

La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución

Comentario a la **Sentencia de la Audiencia Nacional 174/2018, de 19 de noviembre**

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaime I*

1. Breve referencia al marco jurídico

El artículo 28.1 de la [Constitución española](#) dispone que «todos tienen derecho a sindicarse libremente». Concretando tan amplio reconocimiento de la titularidad de este derecho, la [Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical](#) (LOLS), dispone, en su artículo 1.1, que «todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales», precisando así lo que se infería de aquel, aunque no decía, a saber, los titulares del derecho y los fines del sindicato. Por lo que respecta al primero de estos aspectos, el artículo 1.2 dispone que «a los efectos de esta ley, se consideran trabajadores tanto aquellos que sean sujetos de una relación laboral como aquellos que lo sean de una relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas».

Por su parte, el [artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores](#) (ET) considera trabajador al sujeto que presta sus servicios en el marco de una relación voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y dependiente respecto de un empleador. Concurriendo estas notas, correlativamente, su [artículo 8.1](#) presume existente el contrato de trabajo entre quien presta el servicio y quien lo recibe.

Cómo citar: Miñarro Yanini, M. (2019). La libertad sindical de «todos» no alcanza a «las OTRAS»: la Audiencia Nacional confunde titularidad del derecho de libertad sindical con legalización de la prostitución. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional 174/2018, de 19 de noviembre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 430, 143-148.

En lo concerniente a la teoría general de los contratos, el [Código Civil](#) condiciona la existencia del contrato a la concurrencia de los elementos esenciales de consentimiento, objeto y causa (art. 1.261). Respecto al segundo de estos, considera que puede ser objeto de contrato cualquier servicio que no sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres (art. 1.271), y con referencia a esta última, que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno (art. 1.275), consecuencia que, en el específico ámbito laboral, desmienten los artículos [9.2 del ET](#) y [36.5 de la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al reconocer efectos al contrato de trabajo nulo.

En cuanto a la controvertida actividad en torno a la que gira la sentencia comentada, el artículo 187 del [Código Penal](#) tipifica como delito la conducta de quien «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», y aun cuando concorra consentimiento, entendiéndose que hay explotación cuando la víctima se encuentre en situación de vulnerabilidad personal o económica o cuando se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas, aplicándose las penas en su mitad superior en los casos en que el culpable se haya prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, o bien pertenezca a una organización o grupo criminal dedicado a dichas actividades, o haya puesto en peligro la vida o salud de la víctima. En consecuencia, se castiga penalmente el proxenetismo, permaneciendo el ejercicio de la prostitución en una situación alega, al carecer de regulación.

2. Síntesis del supuesto de hecho y circunstancias de la impugnación

En el BOE de fecha 4 de agosto de 2018 se incluía la [Resolución de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social de 31 de julio de 2018](#), por la que se anunciaba la constitución del sindicato denominado «Organización de Trabajadoras Sexuales» (en siglas, OTRAS) y se daba publicidad a la admisión del depósito de estatutos. Estos definen esta organización como un «sindicato de trabajadoras sexuales» (art. 1) por cuenta ajena (art. 6), siendo su ámbito funcional «las actividades relacionadas con el trabajo sexual en todas sus vertientes», y el territorial, el Reino de España (art. 3).

La publicación de esta resolución determinó que en medio del estío apareciera en los medios de comunicación la ministra M. Valerio manifestando que con la constitución de este sindicato le habían «colado un gol por la escuadra». Asimismo, provocó la dimisión de la entonces directora general de trabajo y el inicio del estudio de acciones dirigidas a su anulación por parte de la Abogacía General del Estado.

No obstante, no fue de este órgano del que procedió la impugnación que resuelve la [sentencia ahora comentada](#), sino de las asociaciones Comisión para la Investigación de

Malos Tratos a Mujeres y Plataforma 8 de Marzo de Sevilla. En su demanda, canalizada a través de la acción de impugnación de estatutos sindicales, a la que se adhiere el Ministerio Fiscal, las asociaciones impugnantes solicitan la anulación de los estatutos de OTRAS por considerar que la prostitución ejercida por cuenta propia no puede ser objeto de contrato de trabajo. De ello derivan estas asociaciones que no puede reconocerse el derecho a fundar sindicatos ni afiliarse a los mismos a quienes ejercen esa actividad, pues, si así se hiciera, supondría reconocer el proxenetismo como una actividad empresarial lícita, pese a que está prohibida en derecho interno, y aunque la explotación sexual y la prostitución forzada suponen una forma de violencia contra las mujeres que vulnera la dignidad de las personas, la libertad y el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

3. Claves de la posición judicial

La Audiencia Nacional, tras examinar dos excepciones procesales aducidas por la parte demandada, de las que estima una de ellas –relativa a acumulación indebida de acciones de impugnación de estatutos y de disolución–, pero que no es óbice para la prosecución del proceso, pasa a examinar las cuestiones de fondo. Tras largas páginas de repaso de normativa reguladora de los contratos, de la libertad sindical y de proscripción del proxenetismo, así como de numerosas observaciones generales, llega al meollo del análisis en el párrafo final del fundamento jurídico sexto y en el séptimo y último. Aun diluido entre sus consideraciones, el pilar argumental en el que la sala sustenta su posición es que de la prohibición del proxenetismo deriva necesariamente la consecuencia laboral de la imposibilidad de que exista contrato de trabajo para ejercer la prostitución, rechazando, por tal motivo, que pueda reconocerse la condición de trabajador o trabajadora a quien la ejerza. Con base en esta afirmación, y apelando al carácter instrumental de la libertad sindical, los magistrados de la Audiencia Nacional concluyen que no puede reconocerse la libertad sindical a quienes ejercen la prostitución, puesto que este derecho presupone la condición de trabajador laboral, de la que estos carecen.

A fin de sintetizar su posición, formula dos consideraciones de muy diverso alcance y proyección, a saber:

- Que si bien el derecho a la libertad sindical es un derecho fundamental que incumbe a toda persona, dicho derecho se ejerce en cuanto que se ostenta la condición de trabajador, en los términos expuestos.
- Que dicha condición de trabajador presupone la existencia de un legítimo empleador frente al que hacer (*sic*) los derechos que la libertad sindical implica.

La primera de estas es la que realmente atiende más frontalmente al problema planteado, refiriéndose la segunda a una cuestión vinculada a la primera. En esta misma dirección, a fin

de reforzar su postura, trae a colación los argumentos esgrimidos por el Ministerio Fiscal en su adhesión a la demanda, que no atienden tanto al problema jurídico actual en sí mismo, sino a los efectos que entiende se vincularían a la admisión de la legalidad de los estatutos impugnados. De este modo, añade que las consecuencias de aceptar la legalidad del sindicato OTRAS:

(...) Serían totalmente contrarias al ordenamiento jurídico por cuanto supondrían:

- a) Dar carácter laboral a una relación contractual con objeto ilícito;
- b) Admitir que el proxenetismo –actividad respecto de la que, como hemos señalado, el Estado se ha comprometido internacionalmente a erradicar– es una actividad empresarial lícita;
- c) Admitir, a su vez, el derecho de los proxenetes a crear asociaciones patronales con las que negociar condiciones de trabajo y frente a las que se pudieran adoptar medidas de conflicto colectivo (...);
- d) Asumir que de forma colectiva la organización demandada y los proxenetes y sus asociaciones puedan negociar las condiciones en las que debe ser desarrollada la actividad de las personas empleadas en la prostitución, disponiendo para ello de forma colectiva de un derecho de naturaleza personalísima como es la libertad sexual –entendiendo por tal el derecho de toda persona de decidir con qué persona determinada se quiere mantener una relación sexual, en qué momento y el tipo de práctica o prácticas (*sic*) que dicha relación debe consistir–.

Como ya se infería de los dos últimos fundamentos jurídicos, la sala estima la demanda presentada, declarando nulos los estatutos en su conjunto, y no solo la cláusula relativa al ámbito de actuación, por considerar que el ámbito funcional es un elemento esencial del contenido de los estatutos.

4. Trascendencia de la doctrina asentada

Según se desprende de las razones esgrimidas en la [Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de noviembre de 2018](#), examinada, la sala parece confundir dos temas absolutamente diversos, como son el alcance subjetivo de la libertad sindical y la legalización de la prostitución. En este sentido, a lo largo de sus páginas, el tribunal no cesa de incidir en las eventuales consecuencias que tendría la no anulación de los estatutos impugnados, que considera llevaría a la legalización de la prostitución, más que a construir una respuesta precisa, desde el derecho, al problema también jurídico planteado. Tanto es así que incluso obvia en sus razonamientos la más autorizada interpretación del alcance subjetivo del derecho fundamental de libertad sindical, como ya apuntara el profesor Molina Navarrete en su breve comentario [Negar libertad sindical a «OTRAS» vulnera la Constitución: la Audiencia Nacional resucita una distinción artificiosa rechazada por el Tribunal Constitucional](#), publicado en www.laboral-social.com el pasado 23 de noviembre.

De este modo, el criterio mantenido en la sentencia se basa en una concepción formalista del trabajador, que parte de la exigencia de que exista un «vínculo válido» entre este y el empresario, cuya concurrencia no aprecia el tribunal en la prostitución. Sobre este argumento proyecta el carácter instrumental que tiene la libertad sindical para los trabajadores en el marco de la relación laboral, concluyendo, en línea con su apuntado criterio formal, que como quienes ejercen la prostitución carecen de la condición de trabajadores, tampoco puede reconocérseles este derecho.

Con todo, la formulación de la [Sentencia de la Audiencia Nacional 174/2018](#), examinada, se encuentra con un importante óbice derivado del carácter de derecho fundamental de la libertad sindical, que, por evidente, el tribunal debe afrontar, que es la amplitud de su ámbito subjetivo, que se opone a restricciones, como expresa la categórica atribución del derecho a «todos» que realiza el [artículo 28.1 de la Constitución](#). La sentencia trata de conciliar este omnicomprendido reconocimiento con la exclusión de la titularidad del derecho de quienes ejercen la prostitución que defiende, si bien incurre en tal difícil intento en fórmulas que ya han sido declaradas contrarias a la Constitución. En este sentido, la sala trae a colación la diferencia entre «titularidad» –de todos– y «ejercicio» –solo de quienes ostentan la condición formal de trabajador que esta mantiene– del derecho de libertad sindical, sin atender a que esta distinción fue declarada inconstitucional por la [Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre](#), en relación con los trabajadores extranjeros en situación irregular, que, por tanto, no pueden concertar válidamente un contrato de trabajo. En esta sentencia, el Alto Tribunal comienza rechazando que, a efectos de reconocimiento del derecho de libertad sindical, puedan mantenerse concepciones formalistas, recordando que ha «(...) vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a «todos» los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal». En este mismo sentido, descendiendo a un plano más concreto, destaca que:

La concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal, es decir, por quienes «sean sujetos de una relación laboral» (en los términos del art. 1.2 de la Ley orgánica de libertad sindical: LOLS), no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental, ejercitable, entre otras finalidades posibles en la defensa de los intereses de los trabajadores, para llegar a ostentar tal condición jurídico-formal (...).

De este modo, el Tribunal Constitucional, reconociendo que el concepto de trabajador queda determinado por la función que desempeña, vincula a la libertad sindical la noción más amplia, que no es formalista, sino netamente material.

También el Tribunal de Justicia europeo se ha pronunciado en la dirección de atender al centro de imputación concreto planteado, precisamente en relación con la prostitución, si bien por cuenta propia. Así, en su [Sentencia de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99](#),

[Jany y otras](#), consideró que esta «constituye una prestación de servicios remunerada, que está comprendida en el concepto de actividades económicas».

Por lo demás, también en relación con la prostitución, aunque por cuenta ajena, la jurisprudencia penal ha reflejado perfectamente este concepto funcional de trabajadora, determinado por la función que desempeña. En este sentido, resulta muy ilustrativa la [Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2010 \(rec. 2008/2009\)](#), que con relación al delito de tráfico ilegal de mano de obra:

(...) Sostiene un concepto amplio de ocupación laboral (...) [respecto de] la dedicación a la prostitución (...) por cuanto el bien jurídico protegido del artículo 312.2 está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro. (...) Esa relación jurídica no precisaba de la plasmación en un documento, formalmente válido, para que se tuviera por nacida la relación laboral. La situación creada implicaba una desprotección jurídica de las mujeres trabajadoras extranjeras, esto es, quedaba lesionado el bien jurídico protegido por el artículo 312.2 CP.

De este modo, la Sala Penal del Tribunal Supremo aplica en el marco de la prostitución un concepto de trabajadora muy amplio y estrictamente material a los efectos de desplegar la protección penal.

En conclusión, el concepto de trabajador no es monolítico, sino funcional, lo que implica la existencia de diferentes centros de imputación en los diversos ámbitos normativos en los que es utilizado. Pues bien, como se desprende del [artículo 28.1 de la Constitución](#) y según ha reiterado el Tribunal Constitucional, no cabe duda de que el derecho de libertad sindical exige la aplicación de un concepto material y amplio de trabajador. No obstante, la [Sentencia de la Audiencia Nacional 174/2018](#), analizada, ha mantenido un concepto formalista en relación con la libertad sindical, que le lleva a negar el reconocimiento de este derecho a OTRAS, al considerar, erróneamente, que dos cuestiones tan diversas como el reconocimiento de la libertad sindical y el de la legalidad de la prostitución son una sola.

Sin duda, esta sentencia está marcada por el contexto sociopolítico en que ha sido dictada, con posiciones polarizadas entre quienes entienden que la prostitución ha de legalizarse y quienes mantienen la posición contraria, encabezados por el Ejecutivo, que ha plasmado su postura abolicionista en el borrador del Proyecto de Ley integral contra la trata de seres humanos y en particular con fines de explotación sexual. La lectura de la [sentencia comentada](#) apunta a que este debate no ha quedado extramuros de la Sala Social de la Audiencia Nacional, sino que ha calado en ella, determinando que, más que atender a razones jurídicas en la resolución del problema planteado, haya tomado partido en favor de la segunda posición.