

Trámite de audiencia en despidos disciplinarios: cuestión abierta

Íñigo Velasco López. Abogado. Uría Menéndez

Recientemente, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares núm. 68/2023, de 13 de febrero, rec. 454/2023, ha reabierto un debate que parecía cerrado desde hace años: la obligación —o no— de dar al trabajador la oportunidad de defenderse antes de ser despedido disciplinariamente, tal como establece el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, que reza como sigue: *“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”*.

Esta sentencia generó un importante revuelo al calificar de improcedente el despido disciplinario en el que se omitía el referido trámite de audiencia, una solución que se situaba claramente en contra de la doctrina sentada en su día por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al interpretar el mismo precepto —entre otras, Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 16626/1987, de 4 de noviembre, y 12590/1988, de 8 de marzo—.

Algunas semanas después, el debate no hizo sino avivarse tras la publicación de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 425/2023, de 28 de abril, rec. 1436/2022, que, admitiendo la aplicabilidad del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, no declaraba el despido improcedente, sino que determinaba que, de la omisión de la oportunidad de defenderse, nacía un daño indemnizable.

Aunque con diferentes consecuencias jurídicas, ambas sentencias consideran directamente aplicable el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT mediante el *control de convencionalidad* —la obligación del juez de desplazar la aplicación de una norma de derecho interno en favor de lo establecido en un tratado internacional—, admitida por la doctrina constitucional paradigmáticamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 140/2018, de 20 de diciembre, y precisada en nuestra área en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 270/2022, de 29 de marzo, rec. 2142/2020, y 888/2022, de 2 de noviembre, rec. 3208/2021. Una línea interpretativa que se abría paso incluso admitiendo la existencia de una doctrina *antigua* del Tribunal Supremo, que —como recordábamos— dejó sentada la no aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT.

Esta doctrina de suplicación, a nuestro juicio, parece difícil de admitir, tanto si tenemos en cuenta que no ha existido ningún cambio legislativo que permita considerar la doctrina del Tribunal Supremo obsoleta como en la medida en que resulta cuestionable que su literalidad pueda ser puesta en práctica sin mayor intervención del legislador nacional. En este aspecto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en Sentencia 12590/1988, de 8 de marzo, determinó que el entonces recién incorporado al ordenamiento jurídico Convenio 158 de la OIT —recordemos que el Convenio es de 1982 y entró en vigor en España el 26 de abril de 1986— no *“admite en la actual situación del ordenamiento jurídico español una aplicación directa”*. Ello, como consecuencia de que el artículo 1 del propio Convenio 158 reconoce *“con carácter general la naturaleza no directamente ejecutiva de sus normas”*, así como del amplio margen de discrecionalidad que el Alto Tribunal detecta en el artículo 7.



En efecto, el precepto no es del todo claro. De hecho, a lo largo de toda esta tribuna nos venimos refiriendo genéricamente a la hipotética obligación de dar al trabajador la oportunidad de “defenderse”, sin que resulte fácil concretar en qué deba consistir la “*posibilidad de defenderse de los cargos formulados*” (si debe hacerse dándole audiencia, por medio de un pliego de cargos, mediante la apertura de expediente contradictorio o haciendo uso de cualquier otro sistema que garantice la defensa) ni en qué supuestos opera la excepción, de acuerdo con la cual “*no puede pedirse razonablemente al empleador que le conceda*” esa posibilidad.

A mayor abundamiento, tampoco se puede afirmar categóricamente que este trámite deba llevarse a cabo antes del despido, puesto que el título del epígrafe en el que se encuentra el artículo 7 —*Procedimientos previos a la terminación o en ocasión de ésta*— parece dar pie a que se permita la defensa en el momento de la entrega de la comunicación extintiva y posteriormente. Esta interpretación llevaría a pensar que el derecho nacional ya cumple con lo establecido en el Convenio 158 de la OIT, por cuanto se da al trabajador la oportunidad de defenderse de los cargos en el acto de conciliación y en el proceso jurisdiccional (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 16626/1987, de 4 de noviembre). No estando definido el supuesto de hecho, la consecuencia jurídica es aún más incierta.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares opta por declarar la improcedencia del despido en que no se otorgue al trabajador la posibilidad de defenderse de los incumplimientos de que se le acusa, por infracción del artículo 55.4 del ET.

Aunque la sistemática del ET bien podría llevarnos a esa conclusión —una vez más, por ser la consecuencia prevista para la omisión del trámite de expediente contradictorio a los miembros de la representación legal de las personas trabajadoras—, para que el despido fuera improcedente debería concretarse en una expresa precisión legal al respecto, precisión que —como venimos viendo— a día de hoy es inexistente.

No obstante, la consecuencia de la aplicación del control de convencionalidad es el “desplazamiento”, no la “integración”, de manera que no parece que sea posible integrar el contenido del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT en el artículo 55.1 del ET para que se beneficie de la improcedencia recogida en el apartado 4. Consecuencia lógica de ello es que, para que sea directamente aplicable —dejando al margen el requerimiento de desarrollo normativo nacional recogido en el artículo 1—, el Convenio de la OIT tendría que recoger tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, algo que no ocurre. A mayor abundamiento, la existencia de conflicto entre normas que dé pie a la aplicación del control de convencionalidad es cuestionable, pues parece difícil hablar de conflicto —como requiere el artículo 31 de la Ley 25/2014— entre una norma internacional y la falta de regulación de esa cuestión en el derecho nacional. No obstante, un completo análisis de la cuestión hubiera requerido que el Tribunal Superior de Justicia de Baleares se hubiera detenido a motivar las concretas razones que le llevaron a decantarse por la calificación de improcedencia.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por el contrario, sí razona que no existe consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT y, descartando la improcedencia, propone una solución alternativa: partiendo de que se ha producido el incumplimiento de una obligación legal y surgido un daño indemnizable, a falta de previsión sobre la consecuencia de dicho incumplimiento, declara la existencia de responsabilidad de la empresa.



Declarado el despido procedente, aunque la Sala no ahonda en cómo debe calcularse esa indemnización, propone que esta consista en los salarios dejados de percibir desde el momento del despido, cuando se le denegó al trabajador la oportunidad de defenderse, hasta el momento de la vista, cuando finalmente pudo hacerlo. Esta solución parece venir a *resucitar* un régimen similar al que recogía el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores antes de la reforma laboral de 2012 para el caso en que el empresario optara por indemnizar en el despido improcedente.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid sujeta la indemnización a la determinación del daño. En este aspecto, el hecho de que la Sala no haya tenido un precepto —más allá del genérico artículo 1101 del Código Civil— donde apoyarse a la hora de determinar cuál debe ser la consecuencia del incumplimiento, revela, mediante un ejemplo práctico inmejorable, que el contenido del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT no puede ser aplicado directamente, a diferencia de la mayoría de los tratados internacionales (artículo 30.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales).

Y es que la diferente conclusión alcanzada por las dos sentencias no hace sino reforzar el argumento de que el artículo 7 del Convenio de la OIT no es *lo suficientemente claro y preciso* —por hacer un símil con la doctrina *Van Gend en Loos* del TJUE, sobre el efecto directo de las directivas— y, no siendo *self-executing*, requiere de desarrollo normativo nacional para poder llevarse a efecto, como ya indicó el Tribunal Supremo en su Sentencia 12590/1988, de 8 de marzo, antes citada.

Por tanto, no parece que deba entenderse obligatorio el trámite de audiencia al trabajador que va a ser despedido al objeto de que se defienda, en la medida en que la aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT plantea serias dudas, a lo que se suma la exigencia de desarrollo normativo en el ordenamiento jurídico nacional que exige el propio Convenio. En cualquier caso, aunque en este momento desconocemos la situación procesal de los pronunciamientos comentados, es claro que, al menos, existen sentencias de contraste que podrían llevar al Tribunal Supremo a pronunciarse sobre esta cuestión más pronto que tarde.

Iñigo Velasco López
Abogado en Uría Menéndez

