

El derecho de defensa previa del trabajador frente al despido

The employee's right to prior defense against dismissal

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND*

Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca
Correo electrónico: wsr@usal.es

RESUMEN: El artículo analiza el derecho del trabajador a ser oído antes de su despido, consagrado en el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. Aunque España ratificó este tratado en 1985, durante décadas se negó a aplicarlo alegando que no tenía efecto directo (*non-self-executing*) y que bastaba con las garantías post-despido. El autor revisa los orígenes del derecho en el Derecho internacional y comparado (especialmente el *Statuto dei Lavoratori* italiano), denuncia la resistencia normativa y jurisprudencial española a reconocerlo y expone cómo esta posición comenzó a cambiar en los últimos años. La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2024 marca un giro al declarar directamente aplicable el artículo 7 del Convenio, reconociendo por fin este derecho para todos los trabajadores. El texto aboga por una reconstrucción jurisprudencial y normativa de su contenido, subrayando su conexión con valores constitucionales como el derecho a la defensa y la dignidad del trabajador.

ABSTRACT: The article examines the worker's right to be heard before being dismissed, as established in Article 7 of ILO Convention No. 158. Although Spain ratified this treaty in 1985, for decades it refused to apply it, arguing that it lacked direct effect (*non-self-executing*) and that post-dismissal guarantees were sufficient. The author reviews the origins of this right in international and comparative law (especially the Italian *Statuto dei Lavoratori*), denounces the legal and judicial resistance in Spain, and explains how this stance began to shift in recent years. A landmark ruling by the Spanish Supreme Court on November 18, 2024, reversed its previous position by declaring Article 7 directly applicable, thereby recognizing the right for all workers. The article calls for a judicial and legislative reconstruction of this right, highlighting its connection with constitutional values such as the right to defense and the dignity of workers.

PALABRAS CLAVE: defensa previa frente al despido, aplicación directa de los tratados internacionales, control de convencionalidad, Convenio 158 OIT

KEY WORDS: previous defense against dismissal, direct application of international treaties, conventionality control, ILO Convention N.º 158

Recibido: 18/08/2025

Aceptado: 24/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

* La primera versión de este artículo, anterior a la Sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de noviembre de 2024, fue publicada en la *Revista de Derecho Social*, 2024, núm. 105, págs. 41-74.

SUMARIO: I. Advertencia preliminar. II. El renacer de un debate “enterrado” tres décadas atrás. III. La génesis del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido: la Recomendación 119 de la OIT y el *Statuto dei Lavoratori* italiano de 1970. IV. La proclamación del derecho por las fuentes internacionales: el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. V. La tenaz resistencia de España al cumplimiento del Convenio 158. VI. La demanda de un replanteamiento de la tesis negativa. VII. Los términos actuales del debate: la prevalencia de la cuestión de la aplicación directa ante el notorio incumplimiento del Convenio 158 por España. VIII. ¿Contiene realmente el artículo 7 un mandato *non-self-executing*? IX. Elementos clave para la reconstrucción jurisprudencial y el reconocimiento normativo del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido. X. Epílogo: el reconocimiento de la aplicabilidad directa del artículo 7 del Convenio 158 por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2024.

I. ADVERTENCIA PRELIMINAR

A diferencia del Perú, España optó por adherirse muy tempranamente al Convenio 158 de la OIT, nada menos que en el año 1985. Esta adhesión no dio lugar, sin embargo, cambio alguno de importancia en su legislación en materia de despido, contenida en el Estatuto de los Trabajadores. Esta se mantuvo, así, sin alteraciones dignas de mención hasta la década siguiente, en buena medida debido a que esta cumplía en lo fundamental con los mandatos de la norma internacional a la que España había decidido someterse. De hecho, la “flexibilización” del régimen de extinción del contrato de trabajo no se produjo en España a lo largo de dicho período mediante la alteración de su regulación, sino a través de la generalizada aceptación de la contratación temporal sin causa, por medio de la cual se aceptaba la válida imposición de un término inicial para el contrato de trabajo no sujeto a ningún requisito asociado a la duración del trabajo a realizar por la persona que ocupaba la posición de trabajador. Una forma de hacer pasar “por la ventana” algo que no podía ser admitido de manera directa.

Aun así, hubo entonces un aspecto del contenido del Convenio 158 que no se encontraba debidamente recogido por la legislación española. Se trata del derecho del trabajador a defenderse de los cargos formulados contra él con carácter previo a la efectividad de su despido, consagrado por su artículo 7. Ríos de tinta corrieron, a partir de este hecho, con el fin de justificar la no aplicación de esta previsión, que fue vista por entonces como una exigencia innecesaria que complicaba sin fundamento un acto que se venía solventando a través de

la mera comunicación al trabajador del despido con indicación de la causa que lo motivaba, sin más posibilidad por parte de este que la de impugnarlo posteriormente ante los tribunales. Yo mismo fui testigo, dado que mi llegada a Salamanca se produjo en el año 1987, de este debate. O, más bien, de esta concertada emisión de opiniones casi unánimemente encaminadas a demostrar que España no estaba obligada a cumplir con el mandato claro del convenio por ser este uno no aplicable directamente. Sin que nadie abogase, además, por la aprobación de una norma que recogiese la previsión cuya exigibilidad directa se negaba, pero que comprometía igualmente al país debido a la ratificación del convenio.

Siempre me pareció que esta era más una posición interesada que interesante, en buena medida motivada por la ideología entonces muy extendida dentro del laboralismo, que veía en las garantías frente al despido una forma de poner trabas a la creación de empleo. Aun así, recibió un claro refrendo de la jurisprudencia, que recogió sin matices la tesis negativa. Afortunadamente, muchos años después, con el retorno de la preocupación por las personas como elemento clave para la construcción del Derecho del Trabajo del siglo XXI, empezarán a sumarse fuerzas y opiniones coincidentes en demandar la necesidad de revisar ese consenso, así como pronunciamientos jurisdiccionales de instancias inferiores que empezaron a desafiarlo. Yo mismo publiqué por entonces una Opinión en la revista *Trabajo y Derecho*, titulada “La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador”, abogando por ello.

El artículo que comparto en esta ocasión con los lectores de *Laborem* se inscribe en este contexto. Fue escrito en el momento en que, existiendo pronunciamientos judiciales de distintos tribunales superiores de justicia, era cuestión de tiempo la emisión de una sentencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo que procediese, bien a confirmar la tesis negativa precedente, o bien a apartarse de ella para afirmar la aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158, con el consiguiente reconocimiento del derecho de todos los trabajadores a ser oídos y defenderse de los cargos formulados contra ellos antes de la materialización de su despido. Su propósito es, por ello, realizar un estudio detenido de la génesis de este derecho, sus antecedentes de Derecho comparado, más relevantes de lo que suele creerse, las razones de fondo que fundamentan su existencia y los motivos en virtud de los cuales su regulación internacional debe ser considerada de aplicación directa por los Estados que hayan ratificado dicho convenio. A lo

que se suma, en su parte final, una reconstrucción de los elementos centrales que deberán tenerse en cuenta para su adecuada aplicación. Todo ello con el fin de aportar, desde fuera del proceso en vez de dentro de él, argumentos de fondo en respalden la tesis favorable a dicha aplicación.

El desenlace se producirá, finalmente, el 18 de noviembre de 2024, mediante la emisión por el pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de su Sentencia 1250/2024, a través de la cual, rectificando su doctrina precedente, optó por declarar inmediatamente aplicable el artículo 7 del Convenio 158. A diferencia de “las estirpes condenadas a cien años de soledad”, para las cuales no existe “una segunda oportunidad sobre la tierra”, de acuerdo con el magistral epílogo de la novela que recrea el universo real maravilloso de Macondo, el derecho a la defensa previa frente al despido terminó por encontrar de este modo la suya en España, nada menos que treinta y ocho años después del momento de su incorporación formal al ordenamiento jurídico de este país.

El texto que se reproduce a continuación respeta en su integridad el contenido del artículo publicado entonces, en realidad no solo un alegato en favor de la aplicación directa del mandato del convenio en cuestión, sino también de la importancia del reconocimiento de este derecho en cualquier ordenamiento, con la sola adición de un breve epílogo en su parte final, en el que se da cuenta de la expedición de la decisión de la máxima instancia judicial española que zanja la cuestión.

II. EL RENACER DE UN DEBATE “ENTERRADO” TRES DÉCADAS ATRÁS

El derecho de todo trabajador, y no solo de aquellos que forman parte de colectivos especialmente protegidos, a no ver terminada su relación de trabajo “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”, reconocido por el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, forma parte del ordenamiento jurídico español, de acuerdo con el mandato de los artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código Civil, desde el 26 de abril de 1986, fecha en la que se cumplieron los doce meses desde su ratificación requeridos por su artículo 16.3 para su entrada en vigor. Aun así, y transcurridos casi treinta y ocho años desde entonces, el reconocimiento unívoco e incontestable de un derecho de semejantes características en cabeza

de los trabajadores en general sigue constituyendo una asignatura pendiente dentro del Derecho del Trabajo español. Y, por supuesto, dentro de la práctica de los despidos en España, que se produce en la inmensa mayoría de los casos con un absoluto desconocimiento de esta garantía.

Las razones hay que buscarlas no solo en la falta de interés del legislador por recoger dentro de la regulación estatutaria la necesidad de una defensa del trabajador antes de la materialización de cualquier despido, pese a que ocasiones no le han faltado a lo largo de estos años, en los que se han sucedido hasta ocho reformas laborales, así como varias decenas de modificaciones menores del Estatuto de los Trabajadores. Como es evidente, esta desidia no hubiese sido tal de haber existido una demanda unánime de reconocimiento del derecho por parte de los operadores jurídicos y la sociedad. No fue esto lo que ocurrió, sin embargo, más allá del espacio de las organizaciones sindicales. Muy por el contrario, como habrá ocasión de explicar más adelante, los años que siguieron a la entrada en vigor del Convenio 158 se caracterizaron por una muy rara coincidencia entre las autoridades gubernamentales, los tribunales y e incluso la doctrina en torno a la necesidad, no ya solo de no aplicar su artículo 7 en ausencia de una norma que desarrolle su contenido, sino de no demandar la aprobación de esta última. Al extremo de resultar casi imposible encontrar una sola voz favorable a ello en esos años. No solo la cuestión de la eventual aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158, posible ya entonces de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo,¹ sino incluso el obligado reconocimiento a nivel legislativo del derecho a la defensa previa frente al despido, en cumplimiento del compromiso internacionalmente asumido por España a través de su ratificación, terminaron de tal modo por quedar “enterrados”, como se ha dicho gráficamente,² desde finales de los años noventa, bajo una montaña de alegaciones gubernamentales, opiniones doctrinales y pronunciamientos judiciales contrarios.

- 1 En aplicación de lo previsto desde 1974 por el artículo 1.5 del Código Civil. Véase, J. Díez-Hochleitner, “Artículo 30.1 Ejecución”, en P. Andrés Sáenz de Santa María, J. Díez-Hochleitner y J. Martín y Pérez de Nacclares, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Civitas Tomsom Reuters, 2015, págs. 533-534.
- 2 Así, J. B. Vivero Serrano, “El principio *iura novis curia* y los recursos en el orden social. A propósito de una mediática sentencia (TSJ de las Islas Baleares) sobre la defensa previa del trabajador despedido y la OIT”, *Briefs AEDTSS*, 2024, número 76, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.

Si algo llama la atención dentro de este debate, con la distancia que da el paso de un período tan prolongado de tiempo, no es tanto el resultado por el que terminó decantándose como la rapidez con la que este fue alcanzado, la casi total ausencia de opiniones disidentes y, sobre todo, la naturaleza exquisitamente formal de los argumentos utilizados para llegar a él, centrados de manera casi exclusiva, según se podrá comprobar, en la negación del carácter *self-executing* del mandato del artículo 7 del citado convenio. Ningún estudio o reflexión hubo, en cambio, sobre el derecho de defensa del trabajador ante los cargos del despido en sí mismo y las razones que se encuentran en la base de su inclusión en una norma de vocación universal como la indicada. Antes bien, lo que da la impresión de estar presente como elemento de juicio subyacente a la mayor parte de las opiniones vertidas es la consideración de este derecho como un mecanismo disfuncional, cuya introducción puede ser capaz de complicar innecesariamente una regulación adecuada de la materia, no necesitada de complemento alguno de esa naturaleza.

Esta es una visión negativa del derecho de defensa previa que a duras penas puede ser desligada de la orientación de política legislativa que por aquellos años informaba la construcción de los ordenamientos laborales en la mayor parte de los países occidentales. Una orientación de acuerdo con la cual el despido era visto esencialmente un coste que debía ser valorado “en función de sus repercusiones sobre el mercado de trabajo y la voluntad performativa del empresario” y para el cual “la situación personal del trabajador despedido no tiene ninguna relevancia”.³ De allí que las cosas no empezasen a cambiar hasta que esta visión del despido, y del dogma que la sustenta, según el cual es necesario limitar las garantías frente a él y moderar sus costes para no afectar a la creación de empleo, no empezasen a ser cuestionados, ya durante la presente década, de la mano de la emergencia de una nueva manera de enfrentar los problemas sociales, basada en valores y estrategias por completo distintos, dentro de los cuales ocupa un papel central la protección de las personas.⁴ Este importante cambio cultural, cuya gestación se produjo durante la pandemia, al calor de las medidas sociales puestas en práctica para hacer frente a sus devastadoras consecuencias, ha tenido

3 Dicho con palabras de A. BAYLOS GRAU y J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, Madrid, 2009, págs. 30 y 31.

4 Un mayor desarrollo de esta tesis en mis estudios “Lectura y relectura de la reforma laboral de 2021” y “La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador”, publicados en *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 88, y 2023, núm. 101, respectivamente.

como uno de su efectos más relevantes la recuperación de la preocupación por la dimensión del despido como un acto capaz afectar derechos, frente al cual es preciso ofrecer al trabajador garantías apropiadas. Entre estas, el derecho a defenderse de los cargos que se le imputan con carácter previo a su plena efectividad, cuya necesidad y aplicabilidad directa han empezado a suscitar en la última etapa cada vez más opiniones favorables.

El debate sobre esta garantía no solo ha revivido, así pues, emergiendo de las profundidades en las que pareció haberlo sumido su negación casi unánime en la etapa precedente, sino que lo ha hecho con particular vigor y partiendo de una apreciación de los mecanismos de protección frente al despido muy distinta de la de entonces. En estas condiciones, resulta de mayor interés llevar a cabo una aproximación integral a este controvertido derecho, que preste atención a sus antecedentes, su razón de ser y los valores que a través de él se trata de proteger, así como a la función que está en condiciones de cumplir dentro de la regulación del despido vigente en España. Todo esto como punto de partida para el análisis de su exigibilidad dentro de nuestro ordenamiento y los extremos que cabría atribuir a su régimen jurídico, de ofrecerse una respuesta positiva a esta cuestión. A este cometido están dedicados de manera sucesiva los apartados siguientes.

III. LA GÉNESIS DEL DERECHO A LA DEFENSA PREVIA DEL TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO: LA RECOMENDACIÓN 119 DE LA OIT Y EL *STATUTO DEI LAVORATORI ITALIANO* DE 1970

El derecho del trabajador a defenderse de los cargos formulados contra él antes de que el despido surta efectos no constituye una creación por completo original del Convenio 158, sino que cuenta con antecedentes dignos de ser mencionados.

Entre estos se encuentra la Recomendación 119 sobre la terminación de la relación de trabajo, aprobada en 1966, a la que remplazarían en 1982 dicho convenio y la Recomendación 166, en la medida en que esta optó por incluir en su apartado 11.5 la indicación, dirigida a orientar la actuación de los Estados miembros y los agentes sociales, de que “antes de que pase a ser definitivamente efectiva una decisión de despido por falta grave, el trabajador interesado debería tener la posibilidad de exponer inmediatamente su caso, asistido, cuando fuere oportuno, por una persona que lo represente”. La terminología utilizada se pa-

rece poco a la recogida catorce años después por el Convenio 158. No obstante, los rasgos de lo que luego vendría formulado en términos de una posibilidad defensa previa del trabajador frente al despido se asoman ya en este precepto. Lo que habría hecho el convenio sería, así, recoger el espíritu de esta disposición, dándole una redacción distinta y más clara y operativa, sin alterar la *ratio* que la caracteriza.⁵

El referente por excelencia del artículo 7 del Convenio 158 se encuentra representado, sin embargo, al menos desde el punto de vista de su formulación y configuración interna, por el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori* italiano de 1970. De acuerdo con este artículo, “el empresario no podrá adoptar ninguna medida disciplinaria contra el trabajador sin haberle notificado previamente la acusación y sin haber oído su defensa”. Añadiendo que “el trabajador podrá ser asistido” a tal efecto “por un representante de la asociación sindical a la que pertenezca o a la que haya conferido mandato” y que “las medidas disciplinarias de mayor gravedad que la amonestación verbal no podrán aplicarse hasta que hayan transcurrido cinco días desde que se notificó por escrito el hecho que les dio causa”.⁶ Como salta a la vista, esta es una disposición prevista para el ejercicio de la potestad disciplinaria del empresario en general, y no específicamente en relación con el despido. No obstante, aunque no sin cierto debate, desde un inicio se sustentó con firmeza desde la doctrina su aplicación también a los supuestos de despido por razones disciplinarias.⁷ Un punto de vista que sería luego corroborado por la Corte Constitucional.⁸

5 Esta relación entre la Recomendación 119 y el Convenio 158 es destacada especialmente por J. I. GARCÍA NINET, “La negociación colectiva española como instrumento para cumplir con lo previsto por el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, núm. 36, págs. 394-395, quien la considera “su antecedente más inmediato”.

6 Con todo, es importante destacar que, poco antes de la aprobación del estatuto italiano, el Decreto-Ley núm. 49408, de 24 de noviembre de 1969, por el que se introdujo en Portugal un nuevo régimen para el contrato de trabajo, dispuso en su artículo 31.3, de manera en esencia coincidente, que “la sanción disciplinaria no podrá ser aplicada sin audiencia previa al trabajador”. Mi gratitud a la profesora Ana Isabel Lambelho Costa por haberme proporcionado la información sobre este relevante antecedente.

7 Por todos, G. PERA, “Art. 7 (Sanzioni disciplinari)”, en C. ASSANTI y G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti del lavoratore*, Cedam, Padova, 1972, especialmente págs. 96-99; y R. BORTONE, “Art. 7 (Sanzioni disciplinari)”, en AA.VV., *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario diretto da Gino Giugni*, Giuffrè Ed., Milano, págs. 70-80. En contra, L. MENGONI, “Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei Lavoratori”, en AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori. Tendenze ed orientamenti*, Milan, F. Angeli Ed., 1973, pág. 25.

8 La Corte Constitucional italiana, en su Sentencia de 30 de noviembre de 1982, núm. 204, declaró

La extraordinaria trascendencia de esta previsión, y en particular su conexión con “la idea madre del Estatuto” de que “la organización debe modelarse a partir del hombre y no a la inversa”,⁹ no pasó desapercibida para sus primeros intérpretes. La bondad de la norma fue apreciada entonces desde una doble óptica. En primer lugar, en atención a la “procedimentalización del ejercicio del poder disciplinario” que introduce,¹⁰ la cual constituye, a la vez, “realización del derecho fundamental de defensa” y “principio civilizatorio”.¹¹ El artículo 7 “modifica”, desde esta perspectiva, “la estructura de la empresa”, adecuándola “a los principios constitucionales”, de forma que el poder disciplinario “es separado del poder directivo” y “despojado de la inmediatez” que dentro del Código Civil “lo caracterizaba como un poder autocrático”, para verse “sujeto a formas de ejercicio y de control dirigidas a garantizar la posición contractual del trabajador”.¹² Lo cual supone “desconocer la imparcialidad de un juez doméstico que era, tras la puerta, árbitro para imponer sanciones a veces incluso *inaudita altera parte* o sin una previa indicación de las específicas normas de conducta inobservadas”.¹³ Argumentos a los que se suma, como segunda virtud de la norma, esta vez desde la perspectiva aplicativa, la ruptura que impone “de los hábitos y las prácticas de mando, en especial a nivel de la jerarquía inmediata sobre el trabajador”, que “puede y debe resultar, a la larga, beneficiosa para las relaciones entre las direcciones y el personal”, al estar en condiciones de “determinar un nuevo clima responsable”, dentro del cual el empleador se verá inducido “a proceder con conocimiento de causa en la imposición de sanciones”, que “serán tanto o más aceptadas por el trabajador cuando más escrupulosamente se haya respetado el orden procedimental”.¹⁴

“la ilegitimidad constitucional de los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 7 de la ley de 20 de mayo de 1970, número 300, interpretados en el sentido de que sean inaplicables a los despidos disciplinarios”. Véase, con referencias jurisprudenciales más recientes, que extienden la protección al personal directivo, L. NOGLER, “La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i ‘principi’ costituzionali”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2007, núm. 116, pág. 606.

9 En palabras de L. MENGONI, op. cit., pág. 23.

10 G. PERA, op. cit., pág. 74. En la misma dirección, L. MONTUSCHI, “Il potere disciplinare e l’art. 7 dello ‘statuto’ dei lavoratori”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1971, pág. 77.

11 G. PERA, loc. cit. La exigencia de adecuar el ejercicio del poder disciplinario a los principios constitucionales es destacada también por A. FRENI y G. GIUGNI, *Lo Statuto dei Lavoratori. Commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Giuffrè Ed., Milano, 1971.

12 L. MENGONI, op. cit., pág. 24.

13 L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè Ed., Milano, 1973, pág. 162.

14 Una vez más, G. PERA, loc. cit.

Con todo, tampoco se trata de una institución creada *ex novo* por el legislador de 1970, que lo que hizo fue generalizar las experiencias existentes en el empleo público y, sobre todo, la negociación colectiva, donde el principio contradictorio era objeto de un amplio desarrollo.¹⁵ Su recepción normativa es, de este modo, expresión de la particular consideración que dentro del sistema italiano de relaciones laborales merecía, ya entonces, la tutela de la posición del trabajador dentro de los procedimientos disciplinarios.

El resultado es un sistema de protección que se expresa a través de la creación de un “procedimiento interno”, cuyo objeto es tanto a asegurar al trabajador una posibilidad real de defensa con anterioridad a la imposición de la sanción como permitir al empresario una adopción meditada de las decisiones correspondientes, luego de haber llevado un esclarecimiento de los hechos.¹⁶ Este procedimiento se inicia con la notificación de la infracción al trabajador, que deberá realizarse por escrito siempre que la falta no merezca una mera amonestación verbal. Esta es una notificación que, aunque la norma no lo indique expresamente, deberá identificar de manera precisa los hechos y las circunstancias que fundamentan la acusación, de manera que el trabajador esté en condiciones de defenderse de los cargos que le son formulados.¹⁷ Luego de lo cual este deberá ser “oído” por el empresario en su defensa, lo cual remite en principio a la realización de una audiencia, dentro de la cual el mismo, asistido en su caso por un representante sindical, podrá clarificar los hechos, presentar medios alternativos de prueba e incluso solicitar que se proceda a realizar indagaciones.¹⁸ Por lo demás, la obligación de respetar el plazo mínimo de cinco días entre la notificación de la falta y la imposición de la sanción, determina que el empresario deba conceder esa audiencia al trabajador dentro de este breve término.

El hasta aquí presentado constituye un sistema de garantías que ha permanecido inalterado desde su introducción hace más de cincuenta años, pese a los retrocesos y recortes que ha experimentado en Italia la regulación del despido a lo largo de tan extenso período. Quizá esto se deba al hecho de que la Corte Constitucional haya declarado en más de una ocasión que “el despido por mo-

15 Como destacan L. MONTUSCHI, op. ult. cit., pág. 159; y R. BORTONE, op. cit., pág. 65.

16 Véase, coincidentemente, A. FRENI y G. GIUGNI, op. cit., pág. 25, y G. PERA, op. cit., pág. 80.

17 Por todos, R. BORTONE, op. cit., pág. 67.

18 G. PERA, op. cit., pág. 86.

tivos disciplinarios, sin la observancia de las garantías indicadas, puede incidir sobre la esfera moral y profesional del trabajador y crear obstáculos o incluso impedimentos para las nuevas oportunidades de trabajo que el despedido debe después necesariamente encontrar”.¹⁹ Tratándose, en consecuencia, de decisiones capaces de repercutir sobre la “personalidad misma del trabajador”, resulta necesario que el legislador prevea específicas precauciones procedimentales que deben ser absueltas antes del ejercicio de los poderes mismos.²⁰

IV. LA PROCLAMACIÓN DEL DERECHO POR LAS FUENTES INTERNACIONALES: EL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO 158 DE LA OIT

Contando con los referidos antecedentes, el derecho de defensa previa del trabajador frente a los cargos del despido terminará por ser objeto de reconocimiento internacional a través del Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, aprobado por su Conferencia Internacional el 22 de junio de 1982. Este convenio fue entonces –y sigue siéndolo hoy– un convenio de una enorme trascendencia jurídico-cultural,²¹ no solo debido a la centralidad de la materia que aborda, sino por la línea de política del Derecho que le sirve de inspiración. Aprobado en un contexto abiertamente desfavorable para la adopción de normas de tutela de la posición jurídica de los trabajadores, como es el marcado por la cronificación de la crisis económica iniciada la década anterior y el auge de los postulados del neoliberalismo, el mismo busca introducir una base mínima de garantías que pueda servir de límite a la aplicación de las políticas de desregulación que amenazaban con poner entre paréntesis los elementos más básicos del tratamiento del régimen extintivo del contrato de

19 Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 25 de julio de 1989, núm. 427. En la misma dirección, véase también las Sentencias de 30 de noviembre de 1982, núm. 204, y de 23 de julio de 1991, núm. 364, todas citadas por L. NOGLER, op. cit., pág. 603.

20 Así, a modo de síntesis, L. NOGLER, op. cit., págs. 604-605.

21 Conforme indica C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas del Convenio OIT n. 158 en los derechos europeos: ¿el renacer del sentido del límite jurídico a la libertad (de empresa) en favor de la seguridad (en el empleo)?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, Vol. 7, pág. 127.

22 N. PUMAR BELTRÁN, “La incidencia del Convenio núm. 158 OIT sobre la protección del despido en el Derecho español”, J. LÓPEZ et. alt., *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2011, pág. 133, calificándolo de “rara avis” por esta circunstancia.

trabajo consolidados en la etapa precedente en muchos países.²³ Entre aquellas principalmente el carácter causal y recurrible ante un organismo neutral de las decisiones de terminación adoptadas por el empleador, que se tratan de preservar a través de sus artículos 4 y 8.

El 158 constituye, pues, un convenio de vocación “contra cíclica”, cuyo propósito es fijar una serie de límites infranqueables a la liberalización de este aspecto crucial de las relaciones de trabajo. Y, en particular, poner coto al despido libre. Esos límites, sin embargo, tienen un notorio carácter “defensivo”, en la medida en que no buscan incrementar las garantías existentes sino “cristalizarlas” a través de su inclusión en una norma de vocación universal. Un objetivo que no puede ser considerado fallido, pese al no excesivo número de ratificaciones alcanzadas por este convenio,²⁴ en la medida en que los principios sobre los que se sustenta, a despecho de los avatares de las últimas décadas, siguen integrando la regulación del despido en la mayor parte de países.²⁵ Incluyendo dentro de estos los europeos.²⁶ Solo hay, de hecho, un componente de este convenio que se aleja de esa función defensiva con el fin de acrecentar los niveles de protección previstos en la mayor parte de los países. Se trata, precisamente, del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido introducido por su artículo 7.

Este derecho es mencionado reiteradamente en los trabajos preparatorios del convenio.²⁷ En ellos se indica que “en muchos países, los empleadores tienen que sujetarse obligatoriamente a una o varias clases de procedimientos antes de

23 Así se deja entender en la parte considerativa del convenio, al indicar que resulta “oportuno adoptar nuevas normas internacionales en la materia, habida cuenta de los graves problemas que se plantean en esta esfera como consecuencia de las dificultades económicas y de los cambios tecnológicos sobrevenidos en durante los últimos años en gran número de países”.

24 A la fecha este convenio ha sido ratificado por 36 países. Entre los europeos, por España, Francia, Portugal, Luxemburgo, Eslovenia, Eslovaquia, Letonia, Suecia y Finlandia.

25 Así lo indicará la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, al señalar que “en la mayoría de los países, sean o no Estados ratificadores, las disposiciones vigentes a escala nacional son congruentes con algunos o todos los requisitos básicos del Convenio”. Véase, OIT, *Nota sobre Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 156 sobre la terminación de la relación de trabajo*, Ginebra, 2009, pág. 20.

26 De hecho, “el principal valor/derecho inspirador (seguridad en el empleo)” de este convenio “y su modelo de garantías (‘justo equilibrio’ de derechos e intereses entre trabajador y empleador), están en el corazón de todos los ordenamientos jurídico-laborales nacionales europeos”, como afirma C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 127.

27 Véase OIT, *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, Conferencia Internacional del Trabajo, 67ª reunión, Informe VIII (1), Ginebra, 1981, págs. 31 y 32.

adoptar la decisión definitiva de despedir a un trabajador” y que estos “tienen por principal objeto garantizar que la decisión esté bien fundada y que las partes interesadas tengan la oportunidad de exponer sus argumentos en relación con el despido”. El establecimiento de estos procedimientos, se indica a continuación, “se basa en principios elementales de justicia”, partiendo de “la hipótesis de que el despido disciplinario” representa “la más grave de las sanciones” y que esta “no debe aplicarse sin respetar procedimientos que garanticen en derecho de defensa y la proporcionalidad de la sanción”. Añadiéndose que los procedimientos, previstos entre otros países en Italia, Portugal o el Reino Unido,²⁸ abarcan al menos la segunda y la tercera de estas fases: a) “investigación de los hechos”, b) “notificación por escrito al trabajador de las alegaciones que se formulen en contra de él” y c) derecho de este “a una audiencia para exponer su defensa”, por lo general “con derecho a estar acompañado por otro trabajador, un funcionario sindical u otra persona que lo asista”. Esto nos permite advertir que la inclusión de este derecho en el convenio responde a consideraciones de orden material, asociadas a la importancia de los valores que trata de salvaguardar, pese a su limitado reconocimiento por los Estados miembros.

A partir de ello, la propuesta llevada a la Conferencia Internacional que terminaría por aprobar el convenio optó una redacción del artículo 7 en la que se aludía a la imposibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo del trabajador “por motivos relacionados con su conducta o su trabajo antes de que el empleador le haya concedido una entrevista en la que se le dé la posibilidad de defenderse de los alegatos formulados contra él”, añadiendo en un segundo apartado que el mismo “tendrá derecho a estar asistido por otra persona en tal entrevista”.²⁹ Finalmente, la referencia a una “entrevista” fue sustituida por una genérica alusión a la “la posibilidad de defenderse de los cargos formulados” con el fin de evitar una interpretación rígida de su contenido,³⁰ en tanto que el “derecho a contar con la asistencia de otra persona” fue trasladado al apartado

28 El informe menciona también a Bangladesh, Congo, Checoslovaquia, Egipto, Hungría, India, Mauricio, Pakistán, la República Democrática Alemana, Singapur, Tanzania, la URSS y Yugoslavia.

29 Véase OIT, *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, Conferencia Internacional del Trabajo, 68ª reunión, Informe V (2), Ginebra, 1982, pág. 26.

30 En el documento recién citado, pág. 28, la Oficina Internacional del Trabajo indica que la referencia a la entrevista podía ser suprimida “sin modificar el fondo de la disposición”, para atender las observaciones de los Gobiernos de los Estados Unidos, los Países Bajos y el Reino Unido, que indicaban que “la utilización en la versión inglesa de la palabra ‘hearing’ podía suponer “implícitamente un procedimiento casi judicial”.

9 de la Recomendación 166. El texto definitivo, en el que se altera también la formulación de las causas de extinción incluidas y se introduce la posibilidad de excepciones, quedó como sigue:

“No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o 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”.

Posteriormente, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha tenido la ocasión de examinar los alcances de este derecho y la experiencia de sus primeros trece años de aplicación en su Estudio General titulado “La protección contra el despido injustificado”, presentado a la Conferencia Internacional del Trabajo el año 1995.³¹ Entonces esta parte de ratificar la idea de que el artículo 7 “está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa”, añadiendo que “cuando una persona se ve expuesta a una sanción tan grave”, que “puede comprometer su carrera e incluso su futuro, es fundamental que pueda defenderse”.³² El “significado” del precepto es, de ese punto de vista, “permitir que el trabajador pueda exponer su caso al empleador” y su “objetivo” que “la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes”.³³ Lo cual supone evidenciar la dimensión de *ultima ratio* del despido.³⁴

Establecido lo anterior, la Comisión aclara que, aunque el convenio no lo diga expresamente, la posibilidad de defensa reconocida al trabajador “implica” que los cargos formulados contra él “deben expresarse y ponerse en su conocimiento antes de la terminación”, pero sin que el mismo precise “la forma en que deberán presentarse” estos ni “la forma que debería adoptar esta defensa”, siendo lo importante que los primeros “se formulen y se comuniquen al trabajador sin ambigüedad y que se ofrezca a este una posibilidad de defenderse real”.³⁵ Asimismo, en relación con la excepción vinculada a la imposibilidad

31 Véase, OIT, *La protección contra el despido injustificado*, Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª reunión, Ginebra, 1995, párrafos 144 a 156.

32 Párrafo 145.

33 Párrafo 148.

34 C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 147.

35 Párrafo 146. En el párrafo 147 se añade que “de los trabajos preparatorios se desprende que la

de pedir razonablemente al empleador que conceda la posibilidad de defensa al trabajador, la misma destaca que “el convenio no precisa cuales podrían ser esos motivos ni qué podría considerarse razonable” y que esta debe ser interpretada “en términos flexibles”, en la medida en que “no exige que la defensa sea imposible sino tan solo que no pueda pedirse razonablemente” al empleador que la conceda.³⁶ Por último, específicamente en relación con el cumplimiento por España del convenio, la Comisión remarca que “el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo”. Este es un derecho que ha de ser reconocido, por tanto, “incluso si el trabajador tiene derecho a entablar procedimientos después de la terminación, e incluso si la terminación no se considera definitiva hasta que se hayan agotado todas las vías de recurso”.³⁷

Todas estas son observaciones de fundamental importancia para delimitar los alcances del derecho y, por tanto, el contenido de la obligación asumida por los Estados en relación con él como consecuencia de la ratificación del convenio.

V. LA TENAZ RESISTENCIA DE ESPAÑA AL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO DEL CONVENIO 158

La decisión de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de incluir en su Estudio General del año 1995 una observación dedicada expresamente a España sirve para dar cuenta del contencioso que a lo largo de las últimas décadas ha venido manteniendo nuestro país con esta organización a cuenta del cumplimiento del mandato contenido en su artículo 7.

La razón de este contencioso es conocida. Pese a que el Convenio 158 atribuye carácter universal al derecho de defensa previa frente a los cargos del despido,³⁸ este derecho está reconocido en el Derecho del Trabajo español solo en favor de grupos muy señalados de trabajadores. En concreto, y por aludir a

posibilidad de defenderse se refiere a la posibilidad de que el empleador conceda al trabajador una entrevista, pero sin que sea necesario un pleito”.

36 Párrafo 149.

37 Párrafo 150.

38 Véase, por todos, G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador en el despido disciplinario: una relectura del ordenamiento jurídico interno a la luz del Derecho Internacional”, *Trabajo y Derecho*, 2024, núm. 109, págs. 1 y 9. Las únicas excepciones admisibles a la aplicación universal de este derecho serían, como apunta este autor, las de carácter transversal previstas por el artículo 2 del propio Convenio.

las normas vigentes al momento de su incorporación a nuestro ordenamiento, solo en cabeza de los miembros de los órganos de representación unitaria de los trabajadores y los delegados sindicales, en relación con los cuales el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores exigía entonces la apertura de un “expediente contradictorio”, en el marco del cual estos deberán ser oídos junto a los demás miembros del órgano al que pertenecieran, antes de procederse a su despido. Más allá de este supuesto, por tanto, no parece que pueda albergarse duda alguna de que las normas laborales no recogían entonces, como tampoco lo hacen hoy, ningún derecho o garantía de aplicación general a todas las personas que trabajan que cumpla la función o pueda ser asimilado al reconocido por la norma internacional.³⁹

Esto significa que la adaptación de nuestra legislación a esta exigencia resultaba preceptiva para las autoridades españolas al menos desde el 26 de abril de 1986, fecha en la que entró en vigor entre nosotros el referido convenio. A pesar de ello, nuestras autoridades no han llevado hasta la fecha esfuerzo alguno encaminado a dar cumplimiento al mandato de su artículo 7. Por el contrario, han mostrado una deliberada y tenaz resistencia a hacerlo. La cual se ha visto acompañada de una actitud igualmente desfavorable hacia su aplicación por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Esta es una actitud que contrasta con la mantenida por otros países de nuestro entorno que han ratificado el Convenio 158, como Francia o Portugal, en los cuales el derecho es objeto de un amplio reconocimiento en sus códigos de trabajo, que llevan a cabo a partir de él una procedimentalización del despido bastante más completa y garantista que la introducida en 1970 por la norma italiana, cuyos elementos fundamentales han sido capaces de resistir el paso del tiempo y los embates de la ofensiva flexibilizadora.⁴⁰

39 Esta insuficiencia fue advertida entonces por M. SAN PEDRO CORRAL, “Convenio 158 de la OIT: comentario a los artículos 1 y 7”, *Actualidad Laboral*, 1987, núm. 5, págs. 246.

40 Véase los artículos L.1232-2 a L.1232-7 y R.1232-1 a R.1232-3 del *Code du Travail* francés y 352 a 358 del *Código do Trabalho* portugués. Una breve presentación del primero en A. ÁLVAREZ DEL CUBILLO, “Informe sobre la regulación del despido en Europa”, *Temas Laborales*, 2009, núm. 99, págs. 271-272. Sobre la regulación portuguesa, J. LEAL AMADO et. alt., *Direito do Trabalho. Relação Individual*, Ed. Almedina, Oporto, 2ª Ed., 2023, págs. 1257 y sigs., y A. I. LAMBELHO COSTA y L. ANDIAS GONÇALVES, *Direito do Trabalho da teoria à prática*, Rei Libros, Leiria, 2021, págs. 365 y sigs.

Esa resistencia a aplicar el artículo 7 del convenio ha determinado que el Gobierno de España, sin importar el color político del partido que se encuentre al frente de él, se haya visto envuelto en una sorda pugna con el sistema de control de la OIT, en el marco de la cual ha debido recurrir a lo que ha sido calificado sin exageración como “una afanosa búsqueda de subterfugios” dirigidos a tratar de justificar que cumple un mandato tan claramente desatendido como aquel al que nos venimos refiriendo. O que incluso ofrece a los trabajadores un nivel superior de tutela a través de las garantías ya existentes.⁴¹

Es así como nuestras autoridades gubernamentales, ante los requerimientos de justificación expresados por la Comisión de Expertos en relación con el deficiente cumplimiento del artículo 7, indicarán a lo largo de las sucesivas memorias presentadas, que la legislación española “contempla” a través de los artículos 53, 54, 55, 58.2 y 68.a) del Estatuto de los Trabajadores “la defensa del trabajador de los cargos formulados contra él, con la garantía que supone que dicha defensa se efectúe ante dos órganos imparciales, como son la Administración y el Órgano Judicial”; que “la oportunidad de defenderse frente al acto de despido, en evitación de que quien lo sufre se vea en situación de indefensión”, se encuentra garantizada “suficientemente” en el Derecho español por la carta de despido, “que constituye una garantía de orden superior” que la prevista por el artículo 7; que tratándose de los despidos disciplinarios no puede exigirse razonablemente al empleador la concesión de esa posibilidad; que “la relación laboral no puede entenderse finalizada meramente con el escrito de comunicación de su despido al trabajador”, ya que esta solo tendrá plena validez y efectos si este deja transcurrir el plazo caducidad de 20 días sin reclamar, el despido es declarado procedente por la autoridad judicial o el empresario o el representante de los trabajadores optan por la indemnización, de ser considerado improcedente; que “la doctrina científica y la jurisprudencia han concluido que el artículo 7 del Convenio no posee carácter *self-executing* teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1 del propio Convenio”, que confía su aplicación a la legislación nacional; o, en fin, que “trasladar a la empresa un trámite conciliatorio de diálogo y reflexión, inconcreto e incierto”, eliminando el ya existente y tradicional en la legislación social española, “no parece ser una medida adecuada a los fines de mejor y mayor protección del trabajador”. Una afirmación que deja bien a las claras, una vez agotadas otro tipo de justificaciones, la voluntad de no dar cumplimiento al

41 C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 148.

convenio por discrepar de su contenido.⁴² El párrafo 150 del Estudio General de 1995, centrado en la necesidad de que la defensa del trabajador deba tener lugar antes de la terminación de la relación de trabajo y no después, constituirá la respuesta frontal de la Comisión de Expertos a todas estas explicaciones.

Esta aversión gubernamental a la recepción del derecho no sería cuestionada por la doctrina. Por el contrario, dejando de lado cualquier reflexión sobre la finalidad protectora del precepto, esta optará por apuntalar la misma idea, bien que centrando su atención, más que en el presunto cumplimiento del mandato contenido en el artículo 7 del Convenio por la legislación española, tan difícil de justificar,⁴³ en la demostración de su carácter *non-self-executing*, necesitado de un pronunciamiento del legislador para su exigibilidad. Un pronunciamiento que, sin embargo, no se reclama, como sería necesario al tratarse de un compromiso internacional asumido por el Estado español, que ha de ser cumplido incluso de sostenerse que no se expresa a través de un mandato directamente ejecutivo.

Los argumentos empleados para llegar a esa conclusión serán dos, convenientemente encadenados. El primero se relaciona con el tenor literal del Convenio 158, que en su artículo 1 dispone que “deberá darse efecto” a sus disposiciones “por medio de la legislación nacional” excepto en la medida en que estas “se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”. De tal manera, “es el propio convenio”, se afirma, “el que proclama su carácter *non-self-executing*” o su “efecto indirecto o programático”, al “llamar expresamente” a la “legislación nacional para su aplicación”.⁴⁴ A esta “declaración terminante de ‘no ejecutividad’”,⁴⁵ se añade un segundo argumento, en este caso relacionado con el contenido el artículo 7, que se considera no puede ser aplicado sin una regulación de la materia por el legislador nacional, dada su “falta de concreción”, al no definir “las formas de instrumentalización” de la garantía que recoge, dejando un vacío que puede ser suplido por un acto de creación del Derecho emanado

42 Una cuidada presentación de este “largo desencuentro”, en J. I. GARCÍA NINET, “La negociación colectiva española ...”, cit., págs. 408-422.

43 Véase, no obstante, J. M. GALIANA MORENO, “El convenio núm. 158 de la OIT y su incidencia en los despidos individuales”, *Revista Jurídica de la Región de Murcia*, 1986, núm. 4, pág. 107.

44 M. ALONSO OLEA, “Sobre la forma del despido en relación con el Convenio (de la OIT, núm. 158, Ginebra, 1982) sobre la terminación de la relación de trabajo”, *Documentación Laboral*, 1986, núm. 20, pág. 45.

45 En palabras de M. ALONSO OLEA, loc. cit.

de los jueces.⁴⁶ La expresa voluntad del Convenio y el carácter impreciso de su artículo 7 determinarían, por tanto, su inaplicabilidad en el Derecho interno y, por tanto, la imposibilidad de exigir su cumplimiento ante los tribunales a falta de una norma que desarrolle su contenido.

A este coro de voces contrarias se sumarán los tribunales, que se mantendrán firmes a lo largo del tiempo en sostener, de manera contradictoria, tanto que nuestra legislación cumple con el mandato de dicho artículo, como que su aplicación directa prevista solo para el supuesto en que ese cumplimiento no fuese tal, no resulta exigible por requerir de la intervención del legislador. La secuencia se inicia con las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 30 de octubre de 1986 y 25 de marzo y 1 de abril de 1987,⁴⁷ que optaron por poner el acento en la aptitud de la carta de carta de despido y de los actos de conciliación administrativa y judicial para garantizar el propósito del convenio,⁴⁸ sin que de este quepa “colegir la obligatoriedad de seguimiento de expediente previo, ni tampoco la necesidad de entrevista previa”, toda vez que “lo único que se exige es que al trabajador se le dé la oportunidad de defenderse frente al acto de despido, en evitación de que quien lo sufre se vea en situación de auténtica indefensión”.⁴⁹

46 En la síntesis de M. SAN PEDRO CORRAL, “Convenio 158 ...”, cit., pág. 244. Coincidentemente, G. GARCÍA BECEDAS, “Los requisitos del despido disciplinario y el Convenio 158 OIT”, *Revista de Trabajo*, 1987, núm. 85, pág. 88, indica que “la determinación de la naturaleza jurídica (...) de la garantía que el Convenio 158 incorpora, el establecimiento del modo en que debe operar, la indicación de los plazos mínimos aplicables, los efectos (...) de su omisión o de su ofrecimiento irregular (...) o, en fin, los criterios valorativos del juicio de razonabilidad que como excepción a su mandato incorpora el precepto, son (...) algunos de los elementos que, ausentes, permiten afirmar la naturaleza *non-self-executing* del Convenio”. Un parecer en parte distinto es el de M. ALONSO OLEA, op. cit., págs. 45-46, para quien el artículo 7 “conmociona” el “derecho de los despidos contenido en el Estatuto de los Trabajadores”, por lo que “la norma interna nacional debe decidir cuándo y cómo se aplica no ya el artículo 7, sino todos los artículos de este complejo Convenio”.

47 Ar. 10565, 6528 y 7095, respectivamente.

48 Mientras la primera de las tres sentencias pone el acento en la “posibilidad de llegar a una conciliación” como “práctica nacional” que “robustece la posibilidad de defensa del trabajador” y “garantiza ya el propósito del convenio”, las otras dos coinciden en entender que “la existencia de la carta de despido es suficiente para garantizar los derechos de defensa del trabajador afectado”.

49 Según se lee en la tercera de las sentencias. Es interesante destacar que esta parte de atribuir carácter directamente ejecutivo al artículo 7 del convenio, para negar a continuación la necesidad de su aplicación directa por considerar que las garantías que exige están reconocidas en nuestro ordenamiento interno. “Aun partiendo de que el Convenio 158”, se afirma en ella, “quedó incorporado directamente al ordenamiento jurídico interno en virtud del juego del artículo 96.1 de la Constitución en relación con el artículo 1.5 del Código Civil (...) y aun partiendo asimismo de que los preceptos de dicho convenio establecen derechos y obligaciones concretos, es decir, que se trata de una norma (...) ‘*self-executing*’, (...) que resulta aplicable por los Tribunales internos

Después vendrán, para cerrar el círculo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1987, 8 de marzo de 1988 y 30 de noviembre de 1989 y 31 de enero de 1990.⁵⁰ Estas coincidirán en destacar que el artículo 7 del Convenio “no es de aplicación directa” dentro de nuestro ordenamiento jurídico, “al exigir que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula”,⁵¹ conforme se deduce de su artículo 1, según el cual “deberá darse efecto” a sus disposiciones “por medio de la legislación nacional”, con lo que “se está reconociendo con carácter general la naturaleza no directamente ejecutiva de sus normas, las cuales solo por vía de excepción, y de acuerdo con la práctica nacional, podrán ser aplicadas sin que esa mediación del Derecho interno”. Una excepción en la que “no puede entenderse comprendido” el artículo 7 respecto de las resoluciones judiciales, porque “ni la práctica nacional” ni “la propia delimitación constitucional de la función jurisdiccional” autorizan “una acción judicial de desarrollo normativo de una disposición internacional”, “ni tal contenido admite en la actual situación del ordenamiento español una aplicación directa”.⁵² Debiéndose considerar que, “ínterin que este desarrollo legislativo tenga lugar”, el derecho del trabajador “está garantizado con la exigencia establecida en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores de 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”.⁵³ El resultado no puede ser más claro y terminante: “según ha reiterado la Sala, las normas del convenio en este punto no son de directa aplicación en España al precisar de un desarrollo normativo interno”.⁵⁴

desde el momento en que se produce su incorporación al Ordenamiento nacional, sin necesidad de ulteriores desarrollos”, el rechazo de la argumentación del recurrente “viene dado en función de que ni del artículo 7 del Convenio cabe colegir la obligatoriedad del seguimiento de un expediente previo”. Solo de una posibilidad de defensa que “cumple satisfactoriamente la carta de despido”.

50 RJ 1987/7810, 1988/1885, 1989/8287 y 1990/801, respectivamente.

51 Según se lee en la primera sentencia de la serie.

52 El texto corresponde a la Sentencia de 8 de marzo de 1988, donde se añade que “las técnicas de flexibilidad empleadas” por el artículo 7 “permiten, como ha puesto de relieve la doctrina científica, diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones, no solo subjetivas por la vía del artículo 2, sino, sobre todo, en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia”.

53 Nuevamente de acuerdo con la Sentencia de 4 de noviembre de 1987.

54 Según se lee en la Sentencia de 31 de enero de 1990, última de la serie, en la que se alude sin más a la inaplicabilidad del artículo 7 del Convenio como doctrina consolidada.

VI. LA DEMANDA DE UN REPLANTEAMIENTO DE LA TESIS NEGATIVA

Esta inicial confluencia de opiniones gubernamentales, doctrinales y jurisdiccionales contrarias tanto a la aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158 como a la necesidad de una recepción legislativa de su contenido, ninguna de ellas, sin embargo, salvo la expresada por el Gobierno de España en una de sus últimas memorias, basada en el cuestionamiento de la razón de ser del precepto, ha determinado que la inclusión del derecho de defensa previa del trabajador haya permanecido desde finales de los años ochenta al margen del debate sobre la reforma del despido, que ha discurrido por cauces distintos, además de opuestos a los valores que representa.

Si acaso, lo que se registra en los años siguientes son actuaciones aisladas del legislador que reconocen este derecho a colectivos profesionales específicos. Así ha ocurrido tratándose del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud y del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, regulador de la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos profesionales. Mientras el primero de ellos recoge el deber del responsable de la gestión de personal del centro de comunicar por escrito al residente la fecha y los hechos que se consideran constitutivos de incumplimiento, así como su posible calificación, “para que en el plazo de 10 días alegue lo que a su defensa convenga” (artículo 15.2), el segundo señala que la sanción de las faltas requerirá “comunicación al abogado” en la que consten “la fecha y los hechos que la motivan”, añadiendo que “antes de adoptar la decisión sancionadora, deberá darse el trámite de audiencia al abogado” (artículo 25.2). Es evidente que, más allá de sus diferentes enunciados, ambas normas se inspiran y recogen con fidelidad la esencia del mandato contenido en el artículo 7 del Convenio 158.⁵⁵

En esta etapa se producirá también una progresiva ampliación del ámbito de aplicación del derecho a la apertura de expediente contradictorio reconocido

55 Considerando estas regulaciones como manifestaciones del “cumplimiento parcial” por España del Convenio 158, véase C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 148. El reconocimiento de este derecho es también indudable tratándose del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, a través de la exigencia, contenida en el artículo 98.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, de que la imposición de las sanciones por faltas muy graves deba llevarse a cabo mediante la aplicación de los procedimientos disciplinarios previamente establecidos.

por el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores hacia otros grupos de trabajadores necesitados de una protección especial en razón de las funciones que desempeñan.⁵⁶ E incluso este derecho será materia de reconocimiento, como garantía previa a la imposición a cualquier trabajador de sanciones por faltas muy graves, por algunos convenios colectivos.⁵⁷ Pero sin que de estos movimientos pueda deducirse la reivindicación de su aplicación universal. Y menos aún el reclamo de la inclusión del derecho en el marco general de garantías formales frente al despido disciplinario previsto por el precepto antes citado.

Más recientemente se registran, no obstante, señales de que esta situación ha empezado a cambiar. Estas señales se enmarcan dentro de líneas de tendencia más generales, que apuntan, como se dejó dicho, a la recuperación de la preocupación por la dimensión protectora de la persona del trabajador en el diseño y la aplicación de las instituciones jurídico-laborales. Expresión destacada de esta tendencia es la aparición de un importante número de estudios doctrinales que, rompiendo el consenso precedente, ponen de relieve el cumplimiento parcial y deficiente por nuestra legislación del artículo 7 del Convenio 158 y demandan su pleno acatamiento.⁵⁸ Pero, sobre todo, la novedosa presencia de pronuncia-

- 56 Esta ampliación ha tenido lugar, por canales jurisprudenciales y sobre todo legislativos, en favor de los candidatos de las elecciones a comités de empresa y delegados de personal, los delegados de prevención y los integrantes de los servicios de prevención propios y mancomunados, los miembros de las comisiones negociadoras y de los comités de empresa europeos o que participen en los procedimientos alternativos de información y consulta, los miembros de las comisiones negociadoras y de los órganos de representación de los trabajadores de las sociedades anónimas europeas, así como los representantes de los mismos que ejerzan sus funciones en el marco de un procedimiento de información y consulta y que sean trabajadores de una sociedad europea, de sus centros de trabajo y empresas filiales o de una sociedad participante en la misma. Véase, G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., págs. 3-6.
- 57 De acuerdo con la información proporcionada por J. I. GARCÍA NINET, “La negociación colectiva española ...”, cit., pág. 433, en 2013 el 15 % de los convenios negociados en España optaron por acogerse a la posibilidad prevista por el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores de ampliar las garantías formales frente al despido disciplinario mediante el reconocimiento del derecho a la apertura de un expediente contradictorio o un derecho equivalente en favor de todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. Emblemático resulta aquí el ejemplo del artículo 66 del Convenio Colectivo General de la Industria Química, cuyo artículo 66 exige para la sanción de las faltas muy graves la “tramitación de expediente o procedimiento contradictorio en que sea oída la persona trabajadora afectada”. Un cuidado y actualizado estudio del tratamiento por los convenios colectivos de esta garantía en R. SASTRE IBARRECHE, “Expedientes disciplinarios con singularidades (análisis de algunas previsiones convencionales)”, de próxima publicación en la revista *Trabajo y Derecho*.
- 58 Véase, tempranamente, J. L. GIL Y GIL, “Seguridad versus flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, *Relaciones Laborales*, 2007, T. II, págs. 262-263; y J. I. GARCÍA NINET, “El convenio 158 de la OIT (1982) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y su cumplimiento por España”, *Revista del Ministerio de Empleo y de Seguridad Social*,

mientos judiciales que, partiendo de esa inadecuación y en abierta contradicción con las doctrina jurisprudencial vigente, postulan necesidad de aplicar directamente su contenido apoyándose en los artículos 96.1 de la Constitución, 1.5 del Código Civil y 30 y 31 de la Ley 24/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Unos pronunciamientos que serían expresión de lo que se ha venido en denominar una “nueva primavera” del Convenio 158,⁵⁹ luego de bastantes años de ser considerado uno de los “convenios malditos” debido a su escaso impacto jurisprudencial. 60

Este ha sido el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 13 de febrero de 2023,⁶¹ en la que se examinó el caso de un profesor que fue despedido debido a la existencia de graves acusaciones de acoso sexual en contra de él sin haberle concedido la oportunidad de defenderse de

2015, núm. 117, pág. 56. Más recientemente, en orden cronológico, N. PUMAR BELTRÁN, “La incidencia del Convenio ...”, cit., págs. 141-143; C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., págs. 147-148; M. A. FALGUERA BARÓ, “La normativa de la OIT y su traslación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral”, *Lex Social*, 2016, Vol. 6, núm. 1, págs. 59-61; L. MELLA MÉNDEZ, “El Convenio 158 OIT y la regulación del despido en España: valoración de algunos puntos críticos”, en T. NAHAS y F. FITA ORTEGA (Coordinadores), *OIT 100 años: una visión de sus principios fundamentales desde el siglo XXI*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2018, págs. 92-94; R. ÁLVAREZ GIMENO, “Terminación de la relación de trabajo”, en J. GARCÍA MURCIA (Director), *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, BOE, Madrid, 2024, págs. 547-549; I. . BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario sin audiencia previa del trabajador afectado es improcedente ex art. 7 Convenio 158 OIT (STSJ Baleares 13/2/23)”, apartado C, disponible en <https://ignasibeltran.com/2023/03/03/el-despido-disciplinario-sin-audiencia-previa-del-trabajador-afectado-es-improcedente-ex-art-7-convenio-158-oit-stsj-baleares-13-2-23/>; G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., pág. 27; M. A. GARRIDO PALACIOS, “La aplicabilidad directa del artículo 7 de la Organización Internacional del Trabajo en los despidos por motivos relacionados con la conducta o rendimiento de la persona trabajadora”, *Revista de Derecho Social*, 2014, núm. 104, págs. 46-48; y J. B. VIVERO SERRANO, “El principio *iura novis curia* ...”, cit., pág. 1. Además de mi estudio “La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 101. En el debate periodístico, véase J. M. BARJOLA, “Despedir primero, preguntar después”, *Diario El País*, Suplemento Negocios núm. 1977, domingo 24 de septiembre de 2023, pág. 20.

59 La expresión es de C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 124.

60 En palabras de M. FALGUERA BARÓ, op. cit., pág. 52. Como destaca J. M. MIRANDA BOTO, “La OIT en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: un panorama reciente”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2020, núm. 147, pág. 510, aunque “la parte del león en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es, sin duda, para el Convenio 158”, que “aparece reflejado en más de un centenar de sentencias de la Sala de lo Social” en el período contemplado por el autor, esto contrasta con “su real eficacia, que roza lo paupérrimo”, dada “la granítica tendencia” de la misma “a limitar el alcance del Convenio, defendiendo con firmeza la validez de la legislación española existente”.

61 Rec. 454/2022.

estas. Para el Tribunal es “inexplicable y de difícil justificación” que el afectado “haya sido despedido en base a tan graves imputaciones sin haber sido escuchado previamente, cosa que cuestiona frontalmente la imparcialidad de la investigación previa exigible antes de un despido basado en una imputación tan grave”. Pero, sobre todo, semejante actuación supone un incumplimiento del derecho de “audiencia previa” al trabajador establecido por “una norma internacional de aplicación directa y carácter prevalente respeto del ordenamiento jurídico interno”, como el artículo 7 del Convenio 158, que “ha de determinar, indefectiblemente” que, “ya solo por este motivo”, “debamos declarar la improcedencia del despido impugnado”.

Los fundamentos de esta rupturista decisión descansan sobre tres premisas. La primera es que “la restricción de la obligación de incoar expediente disciplinario previo” establecida por la legislación española “no da cumplimiento” a lo previsto por dicho artículo. A esta se suma la indicación de que la ratificación por España del Convenio 158 “determina, por imperativo del art. 96 CE y del art. 1.5 CC, su integración en nuestro ordenamiento jurídico con carácter prevalente, tal como se explicita en el art. 31 de la Ley 25/2014”. Para llegar a la cuestión decisiva: el mandato del citado precepto, “a diferencia de otros contenidos en el mismo Convenio”, “es muy claro y concreto y, por consiguiente, su aplicación directa incontestable”. Se ponen con ello en cuestión los elementos de la tesis que venía siendo mantenida sin fisuras por las instancias judiciales españolas. Y en particular los dos argumentos que le proporcionan su base fundamental: el acatamiento del mandato del convenio por la legislación española y la imposibilidad llevar a cabo una aplicación directa de este.⁶²

Posteriormente el criterio mantenido por esta sentencia ha sido seguido por otras del mismo nivel, que aplican directamente también el artículo 7, en un caso coincidiendo y en otro discrepando sobre la calificación que debe ser asignada al despido realizado sin respetar el derecho de audiencia previa.⁶³ Expresión de lo primero es la Sentencia del Tribunal de Justicia de Extremadura

62 Sobre esta sentencia, véase I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., ap. C; G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., págs. 12-13; y J. B. VIVERO SERRANO, “El principio *iura novis curia* ...”, cit.

63 Además de las que se citarán debe mencionarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de Castilla y León de 11 de octubre de 2023 (rec. 620/2023), que da por cumplido el trámite partiendo de su pertinencia.

de 5 de septiembre de 2023,⁶⁴ que comparte la calificación de improcedente dada el despido por la sentencia de instancia. Distinto es el parecer vertido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de abril de 2023,⁶⁵ donde se afirma que “la omisión de la audiencia previa” exigida por el Convenio “no es causa de improcedencia conforme al artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, por no estar incluida en su número primero”. Sin que esto signifique “que el incumplimiento del artículo 7 carezca de sanción jurídica”, toda vez que “su vulneración constituye una infracción administrativa grave”, además de “el incumplimiento de una obligación” frente al cual, en aplicación del artículo 1101 del Código Civil, “el trabajador tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios” que le haya ocasionado.⁶⁶

Con todo, en este mismo período no han dejado de emitirse, en mayor volumen incluso, sentencias de suplicación que, ante la cada vez más reiterada denuncia de infracción del mandato del artículo 7 del Convenio 158, aplican la doctrina tradicional del Tribunal Supremo, sirviéndose de los mismos argumentos utilizados por este en sus pronunciamientos de hace más de tres décadas.⁶⁷

El debate en torno al derecho de audiencia previa frente al despido ha vuelto, de tal forma, a estar sobre el tapete, aunque con perfiles y matices en

64 Rec. 326/2023.

65 Rec. 1436/2022.

66 El Tribunal añade que “la valoración de este daño indemnizable llevará a imponer una indemnización adicional a la propia y tasada del despido improcedente”, cuando el despido realizado sin dicho trámite “es posteriormente declarado improcedente (...) por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y que 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”. Un comentario a esta sentencia en G. GARCÍA GONZÁLEZ, op. cit., págs. 13-15.

67 La serie se abre con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 de julio de 2023 (rec. 1749/2023), que destaca por la radicalidad de la afirmación de su punto de vista: “cuando se trata de interpretar el alcance de una determinada norma no se puede hacer una lectura sesgada, parcial e interesada de un solo precepto, sino que hay que tener en cuenta la norma en su totalidad, y si se hubiere hecho el actor se hubiere dado cuenta que el art. 1 del Convenio 158 también es claro en 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”. Con posterioridad, véase también las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León de 28 de septiembre de 2023 (rec. 576/2023), de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2023 (rec. 634/2023), de Cataluña de 10 de noviembre de 2023 (rec. 2927/2023), de Valencia de 21 de noviembre de 2023 (rec. 1984/2023) y de Castilla y León de 1 de febrero de 2023 (rec. 819/2023).

cierta nuevos luego de transcurrido un período tan prolongado desde que fuera cerrado por nuestra máxima instancia judicial, como habrá ocasión de explicar a continuación.

VII. LOS TÉRMINOS ACTUALES DEL DEBATE: LA PREVALENCIA DE LA CUESTIÓN DE LA APLICACIÓN DIRECTA ANTE EL NOTORIO INCUMPLIMIENTO DEL CONVENIO 158 POR ESPAÑA

Que España lleva a cabo una aplicación parcial y deficiente del artículo 7 del Convenio 158 constituye una conclusión sobre la cual no es posible albergar en la actualidad duda alguna. Si bien existen normas que reconocen en favor de colectivos específicos el derecho a la apertura de un expediente contradictorio, a la tramitación de un procedimiento disciplinario o a un trámite de audiencia previo a la emisión de la carta de despido, nuestra legislación no incluye norma alguna que reconozca en provecho de todos los trabajadores algún tipo de garantía capaz de permitirles defenderse de los cargos formulados en contra ellos antes de la terminación de la relación de trabajo, como sería preceptivo de acuerdo con ese artículo. Sin que quepa ya argumentar que la existencia de la carta de despido o los actos de conciliación administrativa y judicial son suficientes para dar vida a este derecho, dada la reiterada opinión contraria manifestada por las instancias de control de la OIT específicamente en relación con España, de la que se ha dado cuenta.⁶⁸

El derecho de defensa debe poderse ejercitar, así pues, antes de la terminación de la relación de trabajo, cosa que ocurre dentro de nuestro ordenamiento en la fecha prevista por la carta de despido, sin perjuicio de su posterior impugnación, y no después de aquella. Sin que esto suponga, por supuesto, negar la utilidad de esas garantías. De lo que se trata es, como se dejó dicho, de introducir, de manera complementaria a estas últimas, “un período de reflexión dialógica entre las partes”⁶⁹ con anticipación a la adopción de una decisión de tan graves efectos, en el marco del cual puedan ser oídas las razones del trabajador y ponderados los elementos de juicio y las pruebas susceptibles de justificar su

68 Según se expresó en el párrafo 150 del estudio general sobre este convenio elaborado en 1995 por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, mencionado en *supra* 3.

69 Dicho con palabras de C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 147.

conducta o excluir o minorar su responsabilidad. Todo ello con el objetivo de favorecer un uso más racional y ponderado del poder de despedir. De hecho, la circunstancia de que un mecanismo de estas características se encuentre previsto exclusivamente para ciertos trabajadores constituye la mejor prueba de que la protección requerida por el convenio no solo no resulta redundante respecto de las garantías existentes, sino que es necesaria para dotar a todos los trabajadores de una protección similar.⁷⁰

No es de extrañar, por todo ello, que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones acordase formular, ya en 1994, una observación dirigida a España en relación con el cumplimiento de este extremo del Convenio 158, en la cual indicaba que las disposiciones de la legislación nacional “no se ajustan” al mismo “en la medida en que las garantías de este último alcanzan a todos los trabajadores, independientemente, en particular, de la posibilidad de presentar el asunto a un tribunal competente o del procedimiento que consiste en firmar recibo cuando el empleador presenta el aviso de la terminación de un contrato de empleo”. Dicho lo cual, la misma terminaría expresando su esperanza de que “el Gobierno tomará las medidas necesarias para hacer surtir plenos efectos a este artículo del Convenio”.⁷¹ Cosa que no solo no se ha hecho, sino que ni siquiera se ha intentado hacer desde entonces.

Esta es una situación de deliberado desconocimiento de un mandato claro y concluyente contenido en un tratado internacional ratificado por España que no puede continuar. En la agenda cualquier futura modificación del Estatuto de los Trabajadores debería, por ello, estar incluido el reconocimiento del derecho a la defensa previa del trabajador frente al despido, lastimosamente orillado hasta ahora pese a su valor fundamental. El hecho de que esta necesidad no haya sido atendida hasta ahora no deslegitima esta opción, sino que la hace más necesaria aún.

Llegados a este punto, la cuestión es, por supuesto, si mientras no se lleve a cabo ese reconocimiento debe mantenerse la actual situación de falta de vigencia

70 Así, R. ÁLVAREZ GIMENO, “Terminación de la relación de trabajo”, cit., pág. 548.

71 El texto de esta observación de la Comisión, incluida en su informe a la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo puede ser consultado en la siguiente dirección: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P13100_COUNTRY_ID:2127038,102847

práctica del derecho promovida por la jurisprudencia o ha de reconocerse que este último forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y debe ser aplicado a las relaciones entre trabajadores y empresarios como expresión de la fuerza vinculante del tratado internacional que lo reconoce. Esto supone que el verdadero dilema planteado hoy en España por el artículo 7 del Convenio 158 reside en determinar si nos encontramos delante de una disposición *non-self-executing*, como se postuló en su día, o existen argumentos que sirvan para poner en tela de juicio esta paralizante conclusión.

VIII. ¿CONTIENE REALMENTE EL ARTÍCULO 7 UN MANDATO *NON-SELF-EXECUTING*?

Al disponer que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, el artículo 96.1 de la Constitución opta por un sistema de recepción automática de los mismos a nuestro Derecho. Al margen del debate sobre si de este precepto se desprende que los tratados así incorporados han de ser de aplicación directa o precisan de medidas de transposición al Derecho interno,⁷² lo cierto es que la primera de esas soluciones encuentra entre nosotros un fundamento claro desde 1974 a través del artículo 1.5 del Código Civil, que al disponer que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”, permite colegir *sensu contrario* que los tratados debidamente publicados son de aplicación directa en España.⁷³ Esto supone, como se ha dicho, que estos últimos “son fuente directa y plenamente eficaces en el Derecho interno una vez publicados oficialmente, siendo susceptibles de crear por sí mismos derechos y obligaciones directamente exigibles por los particulares e invocables ante los órganos judiciales y administrativos”.⁷⁴

72 Véase J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “Artículo 30.1 Ejecución”, cit., pág. 532

73 Ibídem. pág. 533.

74 A. MANGAS MARTÍN, “La recepción del Derecho Internacional por los ordenamientos internos”, en M. DIEZ DE VELASCO (Coord.), *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Ed. Tecnos, Madrid, 18ª ed., 2013, pág. 251.

La anterior es, no obstante, una regla cuya aplicación se encuentra supeditada a lo que sobre el particular pueda disponer el propio tratado. Así lo ha venido reconociendo desde antiguo la jurisprudencia y así lo establece de manera expresa en la actualidad el artículo 30.1 de la Ley de Tratados, al señalar que estos últimos “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”. Esta es una norma de importancia capital, en la medida en que no solo sanciona de manera clara el “principio general de aplicación directa de los tratados”,⁷⁵ que pasa así a operar como la regla tratándose de estos, sino que define cuáles son las condiciones para que esta regla pueda verse exceptuada. Unas condiciones que dependen del tenor del tratado del que se trate. Y en concreto de que su contenido requiera de la adopción de medidas normativas para su puesta en práctica. Caso en el cual no podrá postularse su aplicación directa.

El criterio utilizado por el legislador parece claro. No obstante, deja sin definir la cuestión capital: cuáles son los criterios en función de los cuales es posible determinar que la aplicación de un tratado “queda condicionada” a su transposición y cuándo no es así. Esta es una decisión fácil de tomar cuando el tratado mismo supedita de manera expresa la aplicación de todas o algunas de sus previsiones a la adopción de normas internas.⁷⁶ Más allá de estos casos, que no son los habituales, el recurso hermenéutico utilizado por la doctrina y la jurisprudencia es el de la determinación del carácter normativamente perfecto o imperfecto de las disposiciones del tratado. De acuerdo con este criterio, las disposiciones de un tratado serán de aplicación directa cuando contengan mandatos claros, precisos e incondicionales, que no requieren de un complemento normativo para su puesta en práctica ni confieren los Estados la potestad de condicionarla o restringirla (tratados *self-executing*). Y no lo serán cuando, por el contrario, o bien subordinan su ejecución a un acto positivo de Derecho interno o bien, sin hacerlo, reconocen un amplio margen de apreciación a los Estados, permitiéndoles elegir entre distintas posibilidades o condicionar o

75 J. MARTÍN Y PEREZ DE NANCLARES, “La Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2015, Vol. 67/1, pág. 36.

76 J. Díez-Hochleitner, op. cit., pág. 541, aunque aclarando inmediatamente que esta excepción no supone, como se verá inmediatamente, que toda alusión a la adopción de normas de desarrollo contenida en un tratado deba determinar de manera automática la negación de su efecto directo.

limitar su aplicación (tratados *non-self-executing*).⁷⁷ Sin que el hecho de que el tratado contemple excepciones o reconozca cierto margen de apreciación al Estado tenga necesariamente que afectar a su carácter preciso e incondicional.⁷⁸

Es a la luz de estos principios, reafirmados y desarrollados por la Ley de Tratados, que deben ser examinados los dos argumentos que han servido para negar la aplicación directa del artículo 7 del Convenio 158: la naturaleza puramente programática de este y el carácter normativamente imperfecto del mandato incluido en el primero.⁷⁹

De acuerdo con la primera de tales objeciones, sería el propio convenio el que estaría proclamando su efecto indirecto al remitir en su artículo 1 a la legislación nacional, entre otras fuentes, para su puesta en práctica. La aplicación de todo el convenio y no solo de su artículo 7 quedaría de tal modo condicionada a la aprobación de las normas legales o reglamentarias pertinentes, por así haberlo dispuesto este mismo.

Frente a tan tajante aseveración, conviene tener presente que, como advierte la doctrina especializada, el hecho de que un tratado llame a la adopción de normas de desarrollo por los Estados para asegurar su aplicación, como ocurre en este caso, no obsta a su posible aplicabilidad directa.⁸⁰ Esto dependerá de la función que dentro de la estructura del tratado cumpla el reenvío a esas normas. Y en particular de si el mismo configura su adopción como una condición para su efectividad. La clave radica, así pues, en determinar cuál es la *ratio* que explica la presencia del artículo 1 dentro del Convenio 158.

Esta fue una cuestión que suscitó algunas dudas antes de la aprobación del convenio, encargándose entonces la Oficina Internacional del Trabajo de aclarar que “los términos del artículo 1 son similares a los que sobre métodos de aplicación aparecen en muchos otros convenios internacionales”. Lo que “con ellos se pretende”, añadirá, es “fijar con claridad lo que se espera de los Estados

77 Véase, con referencias a la jurisprudencia interna y a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la aplicación de las directivas comunitarias, J. Díez-Hochleitner, op. cit., págs. 540-543.

78 Ibidem., pág. 543.

79 Véase, ampliamente, *supra* 4.

80 J. Díez-Hochleitner, op. cit., págs. 541 y 547-549.

Miembros que ratifiquen el convenio, en virtud del párrafo 5, d) del artículo 19 de la Constitución de la OIT”, de acuerdo con el cual “todo Estado Miembro que ratifique un convenio está obligado a adoptar ‘las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio’. En consecuencia, concluirá, “las disposiciones contenidas en el convenio” examinado “no tienen carácter promotor”, sino que “son disposiciones específicas que establecen derechos y obligaciones concretos”, de manera que “todo Estado Miembro que ratifique un convenio donde figuren tales disposiciones estará obligado a velar por su aplicación”.⁸¹

El del artículo 1 constituye, de hecho, un contenido muy habitual dentro de los convenios de OIT, cuya razón de ser se encuentra en la especificación de las distintas vías a través de las cuales puede darse cumplimiento a sus mandatos en cada Estado.⁸² Sin que por este hecho dichos convenios puedan ser considerados en bloque como tratados meramente declarativos o programáticos, con la consiguiente degradación de su valor normativo y de la propia función de la OIT que esto supone. Por lo demás, la diferencia entre el tenor literal del artículo 1 del Convenio 158 y el de los preceptos contenidos en otros convenios de la propia OIT que sí supeditan su aplicación a la adopción de medidas legislativas es evidente.⁸³ No debiéndose olvidar, finalmente, que el Tribunal Supremo ha optado en fechas recientes por examinar la compatibilidad con el Convenio 158 de otras normas de Derecho interno, como el ahora derogado artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, sin tener en cuenta la inaplicabilidad directa

81 Véase, OIT, *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*, Conferencia Internacional del Trabajo, 68ª reunión, Informe V (2), cit., págs. 11-12. En función de estas consideraciones, J. M. GALIANA MORENO, “El convenio núm. 158 ...”, cit., pág. 104, concluye que “se trata de una norma de la que los internacionalistas llaman *self-executing* y que, por ello, es directamente aplicable por los Tribunales internos desde el momento en que se produce su incorporación al Ordenamiento nacional”.

82 Conforme destaca M. A. GARRIDO PALACIOS, “La aplicabilidad directa ...”, cit., pág. 46.

83 Tómese como ejemplo los términos empleados por el artículo 7 del Convenio 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, al que el Informe de la Oficina Internacional del Trabajo recién citado califica en su pág. 12 como “un instrumento promotor en el que figuran una serie de objetivos, y que se prevé para él una aplicación gradual”, por contraposición con el Convenio 158. De acuerdo con dicho artículo, que recurre a una estructura que se repite en otros preceptos del mismo convenio, “deberán tomarse todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales (...) para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”.

de su contenido global que se desprendería de su primigenia interpretación del referido artículo.⁸⁴

Establecido que el reenvío del artículo 1 del Convenio 158 no es un obstáculo para su exigibilidad, es posible pasar a analizar la objeción relacionada con su artículo 7. Esta se vincula, como se ha visto, con la presunta falta de concreción de su contenido y la presencia en este de una excepción de inciertos alcances. Unos elementos que impedirían su aplicación directa por los tribunales, al no aportar una respuesta clara a buena parte de las variables del régimen jurídico del derecho que se introduce.⁸⁵

Tampoco parece ser esta una objeción capaz de poner entre paréntesis la aplicación inmediata del convenio, exigible en línea de principio de acuerdo con el mandato del artículo 30.1 de la Ley de Tratados. Esencialmente porque no parece que del texto del artículo 7 pueda deducirse que su aplicación “queda condicionada” a la aprobación de las disposiciones legales o reglamentarias pertinentes por parte de España, como dicho artículo exige. Es cierto que, en este como en todos sus extremos, el Convenio 158 utiliza una terminología deliberadamente amplia, como corresponde a las normas internacionales del trabajo, cuyo propósito es dar lugar a regulaciones de vocación universal de las materias que tratan, susceptibles de ser aplicadas por todos los Estados miembros de la OIT.⁸⁶ Y es cierto también que, por esta razón, el derecho a la defensa previa está regulado con dosis amplias de flexibilidad y previendo la posibilidad de excepciones a su aplicación. Ni una ni otra circunstancia, sin embargo, constituyen obstáculos insalvables para la atribución de carácter *self-excuting* al mismo.⁸⁷

84 Véase, en particular, las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo (rec. 2142/2020) y de 2 de noviembre de 2022 (rec. 3208/2021), esta última indicando que “reiterados pronunciamientos” de este tribunal “han resuelto recursos de casación aplicando esta norma”.

85 Esta tesis ha sido recientemente acogida por J. M. GOERLICH PEZET, “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, 2021, Vol. 2, núm. 1, pág. 16, con cita de la indicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1988 en el sentido de que “las técnicas de flexibilidad empleadas” por el artículo 7 “permiten diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones”. En la misma dirección, G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., pág. 16, para quien se trata de “un precepto cuyo nivel de precisión parece insuficiente”.

86 Como destaca N. PUMAR BELTRÁN, “La incidencia del Convenio ...”, cit., págs. 141-142.

87 En el mismo sentido, nuevamente N. PUMAR BELTRÁN, op. cit., pág. 142.

En primer lugar, porque no parece dudoso que se trata de una norma de orden sustantivo, cuyo propósito es reconocer y regular derechos y obligaciones concretos en cabeza de particulares y no fijar meros objetivos de política social a alcanzar progresivamente por la acción estatal.⁸⁸ Pero, sobre todo, porque el mandato que recoge es uno que, dentro de su amplitud y flexibilidad, no deja de ser preciso e incondicional: “no deberá darse por terminada la relación de trabajo” antes de que se haya ofrecido al trabajador “la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él”. La literalidad del precepto es categórica y deja poco margen de duda sobre su contenido.⁸⁹ No debiéndose olvidar que la flexibilidad y el carácter abierto de los mandatos incluidos en un tratado no impiden su ejecución inmediata si su contenido es claro y puede ser aplicado directamente.

Esto es algo que no parece que pueda ponerse en discusión en este caso, toda vez que los márgenes de actuación que el precepto reconoce a los Estados se relacionan esencialmente con la determinación de las modalidades concretas que puede revestir el ejercicio del derecho de defensa, sin posibilidad de sustituirlo por otro ni de condicionar o limitar su aplicación o, menos aún, prescindir de ella. Y sin que, entre tanto se adopte esa regulación, sea imposible aplicar el precepto, como debería ocurrir de tratarse de una disposición *non-self-executing*, toda vez que la utilización por el convenio de una cláusula general permite admitir “toda modalidad útil a tal fin”.⁹⁰ No siendo, por lo demás, la excepción contemplada en su parte final una que precise de manera indispensable de la mediación del legislador, toda vez que está sometida a un canon de razonabilidad que remite a una ponderación de las circunstancias del caso y los intereses en juego susceptible de ser llevada a cabo por los operadores jurídicos y en particular por los jueces.

La conclusión que se acaba presentar podría parecer voluntarista, a la vista del alto grado de generalidad del artículo 7 y los numerosos cabos sueltos que deja. No debe perderse de vista, sin embargo, que la formulación de este artículo no dista mucho de la de los demás preceptos que dentro de nuestro ordenamiento laboral reconocen un derecho de similares características en favor de colectivos específicos de trabajadores, sin que estos hayan sido considerados

88 Como ha necesariamente de ocurrir tratándose de las normas *self-executing* contenidas en los tratados, conforme apunta J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “Artículo 30.1 Ejecución”, cit., pág. 532.

89 I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., apartado C.

90 C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 147.

por ello de imposible aplicación práctica. Este es el caso, muy singularmente, de la “cuando menos parca” regulación⁹¹ del “expediente contradictorio” al que se encuentra sometido el despido de los representantes legales de los trabajadores y los delegados sindicales, de acuerdo con los artículos 55.1 y 68.a) del Estatuto de los Trabajadores. En realidad, la principal diferencia entre ambas regulaciones, estando claro en ambas quienes son los titulares del derecho y quienes deben participar en la defensa, radica en la mayor precisión del segundo en lo relativo a la modalidad de ejercicio del derecho. Pero sin que ninguna de ellas defina de manera precisa el contenido de la garantía que acoge, ni los plazos dentro de los que debe llevarse a cabo su ejercicio.⁹²

No nos encontramos, en consecuencia, delante de un tratado o de un mandato *non-self-executing*, cuya aplicación pueda considerarse condicionada a la aprobación de normas internas de transposición, como requiere el artículo 30.1 de la Ley de Tratados para considerarlo excluido de la regla general de aplicación directa de estos instrumentos en el ordenamiento jurídico español. Por más que esta aplicación pueda plantear interrogantes y dificultades al intérprete, así como a quienes deban ponerlo en práctica. Unas dificultades que es deseable que se resuelvan a través de una acción legislativa que conforme de manera definitiva los contornos del derecho. Y cuya resolución queda, entre tanto, en manos de la negociación colectiva y la jurisprudencia.

Por lo demás, no parece seguro que la aplicación directa por los tribunales del artículo 7 del Convenio 158 pueda ser considerada una manifestación del “control de convencionalidad”, como se ha sostenido últimamente.⁹³ Como seña-

91 Como la califica G. TUDELA CAMBRONERO, *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 79.

92 Otro tanto ocurre, con un grado mayor de indeterminación incluso, en el caso de la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos, en la medida en que el artículo 25.2 del Real Decreto 1331/2006 se limita a hacer referencia a la necesidad de conceder “el trámite de audiencia al abogado”.

93 La tesis aparece recogida en las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Islas Baleares y de Madrid de 13 de febrero y 28 de abril de 2023, citadas en *supra* 5, como fundamento de la eficacia directa del artículo 7 del Convenio 158, reclamando la aplicación del artículo 31 de la Ley de Tratados, de acuerdo con el cual “las normas jurídicas contenidas” en estos instrumentos prevalecerán “sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. A nivel doctrinal, véase G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., pág. 12; y M. A. GARRIDO PALACIOS, “La aplicabilidad directa ...”, cit., págs. 38 y sigs., aunque postulando la necesidad de evitar “una confrontación permanente entre fuentes” y promover “la búsqueda de la lectura de la norma interna al calor de la impronta que marca la internacional”.

la el Tribunal Constitucional en su Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, el control de convencionalidad es una herramienta de “determinación de la norma aplicable”, con arreglo a la cual, “en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 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”.⁹⁴ Si bien es cierto que muchas veces cuando se trata de hacer valer la eficacia directa de un tratado es para desplazar la aplicación de una norma interna que entra en colisión con él, dando lugar a ese “efecto de sustitución” propio de esa fórmula de control,⁹⁵ no siempre es así. Y no parece que lo sea, en particular, en el caso del que venimos hablando, donde no existe conflicto alguno entre el texto de un artículo como el 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, que regula las garantías mínimas a las que está sometido el despido disciplinario, y la disposición de un tratado como la aquí considerada, que lo que hace es introducir una garantía adicional a aquellas, que para nada las contradice, sino que las complementa. Todo indica, por ello, que nos encontramos, antes que frente a una colisión, delante de la aplicación conjunta de dos normas que, desde espacios reguladores distintos, confluyen en un mismo objetivo y se complementan entre sí.

IX. ELEMENTOS CLAVE PARA LA RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL Y EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA DEFENSA PREVIA DEL TRABAJADOR FRENTE AL DESPIDO

Es evidente que la plena confirmación de la tesis relativa a la aplicabilidad directa del artículo 7 del Convenio 158 solo puede venir de la mano de un pronunciamiento en unificación de doctrina del Tribunal Supremo que, casando las sentencias de suplicación que han emitido en la última etapa pronunciamientos contradictorios, modifique el criterio contrario expresado en sus pronunciamientos de finales de los años ochenta. No obstante, se produzca o no este pronunciamiento, lo que resulta claro es que en cualquier reforma del

94 Sobre esta sentencia y sus repercusiones laborales, véase L. GIMENA QUESADA, “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, núm. 53, págs. 434-445.

95 Conforme apunta J. DÍEZ-HOCHLEITNER, “Artículo 30.1 Ejecución”, cit., pág. 532

marco regulador del despido disciplinario deberá estar incluida la incorporación del derecho a la defensa previa del trabajador a nuestro ordenamiento jurídico.

Esta doble posibilidad, de esperable o al menos deseable confirmación de su aplicación directa y de obligado reconocimiento normativo, hace necesaria la realización de una reflexión sobre el contenido del mandato del referido artículo, que sirva para delimitar con dosis razonables de predictibilidad los alcances del derecho por él reconocido y las opciones disponibles, tanto para su implementación por las empresas como para su regulación por el legislador, dada la manifiesta amplitud con la que el mismo aparece formulado dentro del Convenio 158. El objetivo de este apartado final es, por ello, llamar la atención sobre aquellos que pueden ser considerados los elementos clave para esa necesaria reconstrucción del mandato del artículo 7 del Convenio 158, no tanto con el fin de destacar cómo debería ser su regulación ideal, cuestión que pertenece a la discrecionalidad política del legislador, sino más bien para destacar cuál es el “umbral mínimo exigible” para considerar que se ha cumplido debidamente con él en uno y otro caso.⁹⁶

270

Esta es una reconstrucción que no puede prescindir de un dato de la mayor relevancia: la estrecha conexión del derecho con valores fundamentales del ordenamiento jurídico. El reconocimiento del derecho del trabajador a defenderse anticipadamente de los cargos que podrían dar lugar a su despido constituye, desde esta perspectiva, una decisión de la mayor relevancia jurídico-política, en la medida en que conlleva la inserción, en el espacio de ejercicio del poder privado del empresario, de “un derecho fundamental” no solo “para los trabajadores sino para cualquier ciudadano”, como es “el derecho a ser escuchado antes de ser sancionado”.⁹⁷ O, dicho más brevemente, a la defensa. Esta es una conexión que fue destacada desde un inicio por la doctrina italiana que analizó el artículo 7 del *Statuto dei Lavoratori*⁹⁸ y que es reconocida por los órganos de control de la OIT como el fundamento de la inclusión del artículo 7 en el Convenio 158.⁹⁹

96 I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., apartado C, destacando cómo, mientras el desarrollo legislativo no se produzca, “se abre un importante ámbito de concreción hermenéutica” sobre el “contenido material” del precepto.

97 En palabras de J. I. GARCÍA NINET, “El convenio 158 de la OIT ...”, cit., pág. 56, nota 70.

98 Véase *supra* 2 y los autores allí citados.

99 Véase *supra* 3 y en particular el párrafo 145 del Estudio General de la Comisión de Expertos de 1995 sobre “La protección contra el despido injustificado”.

La razón de su reconocimiento es, desde esta perspectiva, la misma que la que justifica la presencia del derecho a defenderse en el marco de cualquier procedimiento o decisión de los que puedan derivarse consecuencias de orden sancionatorio para las personas. No obstante, adquiere mayor relevancia, si cabe, tratándose del despido, en la medida en que se trata de una decisión que, además de tener profundas repercusiones sobre la persona misma del trabajador, es decir sobre su esfera moral y profesional y no solo sobre su patrimonio,¹⁰⁰ se expresa en un marco de profundo desequilibrio y notoria preeminencia de una parte sobre la otra, como es el relativo al poder de rescisión unilateral reconocido al empresario,¹⁰¹ siendo sus efectos por lo general irreversibles.¹⁰²

¿Significa lo anterior que el reconocimiento del derecho a la defensa previa frente al despido constituye un imperativo constitucional, asociado a la garantía del derecho “a la defensa”, consagrado por el artículo 24.2 de la Constitución?

Razones no faltan para entenderlo así desde el punto de vista material. No obstante, el contraste entre el carácter público de los procedimientos a los que hace referencia dicho precepto y la naturaleza privada del espacio en el que se ejerce el poder de despedir, han conducido de momento a negar esta posibilidad.¹⁰³ Por más que luego los procedimientos públicos de impugnación del despido no supongan otra cosa que “una confirmación, pero ahora por un poder del Estado de un resultado sancionatorio”¹⁰⁴ y que su desarrollo quede configurado por la previa decisión empresarial, que es la que marca las lindes de la cuestión y la configura.¹⁰⁵ Aun así, lo que no parece que pueda ponerse en duda es la

100 Véase, L. NOGLER, “La disciplina dei licenziamenti ...”, cit., pág. 603, con cita de pronunciamientos de la Corte Constitucional italiana en tal sentido.

101 M. F. FERNANDEZ LOPEZ, *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 334.

102 Como es sabido, los efectos del despido disciplinario solo son reversibles si es declarado nulo, ya que el restablecimiento de la relación depende de la voluntad del empresario cuando es declarado improcedente.

103 Así, especialmente M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., págs. 334-335, con base en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 81/1988, de 28 de abril, en relación con la presunción de inocencia reconocida por el mismo precepto.

104 M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido”, *Relaciones Laborales*, 1990, núm. 8, págs. 6.

105 Critican el formalismo de la tesis contraria, aplicada a la presunción de inocencia, A. BAYLOS GRAU y J. PÉREZ REY, *El despido ...*, cit., págs. 94-95; y A. PEDRAJAS MORENO, *Despido y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 1992, págs. 244-247 y 270-272.

directa vinculación de este derecho con los valores de justicia, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad que se sitúan en la base de la consagración del referido derecho fundamental.¹⁰⁶ En consecuencia, incluso de considerarse, en función del argumento exquisitamente formal asociado a la naturaleza privada del poder ejercido por el empresario a la hora de despedir, que la garantía de un espacio para la defensa del trabajador antes de que este surta efectos no viene impuesta por el artículo 24.2 de la Constitución, no es posible negar que su inclusión dentro de la regulación del despido se encuentra directamente alineada con principios y valores que tienen pleno respaldo constitucional.¹⁰⁷

Este es, de hecho, el sentido último de la introducción del derecho del que se viene tratando en los países donde está reconocido: dar lugar a una “procedimentalización” del poder disciplinario o de la facultad de despedir,¹⁰⁸ que sirva de contrapeso a la posición de supremacía que el ordenamiento laboral reconoce al empresario al permitirle su ejercicio unilateral e inmediatamente ejecutivo, imponiéndole el respeto de la más elemental garantía necesaria para la toma en consideración de los intereses de la parte sometida a esa situación de supremacía: la de ser oída en su defensa.¹⁰⁹

272

La anterior es una consideración que se proyecta sobre la entera comprensión de los alcances del derecho, que habrán de ser interpretados de forma que hagan posible un ejercicio efectivo y real de esa posibilidad de defensa por parte del trabajador.

A estos efectos, lo primero que resulta necesario esclarecer es la cuestión del ámbito objetivo de aplicación del derecho. En este punto, los términos del Convenio 158 dejan escaso margen para la duda. Tanto la configuración del derecho del trabajador como uno a “defenderse” como su vinculación a las hipótesis de terminación de la relación de trabajo “por motivos relacionados con su conducta o rendimiento”, permiten vincular su ejercicio a la imputación de uno o varios de los incumplimientos contractuales, graves y culpables recogidos por el artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores como causas de despido

106 M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., págs. 335-339.

107 Ibidem, pág. 339.

108 Véase, G. PERA, “Art. 7 ...”, cit., pág. 74; y J. LEAL AMADO et. alt., *Direito do Trabalho ...*, cit., pág. 1257, respecto de los ordenamientos italiano y portugués.

109 Calificando de “contrapartida” de estas garantías, M. F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, op. cit., pág. 330.

disciplinario.¹¹⁰ No se trata, en consecuencia, de un derecho a poner en cuestión cualquier motivación utilizada por el empresario para extinguir el contrato de trabajo, sino solo aquellas que tengan su origen en un comportamiento o una omisión del trabajador susceptible de ser objeto de un reproche disciplinario.¹¹¹

Dicho esto, es posible penetrar en el examen del contenido del derecho y las exigencias derivadas de él. Sobre el particular se ha dicho que el Convenio “se limita a establecer una genérica posibilidad de defensa del trabajador frente a los cargos que se le formulen”, resultando por ello “descartable cualquier idea de expediente disciplinario previo al despido”.¹¹² Esta es una observación útil en tanto que permite marcar las diferencias con el derecho, dotado de un mayor grado de formalización, reconocido a los representantes de los trabajadores por el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores. La exigencia de que esa genérica posibilidad de “defenderse” sea real, como remarcan los órganos de control de la OIT,¹¹³ así como el hecho de que esta venga referida a “los cargos formulados” en contra del trabajador, conllevan, no obstante, la necesidad de que el ejercicio de este derecho venga rodeado de una serie de garantías mínimas de orden formal que lo aproximan al concedido a esos representantes, aunque sin confundirse con este.

Antes que nada, y como resulta evidente, el reconocimiento en favor del trabajador de la “posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él” presupone la comunicación previa de estos últimos al mismo por parte del empresario. El convenio es terminante, además, al hablar aquí de “cargos” y de la necesidad de que estos sean “formulados” por el empresario. Unos elementos que permiten entender que deberá existir una transmisión al trabajador de los elementos fácticos determinantes de la infracción de la que es acusado, que le permita tener conocimiento cierto de ella a los efectos de llevar a cabo de manera

110 En el mismo sentido, I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., ap. C.

111 En el contexto del artículo 7, la referencia al “rendimiento” del trabajador debe ser vinculada a la causa recogida por el artículo 54.2.e), asociada al carácter continuado y voluntario de su disminución, y no a supuestos previstos por otros preceptos que carecen de este último elemento, como pueden ser los previstos por los apartados a) y b) del artículo 52.

112 I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J. MERCADER UGUINA, “La protección de los trabajadores frente al despido en la historia de la OIT”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 2020, núm. 147, pág. 337.

113 Según se expresó en el párrafo 147 del estudio general sobre este convenio elaborado en 1995 por la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ya citado en *supra* 3.

adecuada su defensa. De allí que, aunque no es posible disentir del criterio de quienes entienden que la forma escrita no es necesaria al no venir exigida por el convenio,¹¹⁴ deba indicarse que la manera más apropiada de dar cumplimiento al mandato del convenio es formulando de forma clara y precisa los cargos de los que se acusa al trabajador, mediante su comunicación por escrito a este. Dicha comunicación deberá, en cualquier caso, identificar de manera inequívoca los hechos constitutivos de la falta de la que se acusa al trabajador, sin que baste una referencia genérica a la comisión de una falta capaz de dar lugar al despido disciplinario, ya que el mismo debe ser puesto en la capacidad de defenderse de imputaciones específicas.¹¹⁵ Asimismo, no es dudoso que en la comunicación al trabajador deberá incluirse la propuesta aplicación de la máxima sanción consistente en el despido por los hechos imputados, de forma que este pueda valorar también su licitud y proporcionalidad.¹¹⁶

Es importante advertir también que el contenido de la comunicación al trabajador sirve para fijar la causa disciplinaria susceptible de servir de fundamento para el despido. Este no podrá llevarse a cabo, en consecuencia, so pena de incumplir el mandato recogido por el convenio, alegando motivos distintos de los que comunicados al trabajador o en base a hechos o circunstancias ulteriores, sobre los cuales este no haya tenido la oportunidad de defenderse.¹¹⁷ Por más que esto no impida nuevas notificaciones en caso de que emerjan nuevos elementos o se conozcan otras circunstancias disciplinarias relevantes.¹¹⁸ Finalmente, no puede dejar de observarse que, aunque esta notificación no está sometida a un plazo por el convenio, por lo que es posible siempre que las faltas no hayan prescrito, un cumplimiento de buena fe de esta obligación exige que se lleve a cabo dentro de un tiempo razonablemente próximo a la comisión y

114 Véase, C. MOLINA NAVARRETE, “Actualidades y críticas ...”, cit., pág. 147; L. MELLA MÉNDEZ, “El Convenio 158 OIT ...”, cit., pág. 93; N. PUMAR BELTRÁN, “La incidencia del Convenio ...”, cit., pág. 159; y G. GARCÍA GONZÁLEZ, “La audiencia al trabajador ...”, cit., pág. 10.

115 Como indican, en relación con la disposición equivalente contenida en el Derecho italiano, A. FRENI y G. GIUGNI, *Lo Statuto del Lavoratori* ..., cit., págs. 26-27; y G. PERA, “Art. 7 ...”, cit., pág. 81.

116 L. MELLA MÉNDEZ, loc. ult. cit.

117 Nuevamente, A. FRENI y G. GIUGNI, op. cit., pág. 27.

118 A. PITZALIS, *Il potere disciplinare del datore di lavoro. Infrazioni, sanzioni e difesa del lavoratore*, AP Ed., Torino, 2024, pág. 57, haciendo alusión a la “inmodificabilidad” de la notificación al trabajador.

el conocimiento de los hechos, de manera que se haga posible un adecuado ejercicio del derecho de defensa.¹¹⁹

Por lo que se refiere al ejercicio de la “posibilidad de defenderse” reconocida al trabajador, lo primero que debe decirse es que, pese a que el convenio tampoco fija un término para su materialización, resulta claro que no podrá ser exigida por el empresario de manera inmediata, no bien recibida la comunicación de los cargos, o en un lapso excesivamente breve. Antes bien, la necesidad de que se ofrezca al trabajador una oportunidad real de defensa determina que deba existir un plazo prudencial entre ambos, que permita al mismo preparar su alegado defensivo y, en su caso, recopilar las pruebas de descargo que considere necesarias.¹²⁰ De igual modo, la falta de una determinación precisa a la forma que deberá adoptar la defensa del trabajador, permite que sea capaz de admitir cualquier fórmula capaz de satisfacer la finalidad perseguida por el precepto. Ello abre la puerta a diferentes opciones, que podrán ser requeridas por el empresario o solicitadas por el trabajador, como pueden ser: la realización de una entrevista personal, la celebración de una audiencia con el interesado, la presentación por este de alegaciones por escrito e incluso la apertura de un expediente contradictorio de tramitación similar a los exigidos para el despido de los representantes.¹²¹ Lo importante será que se ofrezca al trabajador una verdadera oportunidad para alegar lo que convenga a su defensa respecto de las imputaciones formuladas.¹²² Esto incluye tanto la contestación del hecho mismo o la alegación de circunstancias aptas para eliminar su consideración como infracción o reducir su gravedad.¹²³ Debiendo permitírsele la presentación de medios de prueba que sirvan para clarificar los hechos o que corroboren sus

119 La doctrina italiana postula la necesidad de que la notificación sea “tempestiva”, por considerar que una demasiado posterior no respondería a su función y generaría dudas su motivación real. Por todos, R. BORTONE, “Art. 7 ...”, cit., págs. 66-67.

120 Pone el acento en este requisito L. MELLA MÉNDEZ, op. cit., pág. 93.

121 Se refieren a las tres primeras posibilidades C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 147; y M. A. GARRIDO PALACIOS, “La aplicabilidad directa ...”, cit., pág. 46. No obstante, no parece que no pueda ser aplicado con la misma finalidad el trámite de apertura de un expediente contradictorio, como admite L. MELLA MÉNDEZ, op. cit., pág. 92.

122 No obstante, es importante advertir que, aun no exigiendo el convenio forma escrita, cuanto menos formalizado sea el ejercicio del derecho de defensa del trabajador, mayores serán las dificultades de acreditación de su cumplimiento por el empresario.

123 De acuerdo con la descripción de posibilidades que hace R. BORTONE, op. cit., pág. 67.

afirmaciones, así como pedir al empresario la realización de indagaciones con esos mismos fines.¹²⁴

Ahora bien, el convenio no solo no exige, sino que ni siquiera parece admitir, que el trabajador sea asistido por otra persona, se trate de un miembro de la representación de los trabajadores, de un representante del sindicato al que el trabajador esté afiliado de otro trabajador de la empresa o de un asistente letrado, como seguramente convendría para un mejor ejercicio de su derecho de defensa. Esta es una posibilidad prevista recién en el apartado 9 de la Recomendación 166, como una opción a disposición del legislador nacional. La asistencia al trabajador no constituye, de este modo, un elemento que forme parte del contenido mínimo del derecho, por más que aparezca como un complemento deseable según el segundo de los instrumentos aludidos. Aun así, un cumplimiento de buena fe del derecho muy probablemente haga necesaria su admisión cuando sea solicitada por el afectado y se vincule con la intervención de un representante.

Naturalmente, el trabajador puede decidir no hacer uso de esta posibilidad de defensa, ya que esta constituye un derecho y no una obligación, sin que su aquiescencia le impida luego impugnar el despido.¹²⁵ Asimismo, una vez ejercitado por el mismo su derecho de defensa, el empresario podrá confirmar su decisión de extinguir la relación, remitiendo a este la carta de despido, cuyo contenido deberá ajustarse a las imputaciones puestas en su conocimiento,¹²⁶ o desistir de la misma, optando por imponerle una sanción menor o por no recurrir a ninguna. Un supuesto, este último, en el que la aplicación de la institución habrá cumplido de manera plena su función, al haber conseguido evitar la precipitada materialización de un despido desprovisto de motivos suficientes.

De más compleja delimitación resulta, por último, el contenido de la excepción introducida en su parte final por el artículo 7, al admitir que el derecho a la defensa previa del trabajador pueda no ser aplicado cuando “no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”.

124 Sobre esta posibilidad, G. PERA, op. cit., pág. 86.

125 A. PITZALIS, op. cit., pág. 61.

126 Asimismo, en opinión de I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, “El despido disciplinario ...”, cit., ap. C, “parece razonable entender que en la misma carta debería indicarse que se ha cumplimentado este requisito y también debería recogerse el contenido de lo alegado por el trabajador despedido”.

El convenio introduce de este modo una cláusula abierta, a través de la cual se somete la puesta entre paréntesis de esta garantía un “test de razonabilidad”, que ha de ser aplicado desde la perspectiva de la posición del empresario. Como es evidente, este es un test que no remite a una tipología precisa de supuestos, sino a la realización de una valoración casuística de estos, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada uno. Por ello, es difícil de compartir el punto de vista de quienes consideran que por esta vía es posible excluir, con carácter general, todos los supuestos de imputaciones disciplinarias muy graves,¹²⁷ al margen de sus circunstancias particulares y de lo razonable e incluso necesario que pueda resultar, precisamente en estas situaciones, oír lo que el trabajador pueda argumentar en su defensa.

¿Cuándo es posible entender que no es razonable pedir al empresario que conceda al trabajador la posibilidad de ser oído en su defensa?

La respuesta está en condiciones de remitir a un doble orden de supuestos. El primero y más relevante es aquel en que la concesión del derecho de defensa resulte innecesaria o inútil. Piénsese en los casos en que el empresario ha tomado conocimiento de los hechos por confesión del propio afectado, que reconoce su autoría y culpabilidad sin aportar una justificación razonable de su conducta.¹²⁸ O en aquellos en que los hechos son públicos y notorios¹²⁹ o el trabajador es sorprendido *in fraganti* durante la comisión de la falta, no admitiendo su conducta de modo patente ninguna justificación.¹³⁰ El segundo bloque de supuestos de posible exceptuación, de más difícil configuración, es aquel en el que la concesión del derecho de defensa estaría en condiciones de ocasionar un perjuicio desproporcionado al empleador.¹³¹ Así podría ocurrir, por ejemplo, tratándose

127 Así, C. MOLINA NAVARRETE, op. cit., pág. 147; G. GARCÍA GONZÁLEZ, op. cit., pág. 9; y J. I. GARCÍA NINET, “El convenio 158 de la OIT (1982) sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y su cumplimiento por España”, cit., pág. 57, con especial referencia a los despidos por transgresión de la buena fe contractual.

128 L. MELLA MÉNDEZ, op. cit., pág. 94.

129 Del tipo de la realización pública de ofensas verbales o físicas en contra el empresario o los compañeros de trabajo, a la que se refiere la autora recién citada.

130 Ídem. En la misma dirección, R. ÁLVAREZ GIMENO, “Terminación de la relación de trabajo”, cit., pág. 547. Sobre la flagrancia como presupuesto para la aplicación de esta excepción, véase C. BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho Laboral Peruano*, Jurista Editores, Lima, 3ª ed., 2013, págs. 288-290. Debe reiterarse, con todo, que este requisito debe venir acompañado de la notoria imposibilidad de justificación de la conducta.

131 Así, G. GARCÍA GONZÁLEZ, op. cit., pág. 9, con cita del criterio postulado *obiter dicta* por la

de conductas dolosas o fraudulentas cometidas por trabajadores con especiales responsabilidades, que requieren ser separados rápidamente de sus cargos con el fin de evitar la continuidad de la actuación infractora, según se ha propuesto.¹³² O cuando el mantenimiento de la relación de trabajo pueda suponer peligro para las personas o las cosas por la naturaleza de la infracción cometida y la posibilidad de su reiteración. Pero únicamente de no existir ningún otro medio capaz de cumplir esa finalidad preventiva sin privar del ejercicio del derecho al afectado, como puede ser el recurso a una suspensión cautelar del contrato de trabajo, en aplicación de lo previsto por el convenio colectivo.¹³³ La que se comenta es, en cualquier caso, una excepción que ha de ser interpretada de restrictivamente, dada la singular trascendencia del derecho de defensa.¹³⁴

Examinados los componentes fundamentales del derecho a la defensa previa frente al despido, solo queda determinar cuál es la calificación jurídica que ha de asignarse a su no cumplimiento o su cumplimiento defectuoso. Esta calificación no puede ser otra que la consideración de los despidos así realizados como improcedentes, con la consiguiente atribución a estos de las consecuencias previstas por el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores.¹³⁵ Aunque esta no sea una conclusión satisfactoria, en la medida en que no consigue garantizar el efectivo respeto del derecho, que exigiría la retroacción de la situación al momento anterior al despido deficientemente realizado con el fin de que el trabajador pueda ejercerlo, responde al tratamiento que, con carácter general, reciben los despidos con defectos de forma dentro del artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores. Incluyendo dentro de ellos los realizados omitiendo la preceptiva tramitación de un expediente contradictorio. Sin que el hecho de que, por razones evidentes, el derecho no se encuentre previsto por el apartado 1 del mismo artículo pueda ser considerado un obstáculo para ello, ya que luego de la entrada en vigor del Convenio 158, este ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, introduciendo un requisito adicional a los exigidos por el mismo que, conforme

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2023.

132 Ídem.

133 Ibídem, pág. 10.

134 M. A. GARRIDO PALACIOS, op. cit., pág. 46.

135 En este mismo sentido, I. BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, loc. cit.; y M. A. GARRIDO PALACIOS, op. cit., págs. 52-53.

se ha dejado anotado, complementa los previstos por dicho apartado, sin entrar en colisión o conflicto con ellos.¹³⁶

X. EPÍLOGO: EL RECONOCIMIENTO DE LA APLICABILIDAD DIRECTA DEL ARTÍCULO 7 DEL CONVENIO 158 POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2024

El reconocimiento claro e incontestable del derecho a la defensa previa frente al despido se producirá finalmente en España casi cuatro décadas después de su incorporación formal al ordenamiento jurídico de este país, a través de la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo 1250/2024, de 18 de noviembre, por medio de la cual este optó por declarar el carácter directamente aplicable del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, en un ejercicio de manual del control de convencionalidad previsto por el artículo 30.1 de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Ríos de tinta han corrido luego de la expedición de esta sentencia, en especial con el objeto de examinar los delicados problemas procesales y de aplicación temporal que conlleva. No obstante, la argumentación empleada por la máxima instancia judicial española para llegar a la antes referida conclusión es en realidad bastante sencilla, al extremo de que puede haber quien la considere decepcionante. Porque lo que hace la sentencia en cuestión es únicamente afirmar que, a la vista del contenido del precepto, “procede su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable en forma automática”, “ya que están suficientemente y debidamente concretados sus términos”, siendo “el requisito de establece (...) muy concreto y de alcance general”, por lo “no precisa de mayor desarrollo normativo para su cumplimiento, ya que basta simplemente con permitir al trabajador que se defienda de los cargos sobre su conducta o trabajo”. Estando, además, la excepción que contempla sujeta a un “criterio de razonabilidad” cuya aplicación “vendrá determinada por las concretas

136 Frente a esta posibilidad, la solución postulada por la recién referida Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de abril de 2023, de negar la calificación de improcedencia debido a la no inclusión del derecho en el texto del artículo 55.1 e imponer al empresario el abono de una indemnización cuando el despido sea declarado improcedente por motivos que podrían haberse evitado de haberse concedido audiencia previa al trabajador, peca seguramente de excesivamente formal y artificiosa.

circunstancias que rodeen cada caso y que permita justificar que el empleador no podría o tenía que concretar esa posibilidad”.

La pregunta que inmediatamente suscitan tan rotundas afirmaciones no es otra que la siguiente: ¿por qué, si el contenido del artículo 7 del Convenio 158 era tan claramente *self-executing*, han tenido que transcurrir treinta y ocho años para que se declare su aplicación directa?

Consciente de ello, el supremo tribunal trata de aportar una respuesta a esta paradoja. Y la encuentra en lo que se ha venido en llamar en algún comentario posterior “el signo de los tiempos”: su decisión se apoya en la Ley de Tratados, que es de 2014, habiendo “recibido carta de naturaleza” el control de convencionalidad “solo desde hace media docena de años”. El argumento no resulta del todo convincente, porque la aplicación directa de los tratados era posible en España desde 1974 con base en el artículo 1.5 del Código Civil, como se ha indicado desde un inicio en el presente estudio, por lo que la aportación del artículo 30.1 de la Ley de Tratados ha sido únicamente precisar que esa aplicación puede quedar exceptuada si del texto del tratado se desprende que “queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

Esta es, además, una explicación que palidece ante un hecho incontestable del que se ha dado cuenta en las páginas precedentes: la deliberada resistencia, a lo largo de todo el período, tanto de las autoridades gubernamentales como de los tribunales e incluso de la doctrina, no ya a aplicar el artículo 7 a falta de una norma interna que recoja su contenido, sino a demandar la aprobación de esta. Una resistencia que se valió de argumentos que buscaban demostrar algo tan poco plausible como que el derecho estaba reconocido ya por la legislación española por medio de la carta de despido o los actos posteriores de conciliación administrativa y judicial.

Nadie se ocupó, en cambio, según ha habido igualmente ocasión de destacar, de examinar las razones por las que el derecho estaba presente en el Convenio 158. Antes bien, la idea predominante, a la luz de los juicios críticos que suscitó la posibilidad de exigir su aplicación, parecía ser la de considerar que este derecho constituía un mecanismo disfuncional, que complicaba innecesariamente la regulación del despido.

¿Cabe alguna duda de que detrás de esta coincidencia en la oposición a la incorporación al ordenamiento español del derecho se encontraba la orientación de política legislativa que se impuso en los años ochenta y noventa, de acuerdo con la cual crear garantías frente al despido constituía una forma de desincentivar el empleo?

Para quien esto escribe ninguna. De hecho, no sería sino hasta esta década cuando empezarían a alzarse voces demandando el cumplimiento del artículo 7 del Convenio 158, de la mano de la recuperación de la preocupación por la protección del trabajador frente a un acto que, como el despido, limita de manera severa sus derechos como persona y como ciudadano. La decisión del Tribunal Supremo se explica en este contexto, que es expresión de una nueva manera de afrontar los problemas sociales dentro de la cual asume un relevante papel la protección de las personas. El signo de los tiempos, pues, pero desde una perspectiva distinta.

Todo esto debe conducir a valorar en toda su trascendencia el fallo que se comenta, como portador del reconocimiento de una garantía que, como se ha dicho, busca asegurar en el terreno de las relaciones laborales el más elemental de todos los derechos que debe ser reconocido a cualquiera que padezca una sanción, como es el de defenderse de los cargos que se formulan en su contra antes de que la misma sea adoptada y pueda surtir efectos.

El corolario es la colocación del derecho de defensa previa como un componente fundamental del régimen del despido disciplinario, que debe conducir a una transformación de la manera como este se lleva a cabo en España, que lo aleje de su entendimiento como un mero coste y lo aproxime a su verdadera dimensión de acto que afecta un derecho de importancia fundamental para las personas que trabajan, al que debe recurrirse solo de manera excepcional, cuando existan motivos reales y serios que lo fundamenten. El despido se convierte, así, en la última de las respuestas frente a cualquier incumplimiento presuntamente grave y culpable, como corresponde a su naturaleza de medida sancionatoria extrema. A la vez que se garantiza que quienes prestan sus servicios en régimen de subordinación reciban el trato que a su condición de personas, así como a la dignidad que le es inmanente, corresponden.

Salamanca, 1 de agosto de 2025