

**¿QUÉ ES, EN ESPAÑA Y EN ALEMANIA, UN «SINDICATO»?
ANÁLISIS COMPARADO DE LOS CASOS «ORGANIZACIÓN DE
TRABAJADORAS DEL SEXO-OTRAS» Y «DIE
BERUFGGEWERKSCHAFT e.V.-DHV», AMBOS DE 2021***

*[WHAT IS, IN SPAIN AND IN GERMANY, A «LABOR UNION»? A
COMPARATIVE ANALYSIS OF THE CASES «ORGANIZACIÓN DE
TRABAJADORAS DEL SEXO-OTRAS» AND «DIE
BERUFGGEWERKSCHAFT e.V.-DHV», BOTH OF 2021]*

Jesús Martínez Girón

Fecha de recepción: 30 de junio de 2025

Fecha de aceptación: 11 de junio de 2025

Sumario: I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD.- II. PRESENTACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL DE 1 JUNIO 2021 Y DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO ALEMÁN DE 22 JUNIO 2021, A COMPARAR.- III. SIMILITUDES ENTRE LOS DOS CASOS.- A) Procesales.- B) Relativas al fondo del asunto.- C) Relativas a las fuentes jurídicas directas manejadas.- IV. DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS CASOS.- A) Relativas a las partes demandantes.- B) Relativas a las fuentes jurídicas indirectas manejadas.- C) Relativas al fondo del asunto.- D) Relativas al fallo.- E) Relativas a las repercusiones del fallo.- V. CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Contents: I. APPROACH AND JUSTIFICATION OF ORIGINALITY.- II. INTRODUCTION OF THE DECISION OF THE SOCIAL CHAMBER OF THE SPANISH SUPREME COURT OF 1 JUNE 2021, AND OF THE ORDER OF THE GERMAN FEDERAL LABOR COURT OF 22 JUNE 2021, TO BE COMPARED.- III. SIMILARITIES BETWEEN THE TWO CASES.- A) Procedural.- B) Regarding the merits of the case.-

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i con referencia PID2022-136807NB-I00, financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

C) Regarding the direct legal sources used.- IV. DIFFERENCES BETWEEN THE TWO CASES.- A) Regarding the plaintiffs.- B) Regarding the indirect legal sources used.- C) Regarding the merits of the case.- D) Regarding the judgment.- E) Regarding the aftermath of the judgment.- V. CONCLUSIONS.- CITED BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Este trabajo defiende la llamada «comprensión funcional del sindicato», de un lado, considerando jurídicamente irreprochable un Auto del Tribunal Federal alemán de Trabajo, que negó a cierto sindicato su condición de tal, por carecer de auténtica «capacidad convencional»; y de otro lado, criticando una Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, casi coetánea del Auto alemán recién citado, en la que se declara que la Organización de Trabajadoras del Sexo (OTRAS), a pesar de su falta de auténtica actividad sindical, es un sindicato.

***Abstract:** This paper defends the so-called «functional understanding of the union», on the one hand, considering legally flawless an Order of the German Federal Labor Court, which denied a certain union its status as such, for lacking authentic «conventional capacity»; and on the other hand, criticizing a Decision of the Plenary of the Social Chamber of our Supreme Court, almost contemporaneous with the German Order just cited, which declares that the Organization of Sex Workers (OTRAS), despite its lack of authentic union activity, is a union.*

Palabras clave: Alemania, Derecho colectivo del Trabajo, Derecho comparado del Trabajo, España, Sindicato.

Keywords: Comparative labor law, Germany, Labor law, Spain, Union.

* * *

I. PLANTEAMIENTO Y JUSTIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD

En materia de Derecho colectivo del Trabajo (por cierto y sin discusión posible, una categoría dogmática debida al genio de la doctrina científica alemana de los años 20 y 30 del siglo pasado)¹, España y Alemania son países muy distintos, aunque en ambos aparezca como una institución central de dicha porción del Derecho del Trabajo —como es lógico— el sindicato. En 2008, Alberto ARUFE VARELA realizó un análisis comparado hispano-alemán de esa institución jurídico-laboral capital, publicándolo en un libro que razonablemente cabe predecir que yace ahora cubierto por todo tipo de hojarasca doctrinal, pero que me sigue pareciendo una obra llamativa y que, según creo, valdría la pena desempolvar². Dicho libro lo escribimos él y yo, en coautoría con Ulrich ZACHERT, por aquel entonces catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Hamburgo, y tenía —hecho insólito en nuestra doctrina científica, según creo— dos prólogos (uno firmado por Ingrid SCHMIDT, Presidenta del Tribunal Federal de Trabajo, esto es, el *Bundesarbeitsgericht* o, en su acrónimo alemán, BAG³; y el otro, por María Emilia CASAS BAAMONDE, catedrática de nuestra disciplina y Presidenta de nuestro Tribunal Constitucional⁴). Alberto comparaba en dicho análisis un caso español de 1993 y un caso alemán de 2006, ambos sobre actividad sindical negocial, razonando por qué consideraba que los dos eran «grandes» casos

¹ Véase Luis Enrique DE LA VILLA GIL y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Historia de una traducción: del *Grundriß des Arbeitsrechts* (1962) al *Compendio de Derecho del Trabajo* (1963)», *Trabajo y Derecho*, núm. 100 (2023), págs. 1 y ss. Este artículo, que considero magistral, cuenta con su versión alemana. Véase Luis Enrique DE LA VILLA GIL y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Geschichte einer Übersetzung: vom *Grundriß des Arbeitsrechts* (1962) zum *Compendio de Derecho del Trabajo* (1963)» [traducción alemana de Achim SEIFERT], *Recht der Arbeit. Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts*, núm. 1 (2025), págs. 30-38.

² Véase Alberto ARUFE VARELA, «La capacidad de los sindicatos para poder celebrar convenios colectivos. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de marzo de 2006», en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008), págs. 67 y ss.

³ En el libro en cuestión, véanse págs. xi-xii (donde consta que su traducción al castellano, desde el alemán original, fue realizada por mí).

⁴ En el libro en cuestión, véanse págs. v-ix.

judiciales, brillantes como luminarias en nuestros respectivos Derechos colectivos del Trabajo. Han pasado dieciséis años desde entonces, reafirmando yo ahora que la solidez del análisis de mi colega coruñés mantiene toda su frescura y toda su actualidad, al haber realizado su comparación —centrada en la llamada «capacidad convencional [Tariffähigkeit]» de los sindicatos, del lado alemán, y en la «legitimación» sindical para negociar convenios colectivos, del lado español—, suponiendo siempre que quien es jurídicamente incapaz de negociar convenios colectivos difícilmente podría ser calificado como verdadero «sindicato». A demostrar la frescura y la vitalidad de esta tesis coruñesa de entonces, cualidades que considero intactas, se orientan las páginas que siguen, aunque yo la mantendré con novedades («vino nuevo en odre viejo»)⁵, pues pienso no sólo desempolvar un viejísimo libro de mi maestro compostelano, el catedrático Gonzalo DIÉGUEZ —que considero que sigue brillando, a pesar de todo el tiempo transcurrido desde que se publicó—, sino también porque procederé a comparar ahora con pura metodología jurídica comparatista⁶ dos resoluciones judiciales laborales (una española y la otra alemana, como había hecho Alberto) muy recientes y yo diría incluso que muy calientes, virtualmente coetáneas, que procedo acto seguido a presentar.

II. PRESENTACIÓN DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL DE 1 JUNIO 2021 Y DEL AUTO DEL TRIBUNAL FEDERAL DE TRABAJO ALEMÁN DE 22 JUNIO 2021, A COMPARAR

Las dos resoluciones judiciales que traigo a colación merecen ambas el calificativo de casos judiciales brillantes (si se prefiere, son «grandes casos»), en el conjunto de los miles de ellos integrantes de la jurisprudencia laboral española y de la jurisprudencia laboral alemana. La Sentencia de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo es incuestionablemente llamativa, por causa de tratarse de una Sentencia del

⁵ Sobre mi concepción de la «originalidad» en los escritos jurídico-laborales, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Prólogo» a Alberto ARUFE VARELA, *El personal laboral de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT*, Comares (Granada, 2021), pág. XI.

⁶ Acerca de nuestra opinión sobre dicha metodología, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023), págs. 22 y ss.

«Pleno» de dicha Sala⁷, confirmándose en ella —respecto de la cuestión planteada— «su trascendencia»⁸. Por su parte, el Auto del Tribunal Federal alemán de Trabajo de 22 junio 2021⁹, aun no siendo de Sala General (*Großer Senat*)¹⁰, brilla al menos por las tres siguientes razones: 1) lo firma la Sra. Ingrid SCHMIDT, antes citada, en su condición de Presidenta no sólo del Tribunal Federal de Trabajo, sino también de la Sala 1 de dicho Tribunal (junto a otros cuatro Jueces de esa Sala); 2) según la base de datos oficial alemana donde se encuentra almacenado¹¹, se trata de un caso único, en el sentido de carecer de clones repetitivos sobre el mismo asunto, fallados por idéntica Sala del Tribunal Federal de Trabajo que lo decidió (con terminología alemana, es un caso «sin decisiones paralelas [*ohne Parallelentscheidungen*]»); y 3) por aparecer destacado en el Informe Anual (*Jahresbericht*) del Tribunal Federal de Trabajo, correspondiente al año 2021¹², cabiendo resaltar que en ese Informe sólo aparecen reseñados 86 casos, dentro del conjunto de 1.599 asuntos resueltos por dicho Tribunal, siempre en el año en cuestión¹³. Esto despejado, se trata de dos resoluciones judiciales muy distintas, si examinadas desde un punto de vista formal. La Sentencia española es muy breve (sólo 11 págs.), y lo sería aún más, si sus Fundamentos de Derecho primero y tercero prescindiesen de la tediosa repetición (no se sabe muy bien por qué) de parte de los Antecedentes de Hecho que relata. En cambio, el Auto alemán es gigantesco (un total de 50 págs.), poseyendo sus Fundamentos de Derecho (*Gründe*) una estructuración sorprendente, a desvelar —como aconsejaba Alberto ARUFE VARELA, en nuestro libro antes citado¹⁴— mediante la confección de un «mapa» de su estructura, al estar construidas las resoluciones judiciales

⁷ Referencia oficial ECLI:ES:TS:2021:2252.

⁸ Cfr. Antecedente de Hecho sexto.

⁹ Referencia oficial ECLI:DE:BAG:2021:220621. Su referencia oficial tradicional alemana es 1 ABR 28/20.

¹⁰ Sobre dicha Sala, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007), págs. 90-91.

¹¹ Véase <https://www.bundesarbeitsgericht.de>, vía «Entscheidungen».

¹² Cfr. *Bundesarbeitsgericht. Jahresbericht 2021*, 81 págs., localizable en el sitio en Internet citado del Tribunal Federal de Trabajo.

¹³ «En el año 2021, han sido resueltos 1.599 asuntos» (pág. 9). Textualmente, «*Im Jahr 2021 sind 1.599 Sachen erledigt worden*».

¹⁴ Véase Alberto ARUFE VARELA, «Precisiones metodológicas para el estudio comparado con el Derecho español de los grandes casos judiciales laborales alemanes», en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., pág. 27.

alemanas con la *forma mentis*, como regla, de que lo que se afirma en ellas hay luego que argumentarlo y razonarlo con todo el detalle que resulte jurídicamente posible o viable (aplicando una lógica jurídica, en mi opinión, más prusiana que meramente cartesiana), facilitando la localización precisa de esa miríada de detalles el hecho de aparecer dotadas las resoluciones judiciales alemanas de numeración marginal. En el caso del Auto aquí analizado, me limitaré a indicar que su fundamentación jurídica se encuentra dividida en dos grandes partes (A y B), que la parte B aparece subdividida, a su vez, en seis porciones menores (I, II, III, IV, V y VI), que sólo la porción IV aparece troceada, a su vez, en seis porciones ulteriores más reducidas (1, 2, 3, 4, 5 y 6), y que su porción 5 comprende, a su vez, unidades argumentativas todavía mucho más pequeñas [que son la «a)» y la «b)», teniendo en cuenta que la segunda comprende «aa)» y «bb)», que esta última se subdivide en «(1)», «(2)», «(3)» y «(4)», y que este último número entre paréntesis alberga desarrollos argumentativos aún más precisos, en subepígrafes señalados asimismo con doble paréntesis, que son «(a)», «(b)», «(c)», «(d)», «(e)» y «(f)»], conjurando de este modo el riesgo de que la resolución judicial pudiese llegar a incurrir en el vicio a denominar, con terminología española, de «incongruencia omisiva» (eso sí, se facilita, como se anticipó, la cita de concretos pasajes del entramado argumentativo citado, al asignarse al conjunto del mismo un total de 92 números marginales).

III. SIMILITUDES ENTRE LOS DOS CASOS

A) Procesales

Supuesto —como afirma la jurisprudencia laboral alemana— que no cabe comparar jurídicamente realidades heterogéneas (según ella, con todo desparpajo, «peras y manzanas [*Äpfel und Birnen*]»¹⁵; nosotros, en cambio, hablaríamos de no comparar peras y melones o, también, de no mezclar churras y merinas), ambas resoluciones judiciales aquí comparadas

¹⁵ Véase Alberto ARUFE VARELA, «La defensa del convenio colectivo frente a fenómenos de negociación empresarial seriada o en masa de las condiciones de trabajo. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 20 de abril de 1999», en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., pág. 103.

resolvieron asuntos formalizados en primera instancia (la cual, a diferencia de lo que sucede en Alemania, es primera y única instancia, en España), a través de procesos distintos del proceso laboral a calificar como proceso laboral más ordinario. El caso español había accedido a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por la vía de uno de nuestros muchos procesos laborales especiales, que era la modalidad procesal de «impugnación de los estatutos de los sindicatos», prevista en los artículos 173 a 175 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, teniendo en cuenta que el silencio del tercero de los preceptos recién citados (rotulado «Sentencia») acerca de si cabe o no recurso contra la resolución judicial que le pone fin, abre la posibilidad de impugnarla por la vía del recurso ordinario de casación —supuesto que el asunto enjuiciado despliegue sus efectos en todo el territorio nacional—, que fue precisamente el tipo de recurso resuelto por la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aquí analizada¹⁶. En la hipótesis de la resolución judicial alemana, el asunto —de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Tribunales de Trabajo (*Arbeitsgerichtsgesetz* o, en su acrónimo alemán, ArbGG) de 1953— accedió al tribunal laboral de primera instancia (más en concreto, el de la ciudad-Estado de Hamburgo) no por la vía del proceso laboral modelo en Alemania (que es el denominado «procedimiento [a resolverse] por Sentencia [*Urteilsverfahren*])»¹⁷, sino por la del denominado «procedimiento [a resolverse] por Auto [*Beschlußverfahren*])»¹⁸, y dentro de esta última vía, por una de sus modalidades expresamente prevista para «casos especiales» (literalmente, «*in besonderen Fällen*»), que es la relativa a la «decisión sobre la capacidad convencional o la competencia convencional de una asociación»¹⁹, teniendo en cuenta que aquí la palabra «asociación» —a diferencia de lo que sucede en España, donde tenemos una modalidad procesal laboral especial y específica, relativa a los «Estatutos de las asociaciones empresariales»— comprende tanto las asociaciones empresariales como las asociaciones de trabajadores (esto es, los sindicatos)²⁰; y además, que el Auto del Tribunal laboral de primera

¹⁶ Sobre la posibilidad de acceso de dicho tipo de asuntos a la suplicación, expresamente prevista en la Ley 36/2011, véase su artículo 191, apartado 3, letra f).

¹⁷ Sobre el tema, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, cit., págs. 92-93.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 94.

¹⁹ Cfr. parágrafo 97. Textualmente, según su rótulo, «*Entscheidung über die Tariffähigkeit oder Tarifzuständigkeit einer Vereinigung*».

²⁰ Al respecto, véase Franz Josef DÜWELL y Gert-Albert LIPKE (Editores), *ArbGG. Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar zum gesamten Arbeitsverfahrensrecht*, 5ª ed., Luchterhand (Colonia, 2019), págs. 1393 y ss.; Ewald HELML y Sascha PESSINGER ACDCT, VOL. XVI (2024), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 171-194

instancia resultaba recurrible en apelación (o «segunda instancia [Zweiter Rechtszug]»)²¹ ante el Tribunal laboral del Estado federado correspondiente (recuérdese, el de Hamburgo), cuyo Auto podía recurrirse, a su vez —pero no en casación (*Revision*), como sucede en los procedimientos que concluyen por Sentencia, sino en queja (*Beschwerde*), que es lo que sucede en los procedimientos que concluyen por Auto²²—, ante la Sala 1 del Tribunal Federal de Trabajo, resolviéndose dicho recurso extraordinario por nuevo Auto de este último tribunal, que fue precisamente lo sucedido en el caso alemán a que se refiere este análisis comparado.

B) Relativas al fondo del asunto

A través de las citadas vías procesales laborales (especiales, en ambos casos), el fondo del asunto decidido era, en lo esencial, idéntico en los mismos, afirmando la Sentencia española que el asunto afectaba frontalmente a la «libertad sindical» —configurada (por aplicación de los artículos 7 y 28, apartado 1, de la Constitución), según la Sentencia, como «derecho de carácter instrumental que se reconoce a los trabajadores para ejercerlo frente a los empleadores, en defensa de sus intereses»²³—, mientras que el Auto alemán proclamaba que el asunto enjuiciado se refería al «derecho fundamental de libertad sindical [Grundrecht der Koalitionsfreiheit]», garantizado «por el artículo 9, apartado 3, de la C[onstitución] F[ederal]»²⁴. La clave para el enjuiciamiento de dicho asunto genérico de Derecho sindical, tanto en uno como en otro caso, era la concreción que los estatutos de los sindicatos, demandados en ambos casos, realizaban de cuál fuese su respectivo «ámbito funcional» o «ámbito organizativo» de actuación, resultando que en el caso del sindicato español su «ámbito funcional» se refería a «las actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes» (explicitado en la propia denominación del sindicato, que era la de «Organización de Trabajadoras

(Editores), *ArbGG. Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021), págs. 758 y ss.; y Claas-Hinrich GERMELMANN, Hans-Christoph MATTHES y Hanns PRÜTTING (Fundadores), *Arbeitsgerichtsgesetz*, 10ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2022), págs. 1487 y ss.

²¹ Cfr. párrafos 87 a 91 de la Ley de Tribunales de Trabajo.

²² Cfr. párrafos 92 a 96a de la Ley de Tribunales de Trabajo.

²³ Cfr. Fundamento de Derecho sexto, apartado 3, párrafo último.

²⁴ Cfr. marginal 51. Textualmente, «durch Art. 9 Abs 3 GG».

del Sexo» y, en acrónimo, OTRAS)²⁵, mientras que en el caso alemán la clave radicaba en el «ámbito organizativo [*Organisationsbereich*]» del sindicato judicialmente cuestionado, tal y como aparecía definido en sus «estatutos de 2014 [*Satzung 2014*]»²⁶. Es cierto que se trataba de sindicatos con ámbitos de actuación distintos (el sindicato alemán, denominado «Sindicato Profesional, a[sociación] r[egistrada] [*Berufsgewerkschaft e.V.*]» y, en acrónimo, DHV, tenía como «ámbitos nucleares caracterizantes [*Markenkernbereichen*]»²⁷, entre otras, la banca, el comercio minorista y mayorista, así como la industria aseguradora y los hospitales privados). Pero lo realmente decisivo, en ambos casos, era determinar si —a la luz de sus respectivos ámbitos de actuación estatutarios (definidos, como es lógico, en ejercicio del derecho fundamental de libertad sindical)— los sindicatos demandados podían considerarse o no verdaderos sindicatos. Por lo demás, el concreto asunto enjuiciado en el caso español no podría llegar a plantearse en Alemania, de un lado, porque allí la prostitución y sus actividades satélites (lo que los estatutos del sindicato OTRAS denominaban «alterne —entendiendo por tal la incitación al consumo mediante la provocación del deseo sexual en el cliente—, la pornografía, la participación en espectáculos públicos con connotaciones eróticas ...») ²⁸ fueron legalizadas por la llamada Ley de la Prostitución [*Prostitutionsgesetz* o, en acrónimo, ProstG] de 2001²⁹; y de otro lado, porque los sindicatos alemanes de clase admiten con naturalidad la afiliación de prostitutas (y prostitutos), al efecto de procurar la mejora de sus condiciones de trabajo, como es el caso claro de la Federación alemana de prestación de servicios (*Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft* o, en acrónimo, Ver.di)³⁰, afiliada a la

²⁵ Cfr. Fundamento de Derecho sexto, apartado 4, párrafo penúltimo.

²⁶ Cfr. marginal 3.

²⁷ Cfr. marginal 12, inciso quinto.

²⁸ Cfr. Fundamento de Derecho primero, apartado 2, párrafo tercero.

²⁹ Su denominación completa es Ley para la regulación de las relaciones jurídicas de las personas que se prostituyen (*Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten*). Aunque sorprenda, se trata de una Ley de contenido laboral y de seguridad social muy breve, pues sólo consta de tres párrafos. Fue modificada y «desarrollada» por la Ley para la protección de las personas que se prostituyen (*Prostituiertenschutzgesetz* o, en acrónimo, ProstSchG), de 2016. El comentario de autoridad sobre esta última, es Margarete VON GALEN, *ProstSchG. Prostituiertenschutzgesetz. Kommentar*, C.H. Beck (Múnich, 2024), 304 págs.

³⁰ Sumamente interesante por toda la información (incluida la estadística) que aporta, véase Emilija MITROVIC, «Sexarbeit in Würde», *Die besonderen Dienstleistungen*, 01.1.2006, pág. 4, confesando que «Ver.di no es el primer sindicato que organiza trabajadoras/es del sexo», y también —siempre para Ver.di—, lo siguiente: «El ACDCT, VOL. XVI (2024), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 171-194

gigantesca y virtualmente hegemónica Confederación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund* o, en acrónimo, DGB)³¹, lo que obviamente no sucede en España con nuestros sindicatos (más representativos, estatales o autonómicos, o meramente representativos) de clase.

C) Relativas a las fuentes jurídicas directas manejadas

Refiriéndose el fondo del asunto en ambos casos a la libertad sindical, se comprende que exista una coincidencia destacable en las fuentes jurídicas directas manejadas por el Tribunal Federal de Trabajo y la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, que salta a la vista si dichas fuentes se reconducen a las de carácter internacional (por ejemplo, los dos casos se refieren a los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT). Ahora bien, lo realmente llamativo es la tosquedad jurídica y la brocha gorda del caso español (frente a la sutilidad jurídica y el pincel fino del caso alemán), en el manejo de dicho tipo de fuentes, cabiendo relacionar multitud de tales contrastes, aunque —con la finalidad de no dispersarme— me centraré sólo en el tratamiento de una muy concreta fuente jurídica directa de dicha naturaleza a mirar con simpatía, citada en ambos casos, que es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sobre ella, la Sentencia española —poco después de reproducir al pie de la letra el tenor de diversos preceptos de la Ley Orgánica 11/1985, de libertad sindical, desperdiciando así casi una página de las sólo siete en las que se explayan sus Fundamentos de Derecho— se limita a afirmar simplemente lo siguiente: «la Carta de Derechos Fundamentales de la UE reconoce asimismo el derecho de fundar sindicatos y afiliarse a los mismos (art. 12), y los derechos de negociación y acción colectiva (art.28)»³². En cambio, el Auto alemán dedica un densísimo marginal al tratamiento del asunto, en el que concluye —en lo esencial— que «el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de

trabajo sexual es trabajo y profesión. Las trabajadoras/es sexuales disfrutan de los mismos derechos laborales, de Seguridad Social y humanos que las demás trabajadoras/es».

³¹ Sobre ella, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Comparación contextualizadora con los estatutos confederales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen I (2009), págs. 85 y ss.

³² Cfr. Fundamento de Derecho sexto, apartado 3, párrafo penúltimo.

la Unión Europea (CDF) no es aplicable»³³, dado que «la Unión Europea, en virtud del artículo 153, apartado 5, del T[ratado de]F[uncionamiento de la]U[nión]E[uropea], no tiene competencia para regular el derecho de libertad sindical, el derecho de huelga, así como el derecho de cierre patronal»³⁴. Por supuesto, el Tribunal Federal de Trabajo es plenamente consciente de no ser ningún tribunal «supremo» (por cierto, lo mismo le sucede a la Sala de lo Social del nuestro, que sólo nominalmente es órgano jurisdiccional «supremo»), al tener por encima de él otros tribunales, a calificar de «supra-laborales», que podrían acabar revocando las resoluciones que dictase. De ahí que el Auto alemán también razone acerca de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, creada en interpretación del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, llegando a la conclusión de que su «protección creciente no excede las garantías a que se refiere el artículo 9, apartado 3, de la C[onstitución] F[ederal]»³⁵. Este tipo de argumentación, que se hace extensiva incluso a la Carta Social Europea³⁶, falta completamente en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo aquí analizada.

IV. DIFERENCIAS ENTRE LOS DOS CASOS

A) Relativas a las partes demandantes

En lo tocante a quiénes fueron actores en los respectivos procesos laborales especiales inicialmente tramitados (un asunto crucial, en mi opinión, como comprobaremos luego), nada tienen que ver la Sentencia española y el Auto alemán. En el caso español, se trataba de dos

³³ Cfr. marginal 46, inciso segundo. Textualmente, «Art. 28 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) ist nicht anwendbar».

³⁴ *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «Die Europäische Union hat gemäß Art. 153 Abs. 5 AEUV keine Kompetenz zur Regelung des Koalitionsrechts, Streikrechts sowie des Aussperrungsrechts».

³⁵ *Ibidem*, inciso sexto. Textualmente, «erwachsende Schutz reicht nicht über das nach Art. 9 Abs. 3 GG Garantierte hinaus».

³⁶ Acerca de la aversión que la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales le provoca a las autoridades alemanas, en materia de Derecho colectivo del Trabajo, véase Iván VIZCAÍNO RAMOS, «El modelo contractual alemán de derecho de huelga y su problemática compatibilidad con los mecanismos regionales europeos de protección de los derechos fundamentales», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 3 (2022), págs. 172 y ss.

asociaciones feministas, constituidas ambas al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho general de asociación (una era «la asociación “Plataforma 8 de marzo de Sevilla”», de ámbito regional andaluz, constituida para «conseguir la igualdad real de las mujeres», entre diversos objetivos estatutarios suyos³⁷; la otra, de ámbito estatal, la «Comisión de investigación de malos tratos a las mujeres», constituida para el «diseño y ejecución de programas de intervención dirigidos a la prevención y erradicación de todas las formas de violencia de género, las agresiones sexuales, la prostitución, la trata y tráfico ilegal de mujeres y menores, etc.», asimismo entre otros varios objetivos suyos estatutarios³⁸). Figuró también como parte el Ministerio Fiscal, afirmándose en la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social —respecto de la demanda inicial de los dos asociaciones recién citadas— que «se [ha] adherido [a ella] el Ministerio Fiscal»³⁹, cabiendo presumir que le pareció correcta la Sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, declarando «la nulidad de los estatutos del sindicato OTRAS»⁴⁰ y, consecuentemente, su inexistencia formal-registral como sindicato, puesto que se abstuvo de recurrirla. En cambio, en la hipótesis del caso enjuiciado por el Auto alemán, la panoplia de partes actoras en el pleito abruma, al figurar en ella sindicatos (la citada y gigantesca DGB, y poderosas federaciones afiliadas suyas, como la citada Ver.di o la Federación de la Industria del Metal [*Industriegewerkschaft Metall* o, en acrónimo, IG Metall]), la igualmente poderosa gran patronal alemana (esto es, la Confederación de Asociaciones Empresariales Alemanas [*Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände* o, en acrónimo, BDA]), así como los Ministerios de Trabajo de los Estados federados de Berlín y de Renania del Norte-Westfalia (el más poblado de los dieciséis Estados federados de Alemania), habiéndose adherido luego a la demanda el Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social (*Bundesministerium für Arbeit und Soziales* o, en acrónimo, BMAS)⁴¹. También figuraba como coadyuvante la pequeña Confederación de Sindicatos Cristianos de Alemania (*Christlicher Gewerkschaftsbund Deutschlands* o, en acrónimo, CGB), a la que estaba afiliado el sindicato demandado⁴², debiendo recordar yo ahora que dicha pequeña confederación sindical fue la protagonista del caso de 2006 estudiado en su día por Alberto

³⁷ Cfr. Fundamento de Derecho tercero, apartado 1.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cfr. Antecedente de Hecho tercero, párrafo segundo.

⁴⁰ Cfr. Fundamento de Derecho primero, apartado 2, párrafo segundo.

⁴¹ Cfr. marginal 8.

⁴² *Ibidem*.

ARUFE VARELA, en el que el Tribunal Federal de Trabajo decidió que se trataba de un auténtico sindicato⁴³.

B) Relativas a las fuentes jurídicas indirectas manejadas

Asimismo, en lo tocante ahora a la cita nominal de doctrina científica, tampoco tienen nada que ver la Sentencia española y el Auto alemán. La primera —como es usual en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, así como en la del Tribunal Constitucional, aunque nada prohíba jurídicamente hacer lo contrario⁴⁴— se refiere impersonal y genéricamente a la literatura jurídica laboralista, afirmando que «la doctrina más autorizada [*sic*] señala que siendo el contrato de trabajo un contrato bilateral y sinalagmático, el objeto del mismo son las recíprocas prestaciones que las partes se comprometen a prestar, esto es, los servicios que el trabajador asume prestar bajo el ámbito organicista y rector del empresario, y la retribución que éste abona a cambio de los mismos, bien en metálico, bien en especie (arts. 1.1 y 8.1 ET)»⁴⁵, lo que equivale a no decir nada especialmente significativo o sorprendente; y además, «así como que [la doctrina más autorizada también señala], no resulta posible con arreglo a nuestro vigente Derecho la celebración de un contrato de trabajo cuyo objeto sea la prostitución por cuenta ajena, esto es, un contrato en virtud del cual la persona trabajadora asuma la obligación de mantener las relaciones sexuales que le indique el empresario, con las personas que este determine a cambio de una remuneración»⁴⁶, lo que (aunque le sorprenda al Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo) tampoco resultaría posible en Alemania, si es que hubiese que atenerse a la literalidad de tal *dictum* judicial (y doctrinal) español⁴⁷. En cambio,

⁴³ Véase Alberto ARUFE VARELA, «La capacidad de los sindicatos para poder celebrar convenios colectivos. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de marzo de 2006», en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., págs. 67 y ss.

⁴⁴ Véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011), págs. 334 y ss.

⁴⁵ Cfr. Fundamento de Derecho sexto, apartado 5, párrafo penúltimo.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo último.

⁴⁷ Según el párrafo 3 de la citada Ley de la Prostitución de 2001, «no resultan admisibles las instrucciones [del empresario] que prescriben si deben prestarse servicios sexuales, su forma o su alcance» (apartado 1). Textualmente, «*Weisungen, die das Ob, die* ACDCT, VOL. XVI (2024), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 171-194

siguiendo el *usus fori* de la jurisprudencia ordinaria alemana, el Auto del Tribunal Federal de Trabajo analizado sí procede a citar nominalmente doctrina científica laboralista. Lo hace hasta en tres ocasiones, sin que se trate en absoluto de meros adornos argumentativos, pues dichas citas se traen a colación para reforzar la argumentación jurídica, en puntos concretos discutidos o discutibles, efectuada por el Auto. Así, cita un artículo de revista del profesor Reinhard RICHARDI (catedrático de Derecho del Trabajo de las universidades de Regensburg, Gotinga y Heidelberg, así como Vicepresidente de la Asociación de Tribunales Laborales Alemanes), con la finalidad (supuesto que un sindicato auténtico debe orientarse a mejorar las condiciones de trabajo de sus afiliados) de apuntalar un extremo delicado, que era el relativo a la posibilidad de que las leyes autoricen excepcionalmente al convenio colectivo a empeorar las condiciones de trabajo de quienes se encuentran cubiertos por su ámbito⁴⁸. También, una contribución del profesor Volker RIEBLE (catedrático de Derecho del Trabajo de las universidades de Múnich y Mannheim, así como notorio asesor de la patronal alemana) a cierto *liber amicorum*, para impugnar su tesis doctrinal de que un sindicato auténtico —por puro paralelismo con el Derecho electoral— debería afiliarse al menos al 5 por ciento de los trabajadores comprendidos en su ámbito de organización estatutario⁴⁹. Y por último, un artículo de revista del profesor Stefan GREINER (catedrático de Derecho del Trabajo de las universidades de Bochum y Bonn), en el que sostiene la imposibilidad de desvincular la capacidad negocial del sindicato auténtico de una base suficiente de afiliados, siempre en su ámbito de organización estatutario⁵⁰.

C) Relativas al fondo del asunto

Art oder das Ausmaß der Erbringung sexueller Dienstleistungen vorschreiben, sind unzulässig». Prudente al respecto, en nuestra doctrina científica, véase Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, «Algunas anotaciones sobre jurisprudencia laboral dictada en materia de alterne y prostitución», *Revista Galega de Seguridade Pública*, núm. 11 (2009), págs. 153 y ss.

⁴⁸ Cfr. marginal 37, inciso antepenúltimo, cuya literalidad es la siguiente: «cfr. Richardi, *R[echt] d[er] A[rbeit]*, 2007, [págs.] 117 y 119 y ss.». Textualmente, «vgl. Richardi *RdA* 2007, 117, 119 f.».

⁴⁹ Cfr. marginal 44, inciso cuarto, cuya literalidad es la siguiente: «cfr., por ejemplo, Rieble, *L[iber] A[micorum]* Wiedemann, 2002, [págs.] 519 y 537». Textualmente, «vgl. etwa Rieble *FS Wiedemann* 2002, 519, 537».

⁵⁰ Cfr. marginal 53, inciso tercero, cuya literalidad es la siguiente: «Greiner, *N[eu]e Z[eitschrift für] A[rbeitsrecht]*, 2011, [págs.] 825 y 827». Textualmente, «Greiner *NZA* 2011, 825, 827».

Entre el caso español de 1993 estudiado en su día por Alberto ARUFE VARELA y el aquí analizado del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo existe una diferencia de grado, relativa al fondo del asunto, que no cabe pasar por alto. En ese caso español de 1993, la clave era la legitimación sindical para negociar convenios colectivos⁵¹, mientras que ahora el Pleno de la Sala de lo Social hace completa abstracción de lo que la Ley Orgánica 11/1985 denomina «ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella» —que comprende, siempre según dicha Ley, hasta cuatro derechos distintos («en todo caso, el derecho a la negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas para la elección de Comités de Empresa y Delegados de Personal»)⁵²—, centrándose únicamente en la posibilidad de realizar trabajo sexual lícito por cuenta ajena, para —sobre esta base— llegar a concluir que «el ámbito funcional de los estatutos» del sindicato OTRAS «es conforme a Derecho»⁵³, de un lado, porque «las personas que desarrollan trabajos sexuales [como, recuérdese, actividades de alterne, rodaje de pornografía, espectáculos de *strippers* u otros en los alrededores de la prostitución ilícita] a las que se refiere el presente procedimiento gozan del derecho fundamental a la libertad sindical, y tienen derecho a sindicarse»⁵⁴; y de otro lado, porque «las mismas conclusiones son trasladables respecto de la asociación de quienes desarrollan trabajos de índole sexual [siempre lícitos] por cuenta propia»⁵⁵. En cambio, en lo tocante al caso alemán de 2006 analizado en su día por Alberto y el Auto alemán de 2021 ahora analizado por mí, no existe ninguna diferencia cualitativa o de grado referida al fondo del asunto, aunque —como se verá dentro de un momento— ambas resoluciones difieran en lo tocante a lo por ellas fallado. En efecto, al igual que entonces, el Tribunal Federal de Trabajo parte de la afirmación de que el fondo del asunto se refería a «cuándo debe considerarse que una coalición de trabajadores tiene

⁵¹ Véase Alberto ARUFE VARELA, «La capacidad de los sindicatos para poder celebrar convenios colectivos. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de marzo de 2006», en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, cit., págs. 73-74.

⁵² Cfr. artículo 2, apartado 2, letra d).

⁵³ Cfr. Fundamento de Derecho séptimo, apartado 1, núm. 1.

⁵⁴ *Ibidem*, núm. 2.

⁵⁵ *Ibidem*, núm. 4.

capacidad convencional colectiva y es, por consiguiente, un sindicato»⁵⁶, pues en Alemania resultaría inconcebible que a los sindicatos le resultase exótico lo que nuestra Ley Orgánica 11/1985 denomina «ejercicio de la actividad sindical» (recuérdese, negociar convenios colectivos, plantear conflictos colectivos, presentarse a las elecciones de representantes unitarios, etc.). Y todo ello, según afirma el Auto del Tribunal Federal de Trabajo aquí analizado, para conjurar «el riesgo de que se promuevan los llamados “sindicatos-fantasma”, esto es, aquellas asociaciones a las que no pertenecen trabajadores o con un número insignificante de ellos —cuyas condiciones de trabajo hay que regular—, y a cuya oferta negociadora responde finalmente la parte empresarial para regular las condiciones laborales de los trabajadores no afiliados, mediante acuerdos de igualdad de trato, que puedan así eludir el control de las c[ondiciones de] t[rabajo] o[r]dinarias]»⁵⁷.

D) Relativas al fallo

El fallo del caso de 2006, analizado en su día por Alberto ARUFE VARELA, y el del Auto de 2021, ahora analizado por mí, son fallos antitéticos, al haber concluido el segundo —a diferencia de lo concluido por el primero— que el sindicato demandado carecía de «capacidad convencional» y, consecuentemente, no podía considerarse un auténtico sindicato. Es muy breve y va colocado —como es usual en Alemania— al comienzo de la resolución judicial, limitándose a indicar que «los recursos de queja de las partes números 5 y 11 [esto es, el sindicato y la pequeña asociación patronal, inicialmente demandadas], contra el Auto del Tribunal del Estado federado de Hamburgo de 22 mayo 2020 —5 TaBV 15/16— se

⁵⁶ Cfr. marginal 25, inciso primero. Textualmente, «*wann eine Arbeitnehmerkoalition als tariffähig und damit als Gewerkschaft anzusehen ist*».

⁵⁷ Cfr. marginal 53, inciso cuarto. Textualmente, «*Damit bestünde die Gefahr, dass sog. „Phantomgewerkschaften“ Vorschub geleistet wird, also solchen Vereinigungen, denen keine oder nur eine zu vernachlässigende Zahl von Arbeitnehmern —deren Arbeitsbedingungen zu regeln sind— angehört, und auf deren Verhandlungsangebot die Arbeitgeberseite letztlich deswegen eingeht, um die Arbeitsbedingungen der nichtorganisierten Arbeitnehmer durch Gleichstellungsabreden regeln und damit einer AGB-Kontrolle entziehen zu können*».

desestiman»⁵⁸, lo que suponía confirmar lo decidido por este tribunal laboral alemán de segunda instancia, según el cual «el DHV —el Sindicato Profesional, a[sociación] r[egistrada]— carece de capacidad convencional, desde 21 abril 2015»⁵⁹. Ello era consecuencia, en lo esencial, de faltarle los dos ingredientes de la llamada «influencia social [*social Mächtigkeit*]» de los sindicatos⁶⁰, relativos a la «fuerza de imponerse [*Durchsetzungskraft*]» a la contraparte patronal⁶¹ y a la «capacidad de prestar servicios [*Leistungsfähigkeit*]» a sus afiliados⁶² (a través, por ejemplo, del pago del «subsidio de huelga [*Streikgeld*]», si fuesen afiliados huelguistas), dado el escasísimo número de afiliados de que disponía (medido por el Tribunal Federal de Trabajo, con rigurosa precisión estadística, en los diferentes sectores en que, de acuerdo con sus estatutos, actuaba)⁶³, resultando igualmente irrelevante su presencia en comités de empresa, al tratarse de órganos carentes de la capacidad para estipular convenios colectivos en sentido estricto, ni siquiera de empresa⁶⁴ (literalmente, «los mandatos en las elecciones al comité de empresa, al comité de personal [en las Administraciones públicas] y al consejo de vigilancia no pueden tenerse en cuenta»)⁶⁵. Antitético con este fallo es, también, el de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo aquí analizada, al decidir «casar y anular la sentencia recurrida»⁶⁶, así como «estimar ajustados a Derecho los estatutos impugnados»⁶⁷. Ahora bien, lo verdaderamente sorprendente en el fallo de este caso español es su afirmación de que igualmente procedía «estimar la falta de legitimación activa de la COMISIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN DE MALOS

⁵⁸ Textualmente, «*Die Rechtsbeschwerden der Beteiligten zu 5. und 11. gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 22. Mai 2020 —5 TaBV 15/18— werden zurückgewiesen*».

⁵⁹ Textualmente, «*Die DHV —Die Berufsgewerkschaft e. V.— ist seit dem 21. April 2015 nicht tariffähig*».

⁶⁰ Cfr. marginales 36, 37, 48, etc.

⁶¹ Cfr. marginales 9, 27, 30, etc.

⁶² Cfr. marginales 9, 27, 32, etc.

⁶³ Cfr. marginales 54 y ss.

⁶⁴ Sobre el concepto de convenio colectivo en sentido estricto (*Tarifvertrag*), en cuanto que opuesto al llamado acuerdo de empresa (*Betriebsvereinbarung*), que no tiene la naturaleza de verdadero convenio colectivo, véase Ulrich ZACHERT y Otto Ernst KEMPEN (Fundadores), *TVG. Tarifvertragsgesetz*, 5ª ed., Bund-Verlag (Frankfurt am Main, 2014), págs. 187 y ss.

⁶⁵ Cfr. marginal 80. Textualmente, «*die ..., bei Betriebsrats-, Personalrats- und Aufsichtsratswahlen errungenen Mandate nicht berücksichtigt werden*».

⁶⁶ Cfr. apartado 3º del Fallo.

⁶⁷ Cfr. apartado 4º del Fallo.

TRATOS A MUJERES y la PLATAFORMA 8 DE MARZO DE SEVILLA»⁶⁸ (esto es, recuérdese, las dos partes inicialmente demandantes contra OTRAS, sin cuya ahora deslegitimada iniciativa no hubiese habido ni proceso ni recurso, ni tampoco «caso OTRAS»), un tema —se comprobará al final de este trabajo— que no cabe doctrinalmente pasar por alto, omitiendo algún tipo de comentario crítico acerca de lo fallado por el Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo.

E) Relativas a las repercusiones del fallo

El fallo del Auto alemán aquí analizado tuvo repercusiones jurídico-materiales y jurídico-procesales evidentes, de un lado, por haber frenado en seco futuras negociaciones colectivas entre el sindicato y la pequeña asociación patronal inicialmente demandados (el Auto relata que dicha asociación empresarial «según su información, ha celebrado [en el pasado] convenios colectivos con [el sindicato] DHV»)⁶⁹; y de otro lado, porque el sindicato recurrió el fallo del Auto del Tribunal Federal de Trabajo ante el Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht* o, en acrónimo, BVerfG). Este recurso —de algún modo equivalente a nuestro recurso de amparo constitucional— fue inadmitido a trámite por Auto del Tribunal Federal Constitucional de 31 mayo 2022⁷⁰ (literalmente, de acuerdo con su fallo, «la queja constitucional no se acepta para ser enjuiciada [*Die verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen*])», razonando luego —frente a la batería de preceptos invocados por el sindicato, tanto constitucionales (incluido el artículo 9, apartado 3, de la Constitución Federal, regulador, recuérdese, de la libertad sindical), como de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (señaladamente, su artículo 28)— que «el asunto no tiene ninguna trascendencia constitucional destacable»⁷¹ y, más en concreto, que «la queja constitucional es parcialmente inadmisibile y, en el resto, también

⁶⁸ Cfr. apartado 2º del Fallo.

⁶⁹ Cfr. marginal 8, inciso último. Textualmente, «nach seinen Angaben Tarifverträge mit der DHV geschlossen hat».

⁷⁰ Referencia oficial ECLI:DE:BVerfG:2022:rk20220531.1bvr238721. Su referencia oficial tradicional alemana es 1 BvR 2387/21.

⁷¹ Cfr. marginal 5, inciso segundo. Textualmente, «Die Sache hat keine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung».

infundada»⁷², y concluyendo su escueta Fundamentación con el *dictum* ritual de que «esta decisión es irrecurrible [*Diese Entscheidung ist unanfechtbar*]». Nada parecido cabe relatar en relación con el fallo citado de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, habiendo constatado yo —tras acceder al sitio en Internet del sindicato OTRAS⁷³— que se trata de un sindicato carente de lo que la Ley Orgánica 11/1985 denomina «ejercicio de la actividad sindical», aunque quepa resaltar que publicita (a título de lo que denomina «acción política») el hecho de que «desde el Sindicato OTRAS hemos elaborado una propuesta legislativa para la despenalización del trabajo sexual en el estado español», aclarando que esta iniciativa «proviene de los propios colectivos de trabajadoras/es sexuales y no de partidos políticos, ya que consideran que solo nosotros [*sic*] entendemos verdaderamente nuestras necesidades y deseos».

V. CONCLUSIONES

En mi opinión, nada puede objetarse jurídicamente al Auto alemán aquí analizado (lo confirmó, con toda su *auctoritas* y toda su *potestas* jurídicas, el Auto del Tribunal Federal Constitucional a que acabo de hacer referencia inmediata). En cambio, no puede decirse lo mismo de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo, que tomé como punto de contraste para realizar mi análisis iuscomparatista. Su constatación de la falta de legitimación activa de las dos asociaciones feministas inicialmente demandantes alerta acerca de que no resolvía ningún conflicto propiamente laboral⁷⁴, sino un pleito entre dos asociaciones

⁷² *Ibidem*, inciso tercero. Textualmente, «*Die Verfassungsbeschwerde ist teilweise unzulässig und im Übrigen auch unbegründet*».

⁷³ Ubicado en <https://sindicatootras.com>.

⁷⁴ La aporía la resolvió el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, echando mano del informe emitido sobre el recurso por el Fiscal del Tribunal Supremo (recuérdese que el Fiscal actuante ante la Audiencia Nacional se había adherido a la demanda) y recordando, enfáticamente, que el Ministerio Fiscal es «parte» en el proceso (cfr. Fundamento de Derecho Quinto, apartado 1, Fundamento de Derecho sexto, apartado 6, y Fundamento de Derecho séptimo, apartado 5). Al respecto, su Fundamento de Derecho segundo, apartado 3, afirma lo siguiente: «Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el que interesa la estimación en parte del recurso [de casación]; señalando que “si el ámbito funcional del sindicato se limitara a aquellas actividades que pueden ejercerse en el marco de una relación laboral, no debe tomarse la decisión extrema de anular su ámbito funcional por completo y con ello los estatutos en su integridad”».

constituídas al amparo de la Ley Orgánica 1/2022, reguladora del derecho general de asociación, frente a una tercera «asociación» (esto es, OTRAS) de naturaleza igualmente general y carente, como sus dos contrapartes en el pleito, de verdadero comportamiento sindical, lo que hubiese obligado —siempre en mi opinión— a declarar de oficio la incompetencia de la jurisdicción laboral para conocer de semejante asunto, remitiéndolo (previa anulación de la anotación de OTRAS en el registro de sindicatos) al registro de asociaciones generales, cuyo control último se encomienda a los tribunales contencioso-administrativos⁷⁵. Podría argumentarse, en contra, no sólo que España es un país plagado de lo que el Auto laboral alemán llama «sindicatos-fantasma» (resultando intrascendente que haya o deje de haber uno más), sino también —para sorpresa de catedráticos, jueces y políticos alemanes, estos últimos siempre tan pulcros al legislar⁷⁶— que la propia Ley Orgánica 11/1985 contenga una peculiar disposición extravagante, que no cabe más remedio que calificar como auténtica disposición «fantasmagórica» (¡España es así!)⁷⁷. Frente a todo ello, creo que debe seguir resonando el eco de lo explicado con claridad en su día por mi maestro, el catedrático Gonzalo DIÉGUEZ, allí donde echaba mano de la que llamaba «comprensión funcional del sindicato», para concluir que un sindicato (haciendo abstracción de su marca registral formal, eventualmente inexistente) sólo puede serlo quien se comporta sindicalmente (declarando huelgas, planteando conflictos colectivos, presentándose a las elecciones de representantes unitarios y, por supuesto, negociando convenios colectivos)⁷⁸. Lo ha demostrado en el ámbito deportivo la Asociación de Jugadoras de Baloncesto (AJUB) —que es, formalmente hablando, una

⁷⁵ Al amparo de lo que disponen los artículos 30, apartado 5, y 39 de la citada Ley Orgánica 1/2002.

⁷⁶ Acopiando pruebas contundentes de dicha pulcritud, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La Ley alemana de 20 de julio de 2022, de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la Unión Europea», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen XV (2023), págs. 185 y ss.; y también, Alberto ARUFE VARELA, «Análisis comparado de la ley alemana sobre la libertad general de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, en cuanto que trabajadores, desde la perspectiva de la norma reglamentaria española de contraste, con su traducción íntegra al castellano», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 9 (2023), especialmente su epígrafe relativo a «Una Ley no abandonada a su suerte» (págs. 181-182).

⁷⁷ Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical labor law*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2016), pág. 193.

⁷⁸ Véase Gonzalo DIÉGUEZ, «Nota Preliminar» a su traducción castellana de Harry SAMUELS, *Derecho de los sindicatos*, EUNSA (Pamplona, 1970), págs. XXIII-XXIV.

asociación constituida al amparo de la citada Ley Orgánica 1/2002, reguladora del derecho general de asociación—, al negociar el primer convenio colectivo del baloncesto femenino profesional español (¡todo un hito!), validando así con hechos concluyentes la vieja tesis doctrinal de mi maestro y acreditando, con ese comportamiento suyo genuinamente sindical, que no se trataba sólo de una mera «asociación» general (como las pleiteantes en el asunto resuelto por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, aquí comentado), sino de un auténtico sindicato, desde el punto de vista funcional (o si se prefiere, por utilizar de nuevo la terminología de la Ley Orgánica 11/1985, por causa de su «ejercicio» de auténtica «actividad sindical»)⁷⁹.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

— Alberto ARUFE VARELA, «Precisiones metodológicas para el estudio comparado con el Derecho español de los grandes casos judiciales laborales alemanes», en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

— Alberto ARUFE VARELA, «La capacidad de los sindicatos para poder celebrar convenios colectivos. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 28 de marzo de 2006», en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

— Alberto ARUFE VARELA, «La defensa del convenio colectivo frente a fenómenos de negociación empresarial seriada o en masa de las condiciones de trabajo. A propósito del Auto del Tribunal Federal de Trabajo de 20 de abril de 1999», en Ulrich ZACHERT, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto

⁷⁹ Véase Iván VIZCAÍNO RAMOS, «La parte obrera del primer convenio colectivo del baloncesto femenino español. Estudio comparado con la parte sindical de los convenios colectivos del baloncesto masculino español y del baloncesto femenino norteamericano», en Iván VIZCAÍNO RAMOS y Rosa M^a. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo (A Coruña, 2010), págs. 119 y ss.

ARUFE VARELA, *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2008).

— Alberto ARUFE VARELA, «Análisis comparado de la ley alemana sobre la libertad general de circulación de los ciudadanos de la Unión Europea, en cuanto que trabajadores, desde la perspectiva de la norma reglamentaria española de contraste, con su traducción íntegra al castellano», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 9 (2023).

— Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, «Algunas anotaciones sobre jurisprudencia laboral dictada en materia de alterne y prostitución», *Revista Galega de Seguridade Pública*, núm. 11 (2009).

— Gonzalo DIÉGUEZ, «Nota Preliminar» a su traducción castellana de Harry SAMUELS, *Derecho de los sindicatos*, EUNSA (Pamplona, 1970).

— Franz Josef DÜWELL y Gert-Albert LIPKE (Editores), *ArbGG. Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar zum gesamten Arbeitsverfahrensrecht*, 5ª ed., Luchterhand (Colonia, 2019).

— Margarete VON GALEN, *ProstSchG. Prostituiertenschutzgesetz. Kommentar*, C.H. Beck (Múnich, 2024).

— Claas-Hinrich GERMELMANN, Hans-Christoph MATTHES y Hanns PRÜTTING (Fundadores), *Arbeitsgerichtsgesetz*, 10ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2022).

— Ewald HELML y Sascha PESSINGER (Editores), *ArbGG. Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar*, 5ª ed., C.H. Beck (Múnich, 2021).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Los estatutos de la Federación Alemana de Sindicatos (*Deutscher Gewerkschaftsbund*). Comparación contextualizadora con los estatutos confederales de Comisiones Obreras y de la Unión General de Trabajadores, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen I (2009).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La cita nominal de doctrina científica por la jurisprudencia laboral. Un estudio de Derecho comparado», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 150 (2011).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «Prólogo» a Alberto ARUFE VARELA, *El personal laboral de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT*, Comares (Granada, 2021).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La Ley alemana de 20 de julio de 2022, de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la Unión Europea», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, volumen XV (2023).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Leyes laborales alemanas. Estudio comparado y traducción castellana*, Netbiblo (A Coruña, 2007).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical labor law*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2016).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023).

— Emilija MITROVIC, «Sexarbeit in Würde», *Die besonderen Dienstleistungen*, 01.1.2006.

— Luis Enrique DE LA VILLA GIL y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Historia de una traducción: del *Grundriß des Arbeitsrechts* (1962) al *Compendio de Derecho del Trabajo* (1963)», *Trabajo y Derecho*, núm. 100 (2023).

— Luis Enrique DE LA VILLA GIL y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «Geschichte einer Übersetzung: vom Grundriß des Arbeitsrechts (1962) zum Compendio de Derecho del Trabajo (1963)» [traducción alemana de Achim SEIFERT], *Recht der Arbeit. Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts*, núm. 1 (2025).

— Iván VIZCAÍNO RAMOS, «La parte obrera del primer convenio colectivo del baloncesto femenino español. Estudio comparado con la parte

sindical de los convenios colectivos del baloncesto masculino español y del baloncesto femenino norteamericano», en Iván VIZCAÍNO RAMOS y Rosa M^a. RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO (Coordinadores), *Estudios comparatistas sobre Derecho deportivo del Trabajo (masculino, femenino y mixto)*, Netbiblo (A Coruña, 2010).

— Iván VIZCAÍNO RAMOS, «El modelo contractual alemán de derecho de huelga y su problemática compatibilidad con los mecanismos regionales europeos de protección de los derechos fundamentales», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, núm. 3 (2022).

— Ulrich ZACHERT y Otto Ernst KEMPEN (Fundadores), *TVG. Tarifvertragsgesetz*, 5^a ed., Bund-Verlag (Frankfurt am Main, 2014).