

La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador

«El hecho de que una persona deba ser escuchada constituye un principio de justicia material»

Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT

Informe General sobre la Protección contra el Despido Injustificado, 1995, párrafo 150, con referencia a la posición de Zambia.

Como ha habido ocasión de destacar en más de una ocasión en estas páginas, la aprobación de la reforma laboral de 2021 supuso un claro punto de ruptura respecto de la orientación de sus precedentes. Por primera vez, puede decirse que desde la aprobación en 1980 del Estatuto de los Trabajadores, se trató de una reforma que no se propuso hacer frente a las deficiencias de nuestro mercado de trabajo, y muy singularmente a sus elevadas tasas de desocupación y precariedad, incrementando los poderes empresariales de gestión unilateral de las relaciones de trabajo y reduciendo los niveles de protección de los trabajadores, sino a través de lo que el propio legislador denominaría entonces «una recuperación de los derechos laborales y su garantía», acompañada de un «impulso a las medidas de flexibilidad interna como alternativa a las extinciones», que hasta entonces venían siendo facilitadas antes que contenidas. El contraste con la reforma laboral de 2012 y las que la precedieron no pudo ser, desde este punto de vista, más intenso, ya que los referidos derechos y las limitaciones que estos estaban en condiciones de introducir en las facultades patronales pasaron, de ser considerados elementos que condicionaban negativamente el funcionamiento eficiente de nuestro sistema productivo, a convertirse en instrumentos útiles, no solo para la tutela de la posición de quienes trabajan, sino para el mejor desenvolvimiento del mismo.

El anterior fue, no obstante, un giro copernicano que no operó en relación con todos los cambios introducidos por la reforma de 2012. Antes bien, la operación reformadora centró su atención exclusivamente en los contenidos recogidos en el Componente 23 del *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2021. Y muy en particular, a la vista de la intensidad de las modificaciones introducidas, en el objetivo de «simplificación de los contratos» a través de la «generalización del contrato indefinido» y la promoción de la «causalidad de la contratación temporal». Extramuros de la operación quedaron, así pues, algunos de los puntos clave afectados por su precedente, a pesar de su evidente relación con los que sí habían sido modificados. Entre ellos, las variaciones introducidas en la regulación de los despidos individuales desprovistos de causa o con defecto de forma, a los que nuestra legislación atribuye la calificación común de improcedentes, cuyas consecuencias, tanto económicas como jurídicas, fueron objeto de un importante aligeramiento.

A la vista de este panorama, hubo quien llegó a sostener que la reforma de 2021 no solo había servido para modificar algunos de los aspectos de la regulación anterior, sino también para consolidar como elementos estructurales de nuestro sistema normativo de relaciones laborales aquellos cambios introducidos nueve años antes que, como ocurre emblemáticamente con el tratamiento menos protector de los despidos antes referidos, permanecieron inalterados. No parece que sea así, sin embargo. O al menos no en relación con este elemento

crucial. Por el contrario, si existe un aspecto del régimen jurídico de la relación individual de trabajo que se encuentra ahora en entredicho —y respecto del cual se demandan cambios— es el relativo al despido.

Esta situación, difícilmente concebible no mucho tiempo atrás, es el resultado de la confluencia de diversos factores. Entre estos ha desempeñado un papel no menor el lanzamiento por las autoridades gubernamentales, luego de la reforma, de propuestas dirigidas a abrir un debate sobre la necesidad de modificar el actual sistema de determinación de la cuantía de las indemnizaciones por despido improcedente, con el fin de adaptarlo a los perjuicios realmente sufridos por los trabajadores. Estas han sido propuestas que han encontrado un terreno fértil para su legitimación luego de la ratificación por España de la Carta Social Europea (revisada) y su Protocolo Adicional, por el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, producidas el 29 de abril de 2021 y el 26 de julio de 2022, respectivamente. Una decisión que ha precipitado, a su vez, la presentación de reclamaciones ante dicho Comité por parte de las dos grandes confederaciones sindicales españolas, coincidentemente orientadas a poner en cuestión dicha regulación. Y que se ha visto acompañada de la emergencia de una preocupación bastante mayor de algunos de nuestros tribunales laborales por vigilar la adecuación de la misma a las exigencias de las normas internacionales sobre la materia, contenidas tanto en la referida Carta como en el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, tempranamente ratificado por España el 26 de abril de 1985, recurriendo, de ser necesario, al control de convencionalidad previsto por el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, con el fin de garantizar la prevalencia de esas normas sobre la regulación interna no conforme a sus mandatos.

Se llegará así, luego de algunos precedentes que apuntaban en esa dirección, a la reciente STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2023, a través de la cual se pone en cuestión nada menos que la línea de flotación del presente sistema de reparación de los perjuicios ocasionados por los despidos improcedentes, al reconocer a una trabajadora de escasa antigüedad que había sufrido un despido desprovisto por completo de causa el derecho a percibir una indemnización superior a los 33 días de salario por año de servicios previstos por el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, la cual debía serle abonada por aplicación directa de los artículos 24 de la Carta Social Europea y 10 del Convenio 158, coincidentes en exigir una «reparación adecuada» cuando la extinción carezca de justificación.

Queda por ver si la tesis sostenida por esta sentencia en torno al carácter inadecuado, por exiguo y no disuasorio, de la indemnización por despido en casos como el apuntado, llega a ser ratificada por un pronunciamiento en unificación de doctrina del Tribunal Supremo. Entre tanto, lo que parece quedar claro a la luz de todo ello es que se ha producido entre nosotros un importante cambio cultural, que conduce a nuestras autoridades, sujetos sindicales y operadores judiciales a cuestionar, y no solo con objeciones de política del Derecho sino con argumentos de valor jurídico, uno de los dogmas más firmemente asentados hasta el momento entre nosotros, como es el de la necesidad de limitar las garantías frente al despido sin causa y moderar sus costes con el fin de no afectar a la creación de empleo. En virtud de ello, el despido empieza a dejar de ser visto exclusivamente como un coste, para recuperar su dimensión de acto capaz de afectar derechos, frente al que es preciso ofrecer al trabajador una tutela apropiada.

Es más, vistas las cosas desde esta perspectiva, quizá la reforma de 2021 haya sido en realidad, antes que la punta de lanza del cambio, una expresión más de una nueva manera enfocar y enfrentar los problemas sociales, basada en valores y estrategias por completo distintos, dentro de los cuales ocupa el papel central la protección de las personas, cuya gestación se produjo a lo largo de la pandemia, pero que continúa proyectando su influencia en la etapa de normalidad que vivimos.

Un destacado indicio de que esto puede ser así está representado por el hecho de que, luego de iniciados los cuestionamientos a la actual regulación del despido, estos no se hayan detenido en su aspecto más controvertido, como es el asociado al carácter adecuado o no de la indemnización prevista para los supuestos de improcedencia

por insuficiencia de la causa o deficiencias de forma, sino que se han extendido a otros aspectos de la misma, no afectados incluso por las numerosas reformas laborales producidas desde 1980, pero respecto de los cuales se aprecia un déficit de tutela de la persona del trabajador que se considera necesario corregir.

Así ocurre con el procedimiento y la forma de materialización del acto de despido disciplinario, marcados por la exigencia de que este sea «notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos», de acuerdo con el inalterado texto del artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores. Esta es una previsión que, incluso a simple vista, se encuentra en manifiesto contraste con lo dispuesto por el artículo 7 del Convenio 158 de la OIT, de acuerdo con el cual «no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad».

Como ha indicado la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT en su *Informe General sobre la Protección contra el Despido Injustificado*, publicado en 1995, el mandato de este artículo está inspirado «en el principio fundamental del derecho de defensa». Y en particular en la idea de que «cuando una persona se ve expuesta a una sanción tan grave como la terminación» de la relación de trabajo, «que puede comprometer su carrera e incluso su futuro, es fundamental que pueda defenderse». Su «significado» es, así pues, «permitir que el trabajador pueda exponer su caso al empleador». Y su «objetivo» el de «asegurar que la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes». Todo lo cual «implica que dichos cargos deban expresarse» al trabajador y «ponerse en su conocimiento antes de la terminación» y «que se ofrezca a éste una posibilidad de defenderse real» (párrafos 145, 146 y 148).

La anterior es una garantía de marcado carácter personalista y vocación preventiva que se encuentra debidamente reflejada dentro del Derecho del Trabajo español tratándose 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 exige la apertura de un «expediente contradictorio», en el marco del cual deberán ser oídos junto a los demás miembros del órgano al que pertenecieren, antes de su despido. Asimismo, ha sido recogida con posterioridad también por el 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 por el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, regulador de la relación laboral especial de los abogados que prestan servicios en despachos. En el primer caso recogiendo 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 y su posible calificación, «para que en el plazo de 10 días alegue lo que a su defensa convenga» (artículo 15.2). Y en el segundo señalando que la sanción de las faltas requerirá «comunicación al abogado» en la que consten «la fecha y los hechos que la motivan», añadiéndose que «antes de adoptar la decisión sancionadora, deberá darse el trámite de audiencia al abogado» (artículo 25.2). Su plasmación resulta también indudable tratándose del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, en este caso 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. O, en fin, en los supuestos en que los convenios colectivos amplían la garantía de apertura de un expediente contradictorio anterior al despido o incluyen otro derecho de alcances similares en favor de los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación.

Más allá de estos supuestos, que afectan a algunos colectivos o grupos específicos de trabajadores, no parece que pueda albergarse duda alguna de que nuestro ordenamiento jurídico no recoge ninguna garantía o derecho que cumpla la función o pueda ser asimilado al derecho del trabajador a defenderse de los cargos formulados contra él con carácter previo al despido, reconocido por el artículo 7 del Convenio 158. Esto supone que la adaptación de nuestra legislación a esta exigencia, mediante el reconocimiento de un derecho de tales características en cabeza de todos los trabajadores, con la consiguiente previsión de los mecanismos a través de

los cuales podrá hacerse efectiva la defensa del trabajador y las situaciones en las que no resulta exigible al empresario su concesión, resultaba preceptiva para nuestras autoridades al menos desde el 26 de abril de 1986, fecha en la que, transcurridos doce meses desde su ratificación, entró en vigor en España el referido convenio.

A pesar de ello —y de que no han faltado ocasiones para hacerlo a lo largo de las últimas tres décadas, en las que el marco regulador del despido ha sufrido importantes cambios— nuestras autoridades no han llevado a cabo esfuerzo alguno encaminado a dar cumplimiento a esta obligación internacional. Antes bien, han mostrado una tenaz resistencia a hacerlo. La cual ha venido acompañada de una actitud igualmente contraria a su aplicación tanto por parte de la jurisprudencia como de la doctrina.

Esto ha determinado que el Gobierno de España se haya visto envuelto en un largo conflicto con las instancias del sistema de control de la OIT, en el marco de la cual ha debido recurrir a lo que ha sido calificado, sin asomo de exageración, como «una afanosa búsqueda de subterfugios», con el fin de justificar que cumple un mandato tan claramente desatendido como aquel al que nos venimos refiriendo. El mismo indicará, así, a lo largo de las sucesivas memorias presentadas al efecto, que la legislación española respeta el derecho de defensa del trabajador frente al despido al permitir que esta «se efectúe ante dos órganos imparciales, como son la Administración y el Órgano Judicial»; que esa posibilidad de defensa se encuentra atendida, incluso con creces, a través de la carta de despido; 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 el trabajador 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 el mismo improcedente; que el artículo 7 del Convenio no posee carácter *self-executing* a la luz de lo dispuesto por su artículo 1, que confía su aplicación a la legislación nacional; o que la inclusión de ese trámite previo al despido «no parece ser una medida adecuada a los fines de mejor y mayor protección del trabajador». Una afirmación, esta última, que deja bien a las claras la voluntad de no dar cumplimiento al convenio por discrepar de su contenido.

De allí que la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones se haya visto en la necesidad de incluir en su referido Estudio General sobre la materia una observación específicamente dirigida a España, a través de la cual señala con claridad absoluta que, para cumplir el mandato del Convenio, «el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo». Añadiendo, por si cupiese alguna duda a partir de lo afirmado en las referidas memorias, que incluso si el trabajador tiene derecho a entablar procedimientos después de su terminación, e incluso si la terminación no se considera definitiva hasta que se hayan agotado todas las vías de recurso, es necesario en virtud del artículo 7 que el trabajador tenga la posibilidad de defenderse «antes de darse por terminada la relación de trabajo» (párrafo 150).

Algo similar a lo apuntado ha ocurrido con nuestros tribunales, que se han mantenido firmes a lo largo del tiempo en sostener, de manera contradictoria, tanto que nuestra legislación cumple satisfactoriamente con el mandato del artículo 7 del Convenio 157, como que la aplicación directa de este último, prevista por hipótesis solo para el supuesto en que ese cumplimiento no se verifique, no resulta exigible por requerir de la intervención del legislador. Esta es una secuencia que 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, las cuales pusieron el acento en la aptitud de los actos de conciliación administrativa y judicial y de la carta de carta de despido, para garantizar el propósito del convenio, 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».

Luego vendrán las SSTs de 4 de noviembre de 1987, 8 de marzo de 1988 y 30 de noviembre de 1989, que 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», según se deduce del artículo 1 del mismo, de acuerdo con 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, que sólo por vía de excepción pueden aplicadas sin la mediación del Derecho interno». Una excepción en la que «no puede entenderse comprendido» el artículo 7 respecto de las resoluciones judiciales, porque «ni la delimitación constitucional de la función jurisdiccional» ni el contenido del artículo 7 admiten esa «aplicación directa». 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».

Por lo que respecta a la doctrina, esta ha encontrado más dificultades que la jurisprudencia a la hora de defender la adecuación de nuestra legislación al Convenio. Su atención se ha centrado, por ello, en la demostración del carácter no *self-executing* del mandato contenido en su artículo 7. Bien que sin poner de manifiesto ni ponderar la finalidad protectora de este precepto. Y menos aún reclamar su recepción dentro de nuestra legislación, como debería ocurrir al tratarse de un compromiso internacional asumido por el Estado español. Los argumentos empleados para ello han sido dos, uno formal y otro material, convenientemente encadenados, como acertará indicar el más notable de los maestros del laboralismo emergente de la etapa precedente. El primero de ellos se relaciona con el tenor literal del propio Convenio, que en su artículo 1 dispone, como destacaría también el Tribunal Supremo, que deberá darse efecto a sus disposiciones «por medio de la legislación nacional», reconociendo de tal manera su efecto indirecto. El segundo argumento, en cambio, se vincula con el contenido del artículo 7, que se considera no puede ser aplicado sin una regulación directa de la materia, dada su falta de concreción, al no enumerar ni definir las formas de instrumentalización de la garantía que recoge, dejando así un vacío que no está en condiciones de ser suplido por un acto de creación del Derecho emanado de los jueces. La expresa voluntad del convenio y la falta de concreción de su artículo 7 determinarían, de este modo, de acuerdo con la opinión mayoritaria de los autores que examinaron el tema, su inaplicabilidad en el Derecho interno y, por tanto, su inaplicabilidad ante los tribunales en ausencia de una disposición legislativa que desarrolle y concrete su contenido.

Esta inicial confluencia de opiniones gubernamentales, jurisdiccionales y doctrinales 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 por completo al margen del debate sobre la reforma del despido, que ha discurrido por unos cauces por completo distintos y opuestos a los valores que subyacen al mismo, como es bien sabido.

En la última etapa se registran, no obstante, señales de que esta situación puede estar empezando a cambiar. Estas se enmarcan dentro de líneas de tendencia de alcance más general, que apuntan, como se dejó dicho al inicio de esta Opinión, hacia 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. Y, dentro de estas, del despido. Expresión de ello es la aparición en la última etapa 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 completo acatamiento. Pero, sobre todo, la presencia de pronunciamientos judiciales que, partiendo de esa inadecuación, postulan necesidad de aplicar directamente su contenido apoyándose en el artículo 31 de la Ley 25/2014, que garantiza la prevalencia de lo dispuesto por los tratados internacionales sobre cualquier otra norma interna, salvo la constitucional, en caso de conflicto.

Así ocurre tratándose de la muy próxima STSJ de las Islas Baleares de 13 de febrero de 2023, en la que se

examina el caso de un profesor que fue despedido debido a la existencia de graves acusaciones de acoso sexual en su contra sin haberle concedido la oportunidad de defenderse de estas. Para dicho Tribunal resulta «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» como la indicada. 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 «debe determinar, indefectiblemente, que —ya solo por este motivo— debemos declarar la improcedencia del despido impugnado». No existe aquí, pues, solo una visión negativa sobre la adecuación de nuestro ordenamiento a lo previsto por dicho artículo, sino una consideración positiva en torno a su carácter directamente ejecutivo. A estos efectos, la sentencia señala que, a diferencia de otros preceptos incluidos en el propio Convenio, como los artículos 6 o 10, su artículo 7 es «muy claro y concreto», siendo «por tanto su aplicación directa, incontestable».

Una vez más, no es ni mucho menos seguro que este punto de vista favorable a la aplicación del control de convencionalidad con el fin de garantizar la aplicación del derecho a la defensa previa del trabajador terminará obteniendo el respaldo del Tribunal Supremo. Es más, quizá sea improbable que así ocurra a la luz de los antecedentes y de la no muy lejana en el tiempo existencia de pronunciamientos de otros tribunales superiores contrarios a ese reconocimiento. De lo que no parece que pueda albergarse dudas a estas alturas es que esta garantía, sea o no de aplicación directa, cosa que quien esto escribe tendería a pensar, no se encuentra reconocida dentro de nuestro ordenamiento jurídico sino en favor de ciertos grupos de trabajadores, por lo que urge su completa adecuación a lo dispuesto por la normativa internacional. Sin que quepa ya argumentar, como se hizo tres décadas atrás, que la existencia de los actos de conciliación o de la carta de despido bastan para dar vida a ese derecho, dada la reiterada opinión contraria manifestada por las instancias de control de la OIT específicamente en relación con el caso de España.

Esto significa que en la agenda de cualquier futura reforma del marco regulador del despido deberá estar incluida, al lado de las cuestiones relacionadas con el carácter adecuado o no de los remedios previstos frente a la inexistencia de causa, que de momento vienen centrando el debate, también la adopción de las medidas que resulten necesarias para hacer efectivo el derecho a la defensa previa del trabajador, lastimosamente orillado hasta ahora pese a su valor fundamental para la protección de este. Es más, el reconocimiento de este derecho, cuyo objetivo es hacer posible, como quedó dicho, una etapa de diálogo y reflexión anterior a la adopción de una decisión de tan graves efectos, unida a la introducción de mecanismos que favorezcan una aproximación de la reparación por el despido carente de motivo a los perjuicios realmente sufridos por el trabajador, están en condiciones de favorecer una transformación de la manera como se llevan a cabo en muchas ocasiones los ajustes de personal, que la aleje de su entendimiento como un mero coste y la aproxime a su dimensión de acto que afecta los derechos de las personas que trabajan, al que debe recurrirse de manera excepcional, solo cuando existan motivos reales y serios que lo fundamenten.

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Subdirector