testifical de los Sres. LUIS y JORGE)

TERCERO.- El cliente, antes de acudir al piso, no contactaba previamente con el masajista para concertar un servicio. Cuando finalizaba el servicio el cliente abonaba a EMPRESA, S.L. 95,00-euros, precio que había fijado dicha mercantil con el usuario sin intervención del actor; EMPRESA, S.L. abonaba al actor (y al resto de masajistas) 40,00-euros en efectivo metálico por cada servicio.

(Testifical de los Sres. Luis y Jorge y reconocimiento de la demandada).

CUARTO.- Dentro del sector de la prostitución masculina el señalado piso era conocido como BOYS. EMPRESA, S.L. utilizaba en internet diferentes páginas web para anunciar sus servicios (entre ellas una denominada “BOYS”); solo los masajistas que así lo quisieran eran anunciados en dicha página.

Antes del inicio de la relación descrita en el ordinal primero, la demandada hacía una entrevista a cada candidato a masajista en la que le explicaba las condiciones de la misma y les preguntaba qué tipo de servicios sexuales estaban dispuestos a ofrecer a los clientes.

(Testifical de los Sres. IUIS y JORGE; folios 37 a 59)

QUINTO.- El 22/12/2017 los responsables de EMPRESA, S.L. manifestaron al actor y al resto de masajistas que en ese momento prestaban servicios que podían disfrutar de un mes de vacaciones aprovechando que tenían que hacer unas reformas en el local y que regresaran dentro de un mes.

El 22/01/2018 el actor volvió al piso y se lo encontró cerrado sin que nadie respondiera al timbre. Tras intentar conectar por teléfono en los días sucesivos de manera infructuosa, el 15/02/2018 remitió un burofax a la demandada cuyo contenido se da por reproducido.

En realidad el contrato de arrendamiento del local se extinguió y no consta que la empresa actualmente tenga actividad.

(Folios 29 a 32; testifical del Sr. IUIS y reconocimiento de la demandada en cuanto a la extinción del arrendamiento).

SEXTO.- En el mes de febrero de 2017 una dotación de la Policía Nacional hizo una intervención en el piso explotado por la demandada hallando al actor y a otros masajistas a quienes tomó declaración. Tales diligencias policiales dieron lugar al procedimiento sumario 2/2017 del Juzgado de Instrucción nº 32 de Barcelona incoado por un delito de agresión sexual en el que una tercera persona ajena a las partes había denunciado haber sido violada en dicho piso en junio de 2007.

Por auto de fecha 04/04/2018, confirmado por el de la audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13/06/2018 (rollo 379/2018), la causa fue sobreesaída.

(Folios 143 a 146, 235 a 241)

SÉPTIMO.- Con fecha 19/02/2018 el actor presentó papeleta de conciliación por despido ante el servicio administrativo, habiéndose celebrado el intento de conciliación en fecha 12/03/2018 con el resultado de “sin efecto”.

El actor formuló demanda por despido que tuvo entrada en el Decanato de los Juzgados de Barcelona el 16/02/2018 y que fue repartida a este Juzgado de lo Social.

(Folios 1 a 86 y 90)”

Tercero.

Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dio traslado impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La parte demandada EMPRESA, S.L, interpone recurso de suplicación frente a la sentencia nº 363/2018, dictada el 10/12/2018 por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona en los autos 149/2018 seguido por despido, en cuya virtud se desestima la excepción de caducidad alegada por la demandada y se estima la demanda de despido interpuesta por D. J... P... contra la citada empresa, declarando extinguida la relación de trabajo con efectos de fecha de esa sentencia y condenando a la empresa EMPRESA SL a que abone al actor la cantidad de 4.031,72 euros, en concepto de indemnización por despido improcedente y la de 16.859,92 euros, en concepto de salarios de trámite.

El recurso ha sido impugnado por la representación procesal de D.J... P..., que pide la su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

Segundo. *Resumen de la controversia.*

En el primer motivo de recurso, formulado al amparo del art.193c) LRJS, la recurrente denuncia la infracción de los arts.1.1 y 20 ET. Sostiene que no existió relación laboral, puesto que se trató de la prestación exclusiva de servicios sexuales, que no pueden ser válido objeto de contrato de trabajo.

Subsidiariamente, para el caso de considerarse laboral la relación existente, formula los siguientes 7 motivos:

1.- Infracción de los arts.59.1 y 3 del ET por caducidad de la acción. (art.193c) LRJS)).

2.- Infracción de los arts.108 y 109 LRJS, porque se condena al abono de los salarios de tramitación impidiendo la opción pertinente, a la que tiene derecho la empresa en caso de declaración de improcedencia del despido. (Art.193c) LRJS).

3. Revisión de los hechos probados a la vista de las documentales y practicadas, con cita del documento obrante al f. 63 y f.95-196, consistente en atestado policial y f. 235-241 auto de sobreseimiento de las actuaciones. (art.193b LRJS).

4.En quinto lugar, también de forma subsidiaria, la recurrente, al amparo del art.193a) LRJS pide la nulidad de la sentencia recurrida, por infracción del art.24 CE en relación con el art.281.1 LEC y art. 87 y 97 LRJS, por no consignarse los hechos consignados en documentos públicos aportados al procesos y respaldados por presunción legal de certeza (atestado). Alega, además, que habría una insuficiencia de los hechos probados, acompañada de una deficiente redacción de los mismos, al omitir toda referencia al ejercicio de la prostitución por cuenta propia, por el demandante. (art.193a) LRJS).

5.-En el motivo sexto de recurso, también subsidiario, al amparo del art.193a) LRJS, la recurrente pide la nulidad de la sentencia por infracción del art.24 CE el art.110.1 LRJS y el art.395 de la LSC porque la sentencia recurrida, sin mayor argumentación dice que la empresa ha desaparecido, hecho que -siempre según la recurrente- sería completamente incierto.

6.- En el motivo séptimo de recurso, subsidiariamente, la recurrente pide nuevamente la revisión de los hechos probados (art.193b) LRJS), para que conste que la única actividad que ejercía en el local explotado por la recurrente era la prostitución masculina.

7.- En el octavo motivo del recurso, subsidiariamente, formulado al amparo del art.193a) LRJS, la recurrente de la nulidad de la sentencia, por infracción de los arts.24 y 281.1 de la CE, en relación con los arts. 87 y 97 LRJS y el art.3 CC.

Denuncia incongruencia omisiva por no resolver la sentencia recurrida la cuestión referida al ejercicio de la prostitución.

La impugnante se opone a todos y cada uno de los motivos de recurso. Considera, en suma, que hubo relación laboral, que la acción de despido no estaba caducada, que no había opción para la readmisión por cierre de actividad, que no procede la revisión fáctica propuesta, ni son atendibles los motivos de nulidad pretendidos de contrario.

A la vista de los motivos de recurso, y para guardar el correcto orden procesal, la Sala resolverá primero sobre la existencia de relación laboral, pretensión ésta formulada con carácter principal y que condiciona el resto de pretensiones del recurso, efectuadas de forma subsidiaria.

Tercero.- Sobre la existencia de relación laboral.

3.1.- Sobre la jurisdicción y el ámbito de cognición de la Sala.

Al determinar la existencia de relación laboral la jurisdicción del orden social para conocer de las pretensiones formuladas en la demanda, (art.2a) LRJS) la Sala goza de libertad en el examen de los hechos y el material probatorio, con independencia de las alegaciones de las partes, pues la jurisdicción es una cuestión de orden público procesal, conforme al art.9.6 LOPJ, y así lo ha entendido el TS en :SSTS de 18 junio 1991 RJ 1991\5151; 27 de abril, 20 de octubre de 1989 (RJ 1989\2987 y RJ 1989\7303) y 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990\8576), entre otras.

3.2.- Sobre los hechos objeto de enjuiciamiento.

Partiendo de lo dicho en el correlativo anterior, los hechos a tener en cuenta para resolver el recurso son los que figuran en los antecedentes de esta resolución, pues la Sala coincide con la apreciación de la prueba realizada en la instancia.

Resumiendo, en lo que interesa a efectos de revolver el presente recurso, dichos hechos son los siguientes:

El demandante, de nacionalidad brasileña y sin autorización administrativa para trabajar en España en estos momentos, ha venido prestando sus servicios para la empresa EMPRESA SL desde el 03/09/2016 en jornada de 13:00h a 21:00h con descanso de 20 minutos de lunes a sábado.

Las laborales del demandante han consistido en la realización de masajes y, en su caso, servicios sexuales, a los clientes de la demandada, así como la limpieza y adecuación de las habitaciones en las que se prestaban tales servicios.

Para el desarrollo de la indicada prestación de servicios, los clientes acudían al piso ubicado en la calle X. Al entrar, o bien el Sr. PEDRO o bien el Sr. JUAN, que eran los encargados así como otra persona cuya filiación no consta, mostraban al cliente los distintos masajistas que había disponibles que estaban dentro de una sala; el cliente podía entrar en la sala y hablar con cada masajista y cuando decidía de cual quería recibir los servicios ambos se trasladaban a alguna de las habitaciones. En ellas el actor -o cualquier otro masajista- realizaba los servicios contratados que podían ser tanto masajes como servicios sexuales o ambos.

Al finalizar cada servicio el actor- o el masajista que se tratara- tenían la obligación de limpiar la habitación, debían cambiar las sábanas, de la cama para lo cual se dirigían a otras estancia en la que se hallaban los recambios de cama y los productos y útiles para la limpieza .Debían también limpiar el suelo y la ducha, pasando un instrumento por la mampara o acristalamiento de la misma para quitar el rastro de las gotas de agua.

El cliente, antes de acudir al piso, no contactaba previamente con el masajista para concertar un servicio. Cuando finalizaba el servicio el cliente abonaba Aempresa DL 95.00 euros, precio que había fijado dicha mercantil con el usuario sin intervención del actor.EMPRESA SL abona al actor (y al resto de masajistas) 40,00 euros en efectivo metálico por cada servicio.

Dentro del sector de la prostitución masculina el señalado piso era conocido como BOYS , sólo los masajistas que así lo quisieran eran anunciados en dicha página.

Antes del inicio de la relación descrita la demandada hacía una entrevista a cada candidato a masajista en la que explicaba las condiciones de la misma y les preguntaba qué tipo de servicios sexuales estaban dispuestos a ofrecer a los clientes.

3.3.- Sobre el régimen jurídico del trabajo sexual .

Una exposición del régimen jurídico del trabajo sexual exige partir de una distinción fundamental el ámbito penal y el ámbito privado, que pasamos a sintetizar en los distintos niveles .

- ÁMBITO PENAL

ONU

-Convenio de Lake Success para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena (Adoptado por la Asamblea General en su resolución 317 (IV), de 2 de diciembre de 1949. Firmado el 21 de marzo de 1950. En su preámbulo, se dice:

" Considerando que la prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad, " (Ratificado por España BOE 25 septiembre 1962, nº 230).

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. (BOE 21 marzo 1984).

- Objetivo estratégico D.3 de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995,, consistente en eliminar la trata de mujeres y prestar asistencia a las víctimas de la violencia derivada de la prostitución y la trata de mujeres.

- Protocolo para Prevenir, Suprimir y Castigar la Trata de Personas, especialmente de Mujeres y Niños aprobado por la ONU en el año 2000 (BOE nº 296 de 11 diciembre 2003)

- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, (BOE 29 septiembre 2003, nº 233).

- Protocolo de Palermo, de 2000, para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, anexo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (BOE 11 diciembre 2003. Nº 296).

CONSEJO DE EUROPA

-Convenio nº 197 del Consejo de Europa contra la Trata de Seres Humanos, Convenio de Varsovia, aprobado en mayo de 2005. (BOE 10 septiembre 2009).

-Convenio de Lanzarote del Consejo de Europa ara la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. (BOE 12 noviembre 2010).

-Recomendación 1325 (1997) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa calificó «la trata de mujeres y la prostitución forzada en forma de trato inhumano y degradante a la vez que una violación flagrante de los derechos humanos»

-Recomendación núm. R (2000)11 del Comité de Ministros «condena la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, que constituye una violación de los derechos de la persona humana y una vulneración de la dignidad y la integridad del ser humano».

-Recomendación 5 (2002) sobre la protección de las mujeres contra la violencia.

-Recomendación 1545 (2002) relativa a campañas contra la trata de mujeres.

- Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio nº 197 del Consejo de Europa), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005. –firmado por treinta y seis Estados miembros– señala igualmente que «la trata de seres humanos constituye una violación de los derechos de la persona humana y una vulneración de la dignidad y de la integridad del ser humano». (BOE 10 septiembre 2009).

-La Carta Social Europea art.7.10 establece que : " Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y jóvenes a la protección, las Partes se comprometen a proporcionar protección especial contra los

peligros físicos y morales a los que están expuestos los niños y los jóvenes, en particular aquellos que resultado directo o indirecto de su trabajo", que incluye la protección contra la explotación sexual, según el Comité Europeo de Derechos Sociales: (Conclusiones 2004, Bulgaria; Conclusiones XVII-2 (2005), Portugal; Conclusiones 2004, Bulgaria.

-Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la penalización de la compra de sexo para luchar contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, Doc. 12920 de 26 de abril de 2012.

UNIÓN EUROPEA

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art.5 prohíbe esclavitud, trabajo forzado y trata de seres humanos.

Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas

Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, 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

Directiva 2009/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

DERECHO PENAL ESPAÑOL

El Derecho Penal, abarca, en síntesis:

- La trata de seres humanos: con finalidad de explotación sexual, incluida la pornografía (art.177bis.1a CP).
- Los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores (arts.187-190 CP).

Dentro de estos últimos, el art.187.1 CP, castiga la prostitución no voluntaria, y la explotación de la prostitución ajena, Dicho precepto establece:

1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.
- b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

AMBITO PRIVADO

UNIÓN EUROPEA

En el ámbito Eurounitario la prostitución y la libertad de establecimiento ha sido admitida reiteradamente por el TJUE.

En el ámbito privado, fuera de los supuestos delictivos que acabamos de relacionar, el intercambio voluntario de servicios sexuales a cambio de dinero por personas mayores de edad, esto es, la prostitución, constituye una prestación de servicios remunerada, y la actividad consistente en la explotación de un establecimiento de prostitución queda comprendida en el ámbito de la libertad de establecimiento, en el sentido

del artículo 49 TFUE y de los artículos 9 a 15 de la Directiva 2006/123, cuando es ejercida por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable, como ha reiterado el TJUE en varias ocasiones. (véase, en este sentido, las STJUE 1 de octubre de 2015, Trijber y Harmsen, C-340/14 y C-341/14, , apartados 67 a 77; STJUE 20 de noviembre de 2001, Caso Jany y otros, C-268/99, apartado 49 y STJUE 8 mayo 2019, Caso PL c. landespolizaidirektion Tirol, Asunto C-230/18 (f.47).

Conforme al art.49 TFUE la libertad de establecimiento comprende el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades (...).

Por otro lado, hay que destacar la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de septiembre de 2014, sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género.

La citada resolución (p.6) " Hace hincapié en que la prostitución forzada, la prostitución y la explotación en la industria del sexo tienen consecuencias físicas y psicológicas devastadoras y duraderas, incluso después de haber cesado la prostitución, para los individuos que se ven implicados en ella, especialmente niños y adolescentes, además de ser, a la vez, causa y consecuencia de la desigualdad de género y de perpetuar los estereotipos de género y el pensamiento estereotipado sobre las mujeres que venden sexo, como la idea de que el cuerpo de las mujeres y mujeres menores de edad está en venta para satisfacer la demanda masculina de sexo"

(p.46) ". Hace hincapié en que la exclusión social es un factor fundamental que contribuye al aumento de la vulnerabilidad de las mujeres y las mujeres menores de edad desfavorecidas a la trata de personas; destaca asimismo que la crisis económica y social ha provocado desempleo, dando lugar a que las mujeres más vulnerables, incluidas las que se encuentran más arriba en la escala social, empiecen a ejercer la prostitución/entren en el negocio del sexo, con objeto de superar la pobreza y la exclusión social; insta a los Estados miembros a que aborden los problemas sociales subyacentes que obligan a hombres, mujeres y niños a ejercer la prostitución;"

(p.48). Destaca que son necesarios más análisis y pruebas estadísticas para juzgar qué modelo es más eficaz para luchar contra la trata de mujeres y mujeres menores de edad con fines de explotación sexual;

DERECHO ESPAÑOL

- Art.35 CE reconoce el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio.
- Ley 20/2007, de 12/10 de Trabajo Autónomo "Artículo 1. Supuestos incluidos:

"1. La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial."

3.4.- Doctrina jurisprudencial sobre el trabajo sexual

En el ámbito de la Unión Europea

- STJUE 20 de noviembre de 2001, Jany y otros, C-268/99, apartado.49 .
- (...)

Como la característica esencial de una relación laboral en el sentido del artículo 48 del Tratado CE (actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) es la circunstancia de que una persona realiza, durante un período de tiempo determinado, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones por las cuales percibe una remuneración, ha de calificarse de actividad no asalariada en el sentido del artículo 52 del Tratado la actividad que una persona ejerce sin que exista relación de subordinación (véase la sentencia de 27 de junio de 1996 , Asscher, C-107/94, Rec. pg. I-3089, apartados 25 y 26).

49

Así pues, la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que, como resulta del apartado 33 de la presente sentencia, está comprendida en el concepto de «actividades económicas».

50 De las consideraciones expuestas resulta que procede responder a la cuarta cuestión que los artículos 44, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia y 45, apartado 4, letra a), inciso i), del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa deben ser interpretados en el sentido de que el concepto de «actividades económicas por cuenta propia» utilizado en dichas disposiciones tiene el mismo significado y alcance que el de «actividades no asalariadas» que figura en el artículo 52 del Tratado .

La actividad de prostitución ejercida de manera independiente puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente, está incluida en ambos conceptos.

(...)

56 Por lo que se refiere a la inmoralidad de la actividad de prostitución, evocada por el órgano jurisdiccional remitente, procede recordar también que, como ha declarado el Tribunal de Justicia, no le corresponde sustituir por la suya la apreciación de los legisladores de los Estados miembros en los que una actividad supuestamente inmoral se practica legalmente (véase, en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, la sentencia de 4 de octubre de 1991 [TJCE 1991, 273] , Society for the Protection of Unborn Children Ireland, C-159/90, Rec. pg. I-4685, apartado 20, y, en relación con las loterías, la sentencia de 24 de marzo de 1994 [TJCE 1994, 43] , Schindler, C-275/92, Rec. pg. I-1039, apartado 32).

57 Pues bien, lejos de estar prohibida en todos los Estados miembros, la prostitución se tolera e incluso se regula en la mayoría de dichos Estados y, en particular, en el Estado miembro de que se trata en el procedimiento principal.

(...)

71 De las consideraciones expuestas resulta que procede responder a la tercera cuestión que los artículos 44 del Acuerdo de asociación Comunidades/Polonia y 45 del Acuerdo de asociación Comunidades/República Checa deben ser interpretados en el sentido de que la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente a las que se refieren dichas disposiciones, siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce:

–sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución;

–bajo responsabilidad propia, y

–a cambio de una remuneración que se le paga íntegra y directamente.

Corresponde al juez nacional comprobar en cada caso, habida cuenta de las pruebas que se le presenten, si se reúnen estas condiciones.

STJUE 16 diciembre 2010, Caso Josemans, Asunto C-317/09, F.77 : " ... la prostitución, exceptuando la trata de seres humanos, no está prohibida por el Derecho internacional o por el de la Unión. En efecto, se tolera o regula en varios Estados miembros..."

STJUE 1 octubre 2015 Caso Harmsen c. Burgemeester van Amsterder (F.77), el TJUE declara que " el artículo 10, apartado 2, letra c), de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una medida como la controvertida en el litigio principal, que supedita la concesión de una autorización para el ejercicio de una actividad como la controvertida en dicho litigio consistente en la explotación de establecimientos de prostitución en escaparates y en el alquiler de habitaciones durante parte del día, al requisito de que el prestador de tales servicios pueda comunicarse en un idioma que los destinatarios de dichos servicios, en el caso de autos, las prostitutas, puedan comprender, dado que dicho requisito es adecuado para garantizar la consecución del objetivo de interés general perseguido, a saber, la prevención de delitos relacionados con la prostitución, y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

STJUE 8 mayo 2019, Caso PL c. landespolizaidirektion Tirol, Asunto C-230/18 (f.47).

F.47 Suponiendo que la actividad de PI incluya además la explotación de un establecimiento en el que se ofrecen servicios de prostitución, debe recordarse que la prostitución constituye una prestación de servicios remunerada y que una actividad consistente en la explotación de un establecimiento de prostitución queda comprendida en el ámbito de la libertad de establecimiento, en el sentido del artículo 49 TFUE y de los artículos 9 a 15 de la Directiva 2006/123, cuando es ejercida por una duración indeterminada y por medio de una

infraestructura estable (véase, en este sentido, la sentencia de 1 de octubre de 2015, *Trijber y Harmsen*, C-340/14 y C-341/14, EU:C:2015:641, apartados 67 a 77).

El TJUE concluye que: " El artículo 49 TFUE , los artículos 15, apartado 2, 16, 47 y 52 de la Carta y el principio general del derecho a una buena administración deben interpretarse en el sentido de que, en circunstancias como las que son objeto del litigio principal, se oponen a una normativa nacional que dispone que una autoridad administrativa puede decidir cerrar un establecimiento comercial con efecto inmediato basándose en que sospecha que en ese establecimiento se ejerce una actividad de prostitución sin la autorización requerida por esa normativa, en la medida en que dicha normativa, por un lado, no exige que tal decisión esté motivada fáctica y jurídicamente por escrito y se comunique a su destinatario y, por otro lado, exige que la solicitud de anulación de esa decisión que presente su destinatario sí esté motivada.

En el ámbito del Consejo de Europa

-STEDH 11 septiembre 2007, *Caso Tremblay c. Francia*: la prostitución voluntaria no se considera en sí misma inhumana o degradante, en el sentido del art. 3 del CEDH, pues no hay un consenso en tal cuestión en el ámbito del Consejo de Europa (f.24); sin embargo, la prostitución resulta incompatible con los derechos y la dignidad de la persona cuando es obligado ejercerla. (f.25).

En el ámbito penal español:

La Sala II del TS ha realizado una interpretación restrictiva del tipo del anterior art.188 (hoy art.187) CP que castiga al que se lucrarse explotando la prostitución ajena (STS (II) 6 marzo 2007, STS 22 abril 2009 y STS 13 abril 2010), de forma que se exige algo más que el mero lucro con la prostitución ajena, imponiéndose como elemento objetivo del tipo la explotación vinculándolo a un ejercicio no libre de tal actividad, que sería aplicable también en los casos en los que quien se lucra no sea el mismo que provoca tal falta de libertad, siempre que la conozca.

"En cuanto al carácter delictivo de esa conducta, el Código Penal, en el artículo 188.1º ha incorporado desde la LO 11/2003 un segundo inciso en el que se sanciona a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento, con la misma pena prevista para quien determine a otro mayor de edad a ejercer la prostitución mediante violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima. La jurisprudencia de esta Sala, ha evitado una amplitud exagerada del precepto, de manera que pudiera considerarse que incluye cualquier beneficio económico relacionado de alguna forma con la prostitución (por ejemplo el derivado de la publicación de anuncios de esta clase de servicios), y ha exigido, de un lado, una identificación personal de quienes resultan explotados de forma que quede establecido que "prestaban sus servicios sexuales de forma habitual y con lucro también convenido con los acusados", (STS nº 195/2007 y de otro, teniendo en cuenta que la conducta se equipara a las modalidades anteriores de carácter coactivo, engañoso o de prevalimiento, y que todas ellas resultan sancionadas con una pena de dos a cuatro años de prisión, ha exigido también una utilización de un concepto estricto de explotación de la prostitución ajena, vinculándolo a un ejercicio no libre de tal actividad, que sería aplicable en los casos en los que quien se lucra no sea el mismo que provoca tal falta de libertad, siempre que la conozca. Concretamente en la STS nº 445/2008 , seguida en los mismos términos por la STS nº 450/2009 , se consideraban necesarios los siguientes aspectos: "a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad.

Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1 del CP . Esta idea es también coherente con el criterio de política criminal que late en el compromiso de los países de la Unión Europea, expresado en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea , relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños (Diario Oficial L 63 de 04.03.1997) y, sobre todo, en la Decisión marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002 (Diario Oficial L 203 de 01/08/2002), que ha sustituido a la citada Acción Común, en lo que afecta a la trata de personas. En la primera de ellas, los Estados se comprometen a revisar la legislación nacional con el fin

de incluir, entre otras, la siguiente conducta: "...explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos en la que: se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto". En la Decisión marco (art. 1 .d), los Estados asumen el compromiso de garantizar la punibilidad, entre otros casos, de aquellos supuestos en los que "...se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona (...) o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía". b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. En aquellos otros casos -estadísticamente más frecuentes- en los que la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución sea la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 excluiría la aplicación del inciso final, por imponerle así una elemental regla de consunción (art. 8.3 del CP). c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo. d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio".

En definitiva: no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de un delito castigado con penas de dos a cuatro años de prisión. Para que así acontezca es indispensable que concurren, con carácter general, las siguientes circunstancias:

a) Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático

b) Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución.

c) La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo.

d) La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio."

A modo de conclusión, el CP sanciona la explotación de la prostitución ajena y no la mera obtención de lucro con la misma, de forma que se exige la detracción de los ingresos de la persona prostituida en una parte no proporcionada -abusiva- por ofrecerle alojamiento, lugar de encuentro con los clientes u otros servicios, en suma cuando no haya un intercambio libre de trabajo sexual por precio.

La doctrina de la Sala IV del TS:

La Sala IV, en sus STS Sentencias del TS de 3 de marzo de 1981 , 25 de febrero de 1984 , 14 de mayo de 1985) o 4 de febrero de 1988 , distinguen entre alterne y prostitución, admitiendo la laboralidad del alterne, pero no así de la prostitución.

Tanto SAN (Sala de lo Social) de 23 diciembre de 2003 como la STS de 27 de noviembre de 2004 sólo han admitido el ejercicio voluntario de la prostitución por cuenta propia.

En efecto, sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales para terceros existe una ya consolidada jurisprudencia que distingue entre la actividad de "alterne" que se realiza en el ámbito de una relación laboral, es decir, por cuenta ajena, en el ámbito de organización y dirección de una empresa, con sometimiento a jornada y horario (por flexibles que éstos sean) y a cambio de una retribución, y la actividad de prostitución que se ejerce por cuenta propia (Sentencias del TS de 3 de marzo de 1981 , 25 de febrero de 1984 , 14 de mayo de 1985 o 4 de febrero de 1988). En este caso, estaríamos ante un contrato con causa ilícita que no produce efecto alguno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil , situación en la que no se puede

reconocer relación laboral a dicha actividad. La ilicitud de la causa, en estos casos, deriva, según se ha dicho en algunas resoluciones dictadas en asuntos similares a los ahora enjuiciados, en el "grave riesgo de vulneración de los derechos fundamentales de las trabajadoras afectadas, en concreto, de sus derechos a la libertad sexual y a la dignidad personal, riesgo que puede hacerse efectivo si al recurrente, dueño del local se le reconocen las facultades y derechos derivados de la condición de empleador y, con ello, los poderes directivos y organizativos".

Por otro lado, el Tribunal Supremo en Sentencias de 21 de julio de 1995 y 11 de diciembre de 2001, esta última inadmitiendo un recurso de casación de unificación de doctrina, distingue entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, afirmando el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajenedad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental 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. Así, el contrato de trabajo existe cuando la prestación de servicios se realiza en forma voluntaria y remunerada por cuenta de otro y en el ámbito de su organización y dirección (art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro (art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores)). Si se dan estas condiciones la actividad de alterne ha de considerarse laboral, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales anteriormente reseñados, debiendo significarse 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 clientes.

- STS 27 noviembre 2004, Rec. 18/2004: declara la licitud de una Asociación Empresarial que tiene por objeto social la tenencia o gestión de establecimientos públicos hoteleros donde se ejerce el alterne y la prostitución por cuenta propia ajenas al establecimiento.

"... el hecho de que la Asociación actora no eliminara, como era lógico y deseable en sus Estatutos la referencia a quienes ejercen la prostitución por cuenta propia en los establecimientos hoteleros de los que son titulares, cuando fue requerida por la Administración, limitándose a añadir dos nuevos párrafos, a modo de aclaración, al anterior, haciendo constar que la referencia a la actividad de alterne y prostitución por cuenta propia se realizaba para determinar concretamente el ámbito sectorial de la asociación y bajo ninguna circunstancia debería entenderse en el sentido de inducción, promoción, intervención o cooperación con estas actividades, como se razonaba en dicha sentencia, obliga, a la hora de resolver el litigio a determinar, sí, el objeto social de la Asociación, en la forma en que quedó reflejado, en el artículo 3 de los Estatutos, permite a la Asociación actora su inscripción en el Registro de Asociaciones; debe por tanto, examinarse, si la actividad mercantil consistente en la tenencia de hoteles destinados a dispensar productos o servicios a terceras personas ajenas al establecimiento que ejerzan el alterne o la prostitución por cuenta propia puede o no constituir el objeto de una asociación empresarial. Como esta Sala declaró en su sentencia de 25 de enero de 1999, para que exista una asociación de empresarios es necesario que intervengan en las relaciones laborales, contribuyendo como dice el art. 7 de la Constitución en paralelo con los Sindicatos a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios, siendo los medios típicos de la acción de las asociaciones empresariales la negociación colectiva laboral, el diálogo Social, el planteamiento de conflictos colectivos de trabajo y la participación institucional en los organismos públicos de las Administraciones laborales. En consecuencia si las empresas que integran la Asociación de autos, son titulares de los establecimientos hosteleros de referencia, que por su propia naturaleza necesitan para su funcionamiento de personal laboral, como son los camareros, limpiadoras, etc., y el «alterne», en su caso, cuando la actividad sea laboral, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, la conclusión, a la que se llega, como razona la sentencia recurrida, es que están legitimados para asociarse y para intervenir, en cuantos problemas se deriven de las relaciones laborales, antes relacionadas; suponer como alega el Abogado del Estado que realmente el objeto del establecimiento sea la explotación de la prostitución y que por tanto, el objeto social expresado en el art. 3 de los estatutos constituye un fraude no deja de ser una presunción no probada, aparte de que la Sala no puede presumir que la Asociación pretenda fomentar la prostitución y si, en el curso de su actividad futura, así fuera, será entonces cuando habrán de adoptarse las medidas oportunas por quien corresponda."

- Al contrario, la Sala Social de la AN en su SAN 19/11/2018, declara ilícitos los estatutos del Sindicato "Organización de Trabajadoras Sexuales (OTRAS), BOE de 4 de agosto de 2018, que tenía por objeto "actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes".

-La STSJ de Galicia de 10 noviembre 2004 , recurso de Suplicación núm. 3598/2004:

"TERCERO. (...). Pero, en el caso de autos, no estamos ante una situación de alterne, sino, como expresamente se afirma en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, con evidente valor fáctico, ante una "actividad (que) excede de la consecución de consumiciones " -Fundamento de Derecho Cuarto-. Si estamos ante una situación de prostitución no existe, en modo alguno, una infracción de la jurisprudencia sobre la laboralidad de la prestación de servicios de alterne, de donde, en conclusión, la denuncia jurídica deberá ser rechazada.

A mayor abundamiento, debemos aclarar que, a juicio de la Sala, son totalmente compartibles los argumentos utilizados en la sentencia de instancia sobre la ilicitud de un contrato de trabajo cuyo objeto fuese la prostitución de la supuesta trabajadora al ser la explotación de la prostitución ajena una forma de violencia de género, de esclavitud de las mujeres y de actividad contraria a la moral. Pero es más -y aunque por la fecha de los hechos de autos no le sea aplicable a la sociedad limitada demandada-, actualmente sería un acto delictivo en la medida en que, siguiendo las tesis abolicionistas del Convenio para la reprobación de la trata de personas y de la prostitución ajena, adoptado el 2.12.1949, desde la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre (RCL 2003, 2332) , modificadora del artículo 188 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , resulta castigado "el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma ".

La STSJ de Catalunya de 15 mayo 2009, Rec 101/2008 aprecia la laboralidad de la prestación de servicios de alterne -otorgando con ello una mínima protección laboral y social a las trabajadoras- pero rechaza, explícitamente, la calificación como laboral de la relación de prostitución por cuenta ajena (por su carácter penalmente ilícito y por ser contrario a derechos fundamentales). También la STSJ 2 octubre 2008, Rec. 943/2006.

3.5.- Sobre la existencia de relación laboral y sus consecuencias en el caso concreto .

A tenor de cuanto queda expuesto, en el caso de autos, nos hallamos ante un supuesto de prostitución voluntaria por cuenta ajena, enmarcada en las notas de dependencia y subordinación propias de toda relación laboral, que se realiza simultáneamente con otras actividades completamente accesorias, como son la limpieza de habitaciones y masajes, en su caso.

En consecuencia, el objeto del contrato es ilícito, (art.1261 y 1271-1273 CC), no porque el trabajo sexual deba considerarse "contrario a la moral" ni porque dicho trabajo deba ser objeto de estigma o intrínsecamente indigno, sino porque su prestación en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario (art. 5c) y 20 ET), resulta contraria a la dignidad humana (art.10.1 CE).

En un marco jurídico, como el que hemos examinado, donde el trabajo sexual por cuenta propia 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. En el caso de la libertad sexual y la intimidad, el esquema de subordinación -en sí mismo- afecta al contenido esencial de ambos derechos. 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 (art.53.1 CE), convierte en irreconocibles tales derechos, y dejan de proteger los intereses fundamentales conforme al concepto de contenido esencial consagrado por la STC 11/1981, de 8 de abril (f.8)

Por otro lado, desde una perspectiva de género (art.4 LOIMH), debe tenerse en cuenta la lacerante realidad que supone tanto la trata de personas con finalidades de prostitución, la mayor parte de ellas mujeres y niñas, como la explotación de la prostitución. Sin embargo hay que subrayar que en el caso de el demandante es un hombre y no concurre ni trata de seres humanos ni explotación de la prostitución ajena.

Partiendo de ello, procede ahora examinar cuales son los efectos jurídicos de un contrato de trabajo nulo. Así, el contrato con causa torpe, en el ordenamiento civil (art.1306 CC), supone que cuando el hecho en que

conste la causa torpe no constituyera delito ni falta deban observarse las reglas siguientes: "Cuando la culpa esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiere dado, sin obligación de cumplir lo que hubiere ofrecido."

Sin embargo, en el ámbito laboral, las consecuencias de la nulidad del contrato se contemplan en el art.9 ET, que comprende la nulidad parcial y la nulidad total.

Artículo 9. *Validez del contrato.*

"1. Si resultase nula solo una parte del contrato de trabajo, este permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1.

Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano de la jurisdicción social que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones.

2. En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido.

3. En caso de nulidad por discriminación salarial por razón de sexo, el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente al trabajo igual o de igual valor."

En este punto, un contrato de trabajo totalmente nulo por resultar su objeto ilícito (prestación de servicios sexuales en régimen de subordinación y dependencia), por ser contrario a la dignidad, no sólo ha de comportar la acción para exigir la remuneración correspondiente (art.9.2 ET), sino que también ha de generar la correspondiente acción para tutelar los derechos fundamentales vulnerados, particularmente la dignidad la libertad sexual, que forma parte del derecho a la intimidad (art.18 CE) . En efecto, la vida sexual y su libre ejercicio es un elemento importante de la esfera personal, del desarrollo de la personalidad protegido por el art.8 CEDH, y por tanto, encuadrable en el derecho a la intimidad del art.18 CE, interpretado conforme al art.10.2 CE, (Vid. STEDH 25 marzo 1992, Caso B. c. Francia; STEDH 22 febrero 1994, Caso Burghartz c. Suiza, STEDH 25 septiembre 2001, Caso P.G y J.H. c. Reino Unido).

En consecuencia, como se apuntó, la sumisión de la vida sexual de la persona al esquema de la subordinación propio del contrato de trabajo supone una vulneración de dicho derecho a la intimidad, que goza de acción para su tutela, conforme al art. 177-184 LRJS, y ello con independencia de la nulidad, total del contrato de trabajo.

Ahora bien, cabe recordar que en el contrato de trabajo totalmente nulo, el trabajador no gozará de la acción de despido, pues no puede extinguirse una relación jurídica que resulta ser nula (STSJ Catalunya 2 noviembre 2007, Rec. 993/2005).

Al contrario, en los supuestos de contrato de trabajo parcialmente nulo, el contrato permanecerá válido en lo restante, gozando el trabajador de acción de despido, en su caso, debiéndose integrar el contrato, y por supuesto, si la parte nula del contrato supone una vulneración de derechos fundamentales, el trabajador goza de acción para su tutela. En este caso no concurre una nulidad parcial porque, como se dijo, los servicios de limpieza de habitaciones y de masajes resultan ser absolutamente accesorios de la prestación principal, consistente en servicios sexuales.

En suma, en los casos, como el que nos ocupa, de trabajo sexual prestado en régimen de subordinación y ajenidad, con las notas propias del contrato laboral, el trabajador/a ha de gozar de acción para pedir la nulidad del contrato y acción para la tutela de los derechos fundamentales, pero no acción por despido.

3.6.- Aplicación al caso concreto.

En el caso concreto, partiendo del relato fáctico expuesto, el objeto del contrato consistió en la prestación de servicios sexuales a cambio de remuneración y en un régimen de dependencia y subordinación que convierten al contrato en nulo, por resultar su objeto ilícito.

Las actividades de limpieza de habitaciones o de masajes que consta probado que el trabajador efectuaba, son completa y absolutamente accesorias a la principal de prestación de servicios sexuales, como así lo revelan los hechos probados y resulta de la publicidad sobre dicha actividad obrante en autos (f.204-218), y como así lo reconoció el propio demandante (f. 232-234).

Por tanto, en el caso de autos nos hallamos ante un contrato nulo y no hay acción por despido, y al no existir declaración de despido improcedente ninguna cantidad ha de ser fijada en concepto de indemnización o de salarios de tramitación.

La sentencia recurrida, para llegar a la conclusión de que nos hallamos ante un contrato de trabajo válido, aplica el esquema argumentativo empleado por el Juzgado de lo Social nº 10 de Barcelona de 18/02/2015 (autos nº 835/2013), que -en suma- considera que "mientras el Estado Español no asuma las recomendaciones relativas a la erradicación absoluta de todas las formas de prostitución, la actual situación de "alegalidad" no reconociendo el carácter laboral de la relación, no hace más que agravar enormemente la incuestionable lesión de la dignidad, la libertad y la igualdad que comporta toda relación de prostitución por cuenta ajena, para la inmensa mayoría de mujeres que la ejercen".

La Sala comparte con dicha sentencia que desde la perspectiva del ordenamiento laboral, en un Estado Social y Democrático de Derecho (art.1.1 CE), no puede privarse a la parte más débil de un contrato de la protección que el Derecho del Trabajo le brinda.

Sin embargo, como se ha razonado, la Sala no puede compartir la vía escogida por dicha sentencia para dispensar la tutela de los derechos, esto es la declaración de la existencia de un contrato laboral válido. La razón de ello es que el ordenamiento ya arbitra la tutela judicial efectiva y la garantía de los derechos fundamentales en el orden social por el cauce del art.177-182 LRJS, a través de los que las personas que realizan trabajo sexual en régimen de dependencia y ajenidad pueden acudir para la tutela de sus derechos a la dignidad, libertad, igualdad e intimidad, a fin de obtener una indemnización que, siguiendo el art. 183 LRJS, debe contemplar un componente disuasorio:

" 2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño."

Por tanto, la sumisión de la prostitución a relación laboral, en tanto que entraña la vulneración de los derechos fundamentales de la persona trabajadora, no puede quedar indemne, y la indemnización que se fije por los Tribunales ha de contribuir a prevenir el daño, de forma que dicha indemnización habría de resultar, como mínimo, de igual cuantía que la que correspondería en su caso por despido, incluidos los salarios de trámite. Lo contrario, desde luego, no contribuiría en modo alguno a la finalidad de prevenir el daño, como impone el art.183.2 LRJS y seguiría incentivándose el uso del contrato de trabajo para la realización de unos servicios que en nuestro ordenamiento sólo pueden realizarse por cuenta propia y en régimen de absoluta libertad y no subordinación.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la pretensión de tutela de derechos fundamentales, a la vista del escrito de demanda, no se ejercita en este pleito -que se limita a la acción de despido-, por lo que la Sala no puede entrar a conocer la misma, so pena de incurrir en incongruencia e irrogar indefensión a la parte demandada, que no ha podido debatir ninguno de los elementos fundadores de dicha pretensión (arts.97.2 LRJS y art.218 LEC), y sin perjuicio de que la parte actora la ejercite en otro pleito distinto.

En conclusión, procede la estimación del primer motivo de recurso, en el sentido de que el contrato de trabajo fue nulo y, por tanto, el trabajador no goza de la acción de despido, sin perjuicio de las acciones que le corresponden en tutela de sus derechos fundamentales, que habrán de ejercitarse a través de la oportuna demanda.

3.7.- Sobre los motivos subsidiarios de recurso.

Los motivos subsidiarios del recurso, numerados del segundo al octavo en el escrito de interposición, decaen, al haber sido estimado el motivo planteado por la recurrente con carácter principal, por lo que la Sala no entrará a resolver sobre caducidad de la acción de despido, abono de salarios de trámite, la revisión de los hechos

probados, la nulidad de la sentencia por valoración arbitraria de la prueba y por insuficiencia de hechos o incongruencia omisiva.

Por tanto, el recurso ha de ser estimado en su totalidad.

Cuarto.

En relación a las costas del proceso conforme al art.235. LRJS no procede su interposición a la recurrente. En cuanto a los depósitos y consignaciones prestados para recurrir, los mismos habrán de seguir el destino asignado por el art.203 LRJS .

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de EMPRESA, S.L, frente a la sentencia nº 363/2018, dictada el 10/12/2018 por el Juzgado de lo Social nº 32 de Barcelona en los autos 149/2018, que revocamos y, en su lugar, desestimamos la demanda de despido interpuesta por D.J... P... frente a EMPRESA,S.L, a la que absolvemos de todas las pretensiones formuladas contra la misma.

Sin costas.

Disponemos la devolución de todas las consignaciones y del depósito para recurrir, una vez firme la sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta Nº 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del “ordenante” se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma.

Como “beneficiario” deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA.

Finalmente, en el campo “observaciones o concepto de la transferencia” se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.