

## ARTÍCULOS

# El art. 7 del Convenio 158 de la OIT:

## El debate sobre el derecho de audiencia previa al despido disciplinario

**Joan Agustí Maragall**

Magistrado especialista del TSJ de les Illes Balears, Sala Social

### 1. Objeto de estas líneas

Se cumple ahora un año de la sentencia de fecha 13.2.23 dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears que, en aplicación directa del art. 7 del Convenio 158 OIT, declaró la improcedencia de un despido disciplinario por no haber tenido el demandante el derecho a defenderse previamente a ser tomada tal decisión extintiva.

Tal conclusión, claramente contraria a la asumida en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los años posteriores a la ratificación del Convenio 158 OIT (1987-1990), que entendieron que tal exigencia no era necesaria al estar ya debidamente transpuesta y/o pendiente de transposición, generó un revuelo considerable<sup>1</sup>. Ello no obstante, y por la información que me llega, desde amplios sectores del asesoramiento empresarial se aconseja ya, sin esperar a la posible clarificación normativa o jurisprudencial, generalizar a todos los/las trabajadores/as la audiencia previa al despido disciplinario.

Por el contrario, pasado un año, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial están divididas a favor y en contra de la conclusión de dicha sentencia. En el ámbito judicial, más concretamente, domina una clara renuencia a asumir la tesis de la sentencia balear en base, fundamentalmente, al mismo argumentario utilizado por la antigua doctrina del Tribunal Supremo de finales de los años 80, comprensible en aquel momento, recién

---

1. La publicación de tal sentencia en el Blog de Ignasi Beltrán tuvo 140.000 visitas en un solo día (frente a las 5000 visitas habituales).

ratificado el Convenio 158 OIT y cuando el marco regulador del despido era manifiestamente más proteccionista que el actual y con una diferencia fundamental, que pondré de manifiesto más adelante y que, en mi opinión, determina -junto a otras consideraciones que expongo a continuación- la obsolescencia de aquella doctrina.

Hace quince años, cuando pedí consejo a un compañero y amigo para la redacción del temario para la prueba de la especialidad, me dijo: “la primera mirada, a la norma internacional y a la del Derecho de la Unión Europea”. Creo que tal consejo, más allá de la redacción de los temas de oposición, marcó mi entendimiento de la función judicial a partir de entonces. Constató, ello no obstante, que tal práctica -mirar, en primer lugar a la norma internacional- no está todavía generalizada en nuestra jurisprudencia, cuya primera mirada se dirige, habitualmente, a la norma nacional.

## 2. Prevalencia y aplicación directa de la norma internacional

Debería resultar una obviedad, de innecesario recordatorio, que en España rige el “sistema monista”, que determina la aplicabilidad directa de las normas internacionales, sin necesidad de transposición normativa salvo que la propia norma prevea tal exigencia (a diferencia del modelo “dualista”).

El marco constitucional y normativo que fundamenta premisa tan obvia radica en los siguientes preceptos:

- **Art. 96.1 CE:** “*Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formaran parte del ordenamiento interno*”.
- **Art. 1.5 CC:** “*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar del ordenamiento interno mediante su publicación en el BOE*”.
- **Art. 1.7 CC:** Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido.
- **Ley 25/2014**, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales:

### Artículo 28. Eficacia

1. Las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional.
2. Los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor.

### Artículo 30. Ejecución

1. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.

## Artículo 31. Prevalencia de los tratados

Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

La claridad de tales preceptos exonera de mayor comentario, que no sea recordar que, una vez ratificada y publicada la norma internacional, su aplicación directa solo queda exceptuada en dos situaciones:

- Que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.
- O que no tenga la claridad y concreción necesaria, “*self-executing*”, que posibilite dicha aplicación directa.

Avanzo ya que ninguna de estas dos excepciones se da respecto de la norma internacional que nos ocupa, el art. 7 del Convenio 158 OIT, cuya claridad y concreción es manifiesta: “*No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad*”.

## 3. El denominado control de convencionalidad

El mecanismo para la aplicación directa de la prevalente norma internacional, si tiene el necesario carácter “*self-executing*”, no es otro que el denominado “*control de convencionalidad*” (o “*análisis de convencionalidad*”, según la STS 28.3.22), que no supone otra operación que inaplicar, o “*desplazar*”, la norma interna en favor de la prevalente norma internacional cuando no se adecua a la misma.

Esta elemental operación intelectual no es nueva: ni la “*crea*” la STC 140/18 ni la Ley 25/14 de Tratados Internacionales, sino que es la lógica y obligada consecuencia que deriva de la integración de la norma internacional, con carácter prevalente, en nuestro sistema de fuentes. Lo único nuevo es la denominación como “*control de convencionalidad*”, que surge formalmente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Ello no obstante, sí que es cierto que la referida STC 140/18 supuso un punto de inflexión en el conocimiento y divulgación de este obligado “*análisis y control de convencionalidad*” por la claridad de sus razonamientos como en la contundencia en su exhortación a su aplicación por el parte del “*juez ordinario*”:

*“El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio,*

*a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 180), FJ 3; 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el art. 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto.” (...).*

#### 4. La aplicabilidad directa del Convenio nº 158 de la OIT

La doctrina del Tribunal Supremo no ha asumido hasta fecha muy reciente, clara y explícitamente, la posibilidad de aplicar el control de convencionalidad en favor del Convenio 158 OIT, aunque sí ha invocado sus mandatos como criterio interpretativo<sup>2</sup>.

Uno de los primeros pronunciamientos en asumir la aplicación directa de los mandatos del Convenio 158 OIT lo encontramos en la sentencia de 17.7.14 (RCUD 32/14, Luis de Castro Fernández), en la que, aún sin explicitarlo en estos términos, está implícito el control de convencionalidad cuando, con invocación de la doctrina constitucional, afirma que *“los arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT, relativos a la justificación causal del despido, que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [art. 96.1 CE]”*.<sup>3</sup>

2. Señalaba Miquel Falguera ya hace años, en su interesante trabajo “LA NORMATIVA DE LA OIT Y SU TRANSLACIÓN EN EL ORDENAMIENTO INTERNO POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO” (Lex Social 1/2016), que “La cita a los Convenios de la OIT, ..., es abundante en la doctrina del TS español”, pero añadía, a continuación, que “Sin embargo, en la inmensa mayoría de casos dicha cita puede ser caracterizada como incidental, en el sentido que la referencia a los mismos no tiene otro objeto que el reforzamiento episódico de la argumentación de la sentencia”, destacando, a continuación, que “cabe observar, en este sentido, que de los prácticamente quinientos pronunciamientos analizados en este trabajo, en una parte muy significativa de los mismos la cita de los Convenios de la OIT es meramente accesorio, de tal forma que a menudo la invocación de los mismos que hace la parte recurrente queda sin respuesta, limitándose el TS a aplicar la normativa nacional.”
3. FJVº, 2º a).- En efecto, el derecho al trabajo [art. 35] en su dimensión individual se concreta -aparte del derecho de obtención de puesto de trabajo en igualdad de condiciones- en «el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir a no ser despedidos sino existe una justa causa» ( SSTC 22/1981, de 2/Julio (RTC 1981, 22), FJ 8; 125/1994, de 25/Abril (RTC 1994, 125), FJ 3 ; y 192/2003, de 27/Octubre (RTC 2003, 192), FJ 4), porque «tanto exigencias constitucionales como compromisos internacionales, hacen que rija entre nosotros el principio general de la limitación legal del despido, así como su sujeción para su licitud a condiciones de fondo y de forma, lo que no significa que no hayan de tenerse en cuenta los derechos constitucionales de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad, pero sí que se ha de atender a la necesaria concordancia entre los arts. 35.1 y 38 CE y, sobre todo, el principio de Estado social y democrático de Derecho» ( STC 192/2003, de 27/Octubre, FJ 4). Cita a la que añadir -a ella se refiere obviamente la doctrina constitucional citada- los arts. 4 y 9 Convenio 158 OIT [relativos a la justificación causal del despido], que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [ art. 96.1 CE ]; e incluso actúan como elementos interpretativos de los derechos constitucionalmente reconocidos -el derecho al trabajo, en el caso- ( SSTC 36/1991, de 14/Febrero (RTC 1991, 36), FJ 5 ; 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3 ; 110/2007, de 10/Mayo (RTC 2007, 110), FJ 2; 247/2007, de 12 de diciembre (RTC 2007, 247), F. 20 ; y 62/2010, de 9/Junio (RTC 2010, 62), FJ 1).

En todo caso, y como es pacífico en la doctrina científica y en la jurisprudencia, la aplicación directa de los Convenios de la OIT como “*norma mínima internacional*”, es -ahora mismo- incontestable respecto a sus normas self executing, como debería entenderse respecto del Convenio 158 OIT en el que -salvo alguna excepción- sus normas imponen obligaciones concretas y específicas que deben ser respetadas por los Estados, añadiendo la obra referenciada que “*el contenido self executing se viene a reforzar por las resoluciones de los órganos de control que afirman criterios jurídicos concretos que han de ser respetados y aplicados por nuestros jueces y tribunales*”.

En efecto, la aplicabilidad directa de tales mandatos del Convenio 158 por “*vía de sentencia judicial*” se establece en su primer artículo en los siguientes términos:

*Art. 1.- Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional.*

Es claro y explícito, por consiguiente, que las “*sentencias judiciales*” constituyen una vía de aplicación de las disposiciones del Convenio que sean self executing, esto es, respecto de las cuales el propio convenio no se remita a “*la legislación y la práctica nacionales*” (como sí, ocurre, por ejemplo, en el art. 12 del propio Convenio).

De hecho, ello ya ha sido asumido por el Tribunal Supremo como se pone de manifiesto, entre otras, en la STS nº 270/22 de 29.3.22 (Molins García Atance) y en la posterior STS 88/22 de 2.11.22, que presuponen y no cuestiona la aplicación directa del Convenio 158 OIT ni la viabilidad del control de convencionalidad, por más que acabe revocando la sentencia del TSJCAT núm. 2339/2021 de 28 abril al disentir del pronunciamiento de fondo (la inadecuación del art. 52 d) ET regulador de la extinción objetiva por absentismo, entonces todavía no derogado, respecto a la prohibición de despido por enfermedad ex art. 6.1 del Convenio 158, al entender que la STC 118/2014 había descartado tal inadecuación y ello vinculaba al Tribunal Supremo<sup>4</sup>.

También el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en sus conocidas sentencias de 23 de abril 2021, rec. 5233/2020; 20 de mayo 2021, rec. 5234/2020 y 14 de julio 2021, rec. 1811/2021, han asumido con toda claridad la posibilidad de aplicar el control de convencionalidad, desplazando la norma nacional en favor de la aplicación del Convenio 158 de la OIT, más en concreto, en la relación al mandato de “*indemnización adecuada*” ante el despido injusto, mandato -por cierto- manifiestamente menos concreto que el contenido en el art. 7 relativo a la audiencia previa al despido disciplinario.

---

4. Miguel Ángel Garrido Palacios, en su reciente artículo “La aplicabilidad directa del art. 7 del Convenio 158 de la OIT por motivos relacionados con la conducta o rendimiento de la persona trabajadora” (Revista de Derecho Social nº 104, Bomarzo), efectúa un razonamiento crítico respecto a esta sentencia, al considerar que se queda en el control estricto de constitucionalidad y no acaba entrando en el de convencionalidad.

## 5. La exigencia de audiencia previa al despido (art. 7 Convenio del 158 OIT)

En efecto, el art. 7 del Convenio 158 dispone, con una claridad y concreción manifiesta, que *“no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”*.

El Informe de la Comisión de Expertos la OIT de 1995 (CEACR, 82ª reunión) efectuó, entre otras, las siguientes precisiones respecto de tal exigencia, muy relevantes para entender la finalidad de la garantía y las condiciones para su cumplimiento:

*“145. El texto del artículo 7 está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa. Cuando una persona se ve expuesta a una sanción tan grave como la terminación que puede comprometer su carrera e incluso su futuro es fundamental que pueda defenderse. Este artículo se refiere no sólo a los motivos relacionados con la conducta del trabajador sino también a los relacionados con su trabajo (rendimiento), como por ejemplo, el desempeño insatisfactorio. En cambio, no hace referencia al motivo de terminación basado en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, respecto del cual se prevén procedimientos colectivos en los artículos 13 y 14 del Convenio.*

*146. El artículo 7 establece el principio de que el trabajador, antes de que se dé por terminada su relación de trabajo, debe tener la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, lo que implica que dichos cargos deberían expresarse y ponerse en su conocimiento antes de la terminación. El Convenio no indica explícitamente la forma que debería adoptar esta defensa ni la forma en que deberían presentarse los cargos. Lo importante es que los cargos se formulen y se comuniquen al trabajador sin ambigüedad y que se ofrezca a éste una posibilidad de defenderse real<sup>5</sup>.*

*148. Aparte de los términos del artículo 7 y de su significado, que es permitir que el trabajador pueda exponer su caso al empleador, el objetivo de este artículo es asegurar que la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes.*

*149. El artículo 7 dispone que debería ofrecerse al trabajador la posibilidad de defenderse, “a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. El Convenio no precisa cuáles podrían ser esos motivos ni qué podría considerarse razonable. La excepción está formulada en términos flexibles: no se exige que la defensa sea imposible sino tan sólo que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esa posibilidad.*

*150. Conviene señalar que el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo. Incluso si el trabajador tiene derecho a entablar un pro-*

5. A la luz de esta precisión, queda patente que no cumpliría la finalidad de la garantía el solo hecho de pedir “explicaciones” al trabajador/a justo antes de la entrega de la carta de despido, cuando la decisión ya está tomada (a diferencia de lo apreciado por la SJS 1 Socia n° 200/23 de 11.7.23).

*cedimiento después de la terminación, e incluso si la terminación no se considera definitiva hasta que se hayan agotado todas las vías de recurso, es necesario en virtud del artículo 7 que el trabajador tenga la posibilidad de defenderse antes de darse por terminada la relación de trabajo”.<sup>6</sup>*

157. Según el párrafo 9 de la Recomendación, *“todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio... se defiende de cargos acerca de su conducta o su trabajo que puedan llevar a la terminación de su relación de trabajo; este derecho puede ser regulado por los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1 de la presente Recomendación”.*

## 6. La doctrina del Tribunal Supremo respecto del art. 7 del Convenio 158 OIT

La única doctrina dictada hasta la fecha por el Tribunal Supremo sobre la exigencia de audiencia previa establecida en el art. 7 del Convenio se contiene en las STS 4., 5 y 24 de noviembre de 1987 (José Lorca), STS 8.3.88 (Aurelio Desdentado) y STS 20.3.89 y 31.1.90 (Álvarez de Miranda), cuyos razonamientos esenciales se reproducen en pie de página<sup>7</sup>.

En síntesis, estas sentencias entendieron que el art. 7 del Convenio 158 no era directamente aplicable, interpretando que el art. 1 del propio Convenio exigía una norma interna de desarrollo y, por otra parte, que el sistema normativo interno de protección frente al despido superaba la garantía exigida mediante la comunicación escrita de los motivos del despido, el trámite de conciliación administrativa posterior al despido y el propio procedimiento judicial que posibilita la defensa del trabajador y la calificación de despido como improcedente.

6. Esta precisión CIT, 77., 79.º y 81.º reuniones (1990, 1992 y 1994), Informe lii (Parte 4A): Convenio núm. 158, observación relativa a España. Por la fecha de emisión del Informe, 1995, parece evidente que la observación desautoriza la doctrina del Tribunal Supremo que se analiza a continuación.

7. La sentencia de 24 de noviembre de 1987, ponente José Moreno Moreno, se razona que la exigencia está cubierta “en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores relativa a que el empresario deberá entregarle carta de despido en la que figuren los hechos que motivan el despido y la fecha en la que tendrá efecto; de cuyos cargos puede defenderse en el acto de conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en el acto de conciliación previo al proceso y en el proceso jurisdiccional”, a lo que siempre será de añadir la tutela de las Magistraturas de Trabajo y el posible acceso de aquél al Tribunal Central de Trabajo o en su caso a este Supremo Tribunal, como en este supuesto, siendo todo ello garantías que no pueden identificarse con el despido por iniciativa del empleado sin posibilidades de defensa para quien le presta sus servicios y es objeto de despido. Se desestima así el recurso en concordancia con el dictamen del Ministerio Fiscal.

La posterior sentencia de 13 de septiembre de 1988, ponente José Lorca García, entendió que la exigencia no era aplicable por cuanto “aun siendo el Convenio una norma en nuestro derecho positivo, rige tan sólo con carácter indirecto y a la espera de su introducción en nuestro sistema de despido por otra disposición legislativa, o en virtud de un Convenio Colectivo o incluso en un contrato de trabajo”, añadiendo que “como reiteradamente tiene expuesto la doctrina jurisprudencial de la Sala la carta de despido delimita los cargos que la empresa le atribuye al trabajador y con los únicos que pueden ser discutidos en el proceso por despido, constituyen garantía suficiente para el trabajador al poder defender de ellos en conciliación ante el IMAC y ante el Magistrado de Trabajo y en el proceso por despido”. Las posteriores sentencias reiteraron tales argumentos.

La obsolescencia de esta doctrina es, ahora mismo y a mi entender, manifiesta:

En cuanto a la necesidad de una normativa de desarrollo, me remito a lo expuesto en los apartados anteriores. En España rige el sistema monista, con recepción automática de las normas del derecho internacional, sin necesidad de acto normativo posterior (salvo previsión expresa en sentido contrario), por lo que el Convenio 158 OIT, como norma internacional, una vez ratificado y publicado, se integra como norma prevalente en nuestro ordenamiento jurídico, siendo sus preceptos directamente aplicables, mediante el control de convencionalidad si es preciso, siempre que tengan el necesario carácter *self executing* como, clara e incuestionablemente, tiene la exigencia de audiencia previa del art. 7.

Y respecto a la afirmación de que el sistema normativo interno de protección frente al despido superaba la garantía exigida por el artículo 7 del Convenio 158, es manifiesto que ello no es así: la comunicación escrita de los motivos del despido, el trámite de conciliación administrativa posterior y el propio procedimiento judicial en impugnación del despido dan cumplimiento, ciertamente, a otros mandatos del Convenio 158 OIT (la exigencia causal y la impugnabilidad del despido), pero no al derecho a defenderse previamente a ser despedido.

## 7. El criterio de la Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)

En todo caso y como explica detalladamente Miguel Ángel Garrido en su obra “Control de Convencionalidad y Derecho del Trabajo”<sup>8</sup>, ha sido la propia Comisión de Expertos en la aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) quien, reiteradamente, ha advertido a España, a demanda de los sindicatos CCOO y UGT, del incumplimiento del marco normativo interno de tal garantía en los informes de las sucesivas conferencias, en concreto las de 1990 (77ª reunión), 1994 (81ª reunión) y 2015(106ª reunión).

Según refiere dicho autor, en 1994, el representante gubernamental aducía que la referencia del artículo de “*no deberá darse por terminada la relación de trabajo*” podía interpretarse en el sentido de que, debido a la impugnación judicial, la decisión del despido no era firme y, por consiguiente, el trabajador/a podía ejercer su derecho de defensa antes de que el despido, por resolución judicial, adquiriera firmeza.

En el actual marco regulador del despido disciplinario (mucho menos garantista que el analizado en aquel informe), el representante gubernamental ya no podría sostener tal tesis: el despido disciplinario en la actualidad produce efectos, de facto, desde su comunicación en razón de lo dispuesto en el art. 56.1 ET (accediendo a la prestación por desempleo en forma inmediata), cuando en aquel momento, 1994, en caso de impugnación judicial, la extinción de la relación laboral tenía efectos en la fecha en que -declarada en sede judicial la improcedencia del despido- se ejercía la opción por la extinción, una vez abonados los salarios de tramitación. Y ello me parece un dato muy relevante que puede coadyuvar en la, para mí, obligada evolución de la antigua doctrina del Tribunal Supremo.

8. Ed. Tirant lo Blanch, 2022.



Tal argumentación, en todo caso y como no podía ser de otro modo, fue clara y explícitamente rechazado por la CEACR en el apartado 150 del Informe de la Comisión de Expertos la OIT de 1995 (CEACR, 82ª reunión), al señalar *“que el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo. Incluso si el trabajador tiene derecho a entablar un procedimiento después de la terminación, e incluso si la terminación no se considera definitiva hasta que se hayan agotado todas las vías de recurso, es necesario en virtud del artículo 7 que el trabajador tenga la posibilidad de defenderse antes de darse por terminada la relación de trabajo”*.

La claridad de esta precisión exonera de mayor comentario: la posibilidad de impugnar el despido en absoluto exonera de la obligación empresarial de escuchar al trabajador/a antes de despedirle.

## 8. El actual debate en suplicación, a la espera de la unificación doctrinal

El debate actual en suplicación se concreta en las siguientes resoluciones:

- **Sentencia del TSJ Illes Balears nº 68/23 de 13.2.23:** Esta sentencia, como ya he explicado, es la que abre el debate actual. Asumiendo la aplicación directa del art. 7 COIT 158, por su prevalencia frente a norma interna, en aplicación del control de convencionalidad, inaplica el art. 55.ET.1 ET, en cuanto restringe subjetivamente la garantía de audiencia previa a los representantes laborales y sindicales sin extenderla al conjunto de los trabajadores/as, y califica el despido impugnado como improcedente en aplicación del art. 55.4 ET, razonando que *“el incumplimiento de esta garantía establecida en el art. 7 del Convenio nº 58 de la OIT, de carácter prevalente respecto a la norma jurídica interna (art. 55.1 ET, que no la contempla) y de aplicación directa (en razón del control de convencionalidad) ha de determinar, indefectiblemente, que ya sólo por este motivo, ..., debemos declarar la improcedencia del despido impugnado”*.
- **STSJ Extremadura nº. 468/2023 de 5 septiembre y nº 582/23 de 15.9.23:** Ambas sentencias asumen el argumentario de la anterior respecto a la exigibilidad de la audiencia previa, si bien en el primer caso se considera cumplida la misma, declarando la procedencia del despido, y, en el segundo, la declaración de improcedencia por su incumplimiento se refuerza con la previsión convencional al respecto.
- **STSJ Madrid nº 425/23 de 28.4.23:** Razona, extensa y fundadamente, la aplicación directa del art. 7 COIT 158, por las mismas razones que la STJIB de 13.2.23, pero sin asumir la calificación de improcedencia ex art. 55.4 ET, aduciendo la falta de previsión normativa interna en tal sentido, aunque sí la posibilidad de una sanción administrativa por infracción grave ex art. 7.10 LISOS y de reclamar una indemnización por daños y perjuicios en base al art. 1101 CC, por importe equivalente a los salarios tramitación, pero sólo en el caso que el despido se califique de improcedente (análisis esta sentencia, en cuanto a la calificación del despido, en pie de página<sup>9</sup>).
- **STSJ Catalunya nº 4257/23 de 4.7.23:** Concluye que el art. 7 del Convenio no es de aplicación directa por haber sido objeto de desarrollo normativo interno que limita

la garantía de audiencia previa a los representantes legales o sindicales o a los afiliados a un sindicato (se analiza con detalle esta sentencia en el siguiente epígrafe).

- **STSJ CyL\Burgos 28 9.2023 (rec. 576/2023):** aplica explícitamente la doctrina del Tribunal Supremo ya referenciada, entendiendo que la garantía se cubre con la exigencia carta de despido y la posibilidad de conciliación administrativa.
- **STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de noviembre de 2023 (rec 1984/2023),** que reproduce los argumentos de la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2023, ya referida.
- **STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2023 (rec 2927/2023).** Aplica el criterio de la misma STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2023 anteriormente referida, pero añade, como argumento “adicional”, que, estando el actor afiliado al sindicato UGT, “se le dio audiencia al sindicato con carácter previo al despido y pudo, a través del mismo, realizar las oportunas alegaciones frente a las imputaciones contenidas en la carta de despido” (se analiza este razonamiento en pie de página<sup>10</sup>).

- 
9. La lectura de la sentencia, referida al despido disciplinario del gerente del Colegio de Graduados Sociales de Madrid, sugiere la discrepancia entre su redactor, el ponente, y “la mayoría de la Sala” en la calificación del despido: *“Podría quizá admitirse una interpretación de la norma legal de los artículos 55.2 ET y 108.1 LRJS que supere la mera literalidad, ..., pese a no estar incluida en la remisión que hace el artículo 55.2 ET, es causa de improcedencia (en ese sentido, sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Baleares de 13 de febrero de 2023 (recurso 454/2022)... Por otra parte se podría interpretar que si del artículo 7 del convenio 158 de la OIT se deriva una obligación de audiencia previa, en cumplimiento del mismo la refundición introducida por el artículo 55.1 ET no debiera haber obviado la prevalencia de dicho convenio y una correcta refundición hubiera introducido en dicho precepto la exigencia del convenio 158 de la OIT, de manera que la regulación del artículo 55.2 sería ultra vires, al limitar la audiencia previa a los representantes legales y sindicales de los trabajadores y a los supuestos previstos en convenio colectivo”... “Sin embargo no es ese el criterio mayoritario de esta Sala, que ya en sentencias anteriores ha considerado que la omisión de la audiencia previa prescrita por el artículo 7 del convenio 158 de la OIT no es causa de improcedencia conforme al artículo 55.2 ET por no estar incluida en su número primero... Por tanto la tesis que seguimos por mayoría es que la omisión del trámite de defensa del trabajador en el procedimiento previo de despido, en aplicación del artículo 7 del convenio 158 de la OIT no es un requisito a cuyo incumplimiento la Ley española anude la declaración de improcedencia del despido, salvo cuando se trate de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, o cuando se trate de una exigencia formal impuesta por convenio colectivo. Por tanto, el incumplimiento de dicho precepto producido en el caso de autos no determina la calificación del despido como improcedente, como pretende la parte recurrente. (...) La omisión de la audiencia previa por el empresario, ..., constituye el incumplimiento de una obligación y por tanto es de aplicación el artículo 1101 del Código Civil (“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”), por lo que el trabajador tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el incumplimiento. Específicamente de ello resulta que si el despido posteriormente es posteriormente declarado improcedente en sentencia judicial por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y podría haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa, de manera que el despido se podría haber evitado si se hubiera escuchado al trabajador a tiempo y considerado sus razones, aparece un daño indemnizable. ..., que incluso pudiera consistir en los salarios dejados de percibir hasta el momento en que se celebró la vista del juicio en la que el trabajador tuvo la ocasión de explicar los motivos, ya que dicha audiencia debía haberse celebrado antes del despido”.*

En mi opinión, resulta contradictorio y de difícil comprensión que, después de reconocer la aplicación directa del Art. 7 del Convenio y la exigencia de audiencia previa al despido disciplinario para todo trabajador/a (cuando ello no está previsto en el art. 55.1 ET), no se llegue a la conclusión de la calificación de improcedencia cuando sí está prevista tal calificación en el art. 55.4 ET por incumplimiento de tal exigencia para aquellos supuestos en los que sí el art. 55.1 ET dispone el expediente contradictorio o la audiencia previa. Por otra parte, la solución alternativa alcanzada, una indemnización por el incumplimiento de la garantía solamente “si el despido posteriormente es posteriormente declarado improcedente en sentencia judicial por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y podría haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa”, desvirtúa manifiestamente la finalidad de audiencia previa que, precisamente, es la de “poder defenderse antes del despido”.

- **STSJ de Castilla La Mancha de 19 de octubre de 2023 (Rec 634/2023):** Se remite a su anterior sentencia de 20/03/2012, rec. 212/2012, en donde -en congruencia con el criterio asumido por la STJCAT ya referida- se señalaba que la regulación derivada del artículo 7 del Convenio 158 OIT “no puede entenderse fuera del marco de la regulación nacional, que reserva la audiencia previa al despido para cierto tipo de trabajadores que por su representación legal o sindical son acreedores de especial protección, sin perjuicio de lo que se disponga en la negociación colectiva para sectores o empresas particulares.

## 9. La sentencia del TSJ de Catalunya nº 4257/23 de 4.7.23

Esta sentencia parece ser, ahora mismo, la referente para las salas de suplicación que se han posicionado en contra de la aplicación directa de la garantía establecida en el art. 7 del Convenio 158 OIT y, por ello, merece especial atención.

En su tercer fundamento jurídico, al abordar la censura jurídica que nos interesa, refiere que *“El órgano judicial de instancia recuerda al actor que el citado artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, si bien plantea la necesidad de que cualquier trabajador despedido pueda conocer los cargos que se le imputan antes de ser despedido, acto seguido recoge una excepción por la que libera a su empleador de esta exigencia cuando se trate de despidos disciplinarios en el sentido estricto del término (incumplimientos laborales)”*.

Este recordatorio, que hemos de entender que la sentencia analizada valida en tanto que no lo cuestiona, no se corresponde con el tenor literal de la norma, que extiende el derecho de audiencia a todo despido disciplinario, *“por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento”* y la única excepción la contrae a *“que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”*, y no a *“cuando se trate de despidos disciplinarios en el sentido estricto del término (incumplimientos laborales)”*, exclusión que -por otra parte- resultaría, además de absurda, totalmente antagónica a la finalidad del art. 7 del Convenio 158.

A continuación, fundamenta la sentencia la inaplicación de la garantía cuestionada en el art. 1 del Convenio 158, entendiendo que *“es claro al señalar que lo allí regulado deberá aplicarse por medio de la legislación nacional... El art. 7 no es de aplicación directa si hay posterior desarrollo normativo interno, y en nuestro caso, ese desarrollo viene en el art. 55.1 y 2 del TRLET, así como por la jurisprudencia de aplicación, a pesar de que solo se extiende a determinados colectivos de trabajadores (representantes legales o sindicales*

---

10. Esta “audiencia previa” al sindicato, que no al interesado, tampoco puede entenderse que se produjera “en desarrollo normativo” del mandato del art. 7 del Convenio 158, ya que se introdujo mediante el art. 10.3.3º LOLS 11/85, como “derecho” del Delegado Sindical, y, en todo caso, no da cumplimiento a tal mandato, por cuanto es el propio trabajador/a a quien se pretende despedir el titular del derecho a defenderse con carácter previo, sin perjuicio de que pueda auxiliarse del Delegado Sindical para dicha defensa. En todo caso, este “argumento adicional”, aún sí se entendiera, como valida el TSJCAT, que da cumplimiento al mandato de audiencia previa ex art. 158 OIT, suscitaría una duda -sino convicción plena- de limitar tal derecho de audiencia a los afiliados/as sindicales, lo cual podría supondría -sino supone ya- una clara discriminación en razón de la “afiliación o no a un sindicato”, de difícil justificación, a mi entender, en un tema tan esencial y sensible como es el derecho de audiencia previa antes del despido.

*o afiliados a un sindicato) pero para los que no se tiene en cuenta la naturaleza de los incumplimientos que se les imputan”.*

También este razonamiento, en mi opinión, se fundamenta en una premisa errónea como es que la garantía de audiencia previa a los representantes legales o sindicales responde al posterior desarrollo normativo interno del mandato del art. 7 del Convenio 158, cuando es de sobra conocido que tal garantía ya constaba recogida en nuestro ordenamiento interno previamente a la ratificación en 1985 de dicho Convenio como “*garantía*” en el art. 68 a) del ET de 1980 para los representantes laborales, extendida a los representantes sindicales por la Ley 11/85 LOLS (art. 10.3).

Por consiguiente, la restricción de la garantía de audiencia previa (que no expediente contradictorio), establecida en el art. 7 del Convenio 158 para todo trabajador/a, sin exclusión, no responde a un “*posterior desarrollo normativo interno*” de la norma internacional con la que, además y en todo caso, colisionaría frontalmente al restringir el ámbito subjetivo de la garantía, “*que no sólo actúan como norma mínima, sino que presentan resistencia pasiva respecto de las disposiciones legales internas posteriores [art. 96.1 CE]*” (STS 14.7.14 17.7.14 (RCUD 32/14).

Es obvio, a mi entender, que el legislador nacional, al transponer la norma internacional, no puede restringir el ámbito subjetivo de la garantía. Y me parece también claro que la falta de extensión de la garantía a toda persona trabajadora responde a la omisión incomprensible de los sucesivos legisladores, inducidos con la inicial doctrina del Tribunal Supremo, ya analizada, que entendió -creo que erróneamente- que nuestro “*standard tutelar*” compensaba la ausencia de la garantía analizada.

En todo caso, la conclusión de la sentencia resulta sorprendente atendiendo a que la sala catalana se ha significado explícitamente en favor de la aplicación directa, vía control de convencionalidad, de otros preceptos del Convenio 158, en concreto del art. 10, que establece el derecho a la “*indemnización adecuada*” ante el despido injusto (entre otras, (SSTSJ Cataluña 23 de abril 2021, rec. 5233/2020; 20 de mayo 2021, rec. 5234/2020; y 14 de julio 2021, rec. 1811/2021), cuando dicho mandato -como es manifiesto- es mucho más genérico y menos self executing, y sí consta desarrollado en la normativa interna (a diferencia del derecho a audiencia previa al despido para todos/as los trabajadores).

## 10. A modo de conclusión: ¿hacía falta abrir este melón?

La pregunta no es mía, sino que la formuló un apreciado compañero en las pasadas jornadas laboristas de Lanzarote (según me han contado, ya que no pude asistir).

Mi respuesta a tal pregunta, no creo que sorprenda a nadie, es rotundamente afirmativa:

- Desde un punto de vista estrictamente jurídico, por cuanto la aplicabilidad directa de la exigencia de que toda persona trabajadora deba ser escuchada antes de ser despedida disciplinariamente me parece indiscutible por las razones ya expuestas: nuestro sistema jurídico es monista, al disponer la aplicación directa de la norma internacional “*self executing*” una vez publicada en el BOE tras su ratificación, salvo

que la misma prevé expresamente la necesidad de transposición normativa (cosa que no se prevé en el mandato del art. 7 del COIT 158 a diferencia, como hemos visto, de su art. 12).

- La inadecuación de la norma nacional, el art. 55.1 ET, al limitar el ámbito subjetivo de la garantía a los/las representantes laborales y sindicales (mediante el expediente contradictorio) y a los trabajadores/as afiliados/as a un sindicato (mediante la audiencia previa), es manifiesta y, por consiguiente, debe ser “desplazada” en favor del claro y concreto mandato de la norma internacional.
- La renuencia a dicha aplicación directa responde, como he apuntado antes, a una cierta resistencia desde la función judicial a atender, en primer lugar, a la norma internacional, y, en segundo lugar, a aceptar la obsolescencia de una doctrina, la del Tribunal Supremo de hace más de 30 años, fijada desde unas premisa -la exigencia de traslación normativa y la consideración de que nuestro estándar tutelar era superior- que, ahora mismo, ya no son sostenibles.
- Pero también pudiera obedecer a que, a la postre, la exigencia de tal garantía (un derecho tal elemental como ser oído/a antes de ser despedido/a) cuestiona nuestro modelo de “despido disciplinario” tal como se ha venido entendiendo en los dos últimas décadas, especialmente desde la instauración del “despido improcedente exprés”, mediante la ley 45/2002, que comportó la degradación de la exigencia causal a un mero requisito formal<sup>11</sup>.
- Creo, por consiguiente, que la generalización de tal garantía, en aplicación de un mandato tan claro como el del art. 7 del Convenio 158 OIT, puede contribuir a restituir al despido disciplinario su auténtica función en nuestro ordenamiento jurídico laboral, superando definitivamente la etapa de degradación o banalización de la exigencia causal en el despido, iniciada en 2002, y de la que, supuestamente, debimos haber salido en 2012.

---

11. La expulsión de nuestro ordenamiento de tan anómala figura extintiva -incompatible con los mandatos del Convenio 158 de la OIT de causa disciplinaria cierta, grave, impugnable y revisable- explicitada en el preámbulo de la Ley 3/2012 de Reforma laboral, precisamente por limitar el derecho a la tutela judicial de las personas despedidas, parece no haber sido asumida por un sector del luslaboralismo.