

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO: LA DEFENSA PREVIA DEL TRABAJADOR Y LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE REPRESENTANTE

ON TWO (POSSIBLE) BREACHES OF INTERNATIONAL CONVENTIONS ON DISMISSAL: WORKER PRIOR DEFENCE AND LOSS OF REPRESENTATIVE STATUS

Carolina Blasco Jover

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

carolina.blasco@ua.es ORCID [0000-0002-4938-2762](https://orcid.org/0000-0002-4938-2762)

Recepción de trabajo: 27-05-2024 - Aceptación: 18-07-2024 - Publicado: 22-10-2024

Páginas: 63-90

■ 1. INTRODUCCIÓN. ■ 2. LA DEFENSA PREVIA DEL TRABAJADOR EN CASO DE DESPIDO. ■ 2.1. La doctrina tradicional: el favor por la inaplicabilidad directa del art. 7 C158 y por la suficiencia de la regulación estatutaria. ■ 2.2. La doctrina aperturista: la apuesta por el derecho a la defensa previa del trabajador. ■ 2.3. Las claves para ofrecer una respuesta a la controversia. ■ 3. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE REPRESENTANTE EN CASO DE DESPIDO. ■ 4. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN

Más allá del debate en torno a la indemnización por despido improcedente, a su cuantía y a su extensión, más allá, incluso, de la controversia sobre si la readmisión de la persona trabajadora debe ser obligatoria y no una mera alternativa o sobre si los salarios de tramitación poseen naturaleza indemnizatoria o salarial o si deberían volver a anudarse o no a la opción por la readmisión, se ciernen sobre la institución del despido otras posibles dudas que, igualmente, deben ser resueltas y a las que, del mismo modo, se les debe prestar también atención en tanto que afectan a ciertas facetas del engranaje de la institución. Se trata, concretamente, del derecho de defensa previa del trabajador despedido y de la pérdida de la condición de representante cuando acontece el despido disciplinario. Sobre ambos temas se cierne actualmente cierta sombra de duda por cuanto las soluciones que sobre ellos se están adoptando en el ámbito judicial pueden contravenir ciertos preceptos de textos internacionales, señaladamente, los Convenios de la OIT núm.158 y núm.135. En este trabajo se pretende analizar con detenimiento ambas problemáticas para lograr alcanzar las debidas conclusiones.

PALABRAS CLAVE: Convenios internacionales, despido, defensa previa, representante de los trabajadores, mandato representativo.

ABSTRACT

Debates around unfair dismissal concern multiple issues: the amount and extent of compensation; whether reinstating a worker should be mandatory rather than a mere option; whether severance pay should be regarded as compensation or salary; and whether it should be related or not to the option of reinstatement. Yet, beyond these questions, other interrogations are hanging over the institution of dismissal which must be resolved and paid attention to. Indeed, they affect different aspects of the institution's mechanisms and are specifically: the dismissed worker's right to a prior defence and the loss of the representative status in the case of disciplinary dismissal. Both issues are today raising uncertainty because the judicial solutions currently being adopted may be contravening certain precepts of international texts, notably ILO Conventions No. 158 and No. 135. The aim of this paper was to analyse both problems in detail in order to draw the correct conclusions.

KEYWORDS: International Conventions, Dismissal, Prior Defence, Workers' Representative, Representative Mandate.

1. INTRODUCCIÓN

Más allá del debate en torno a la indemnización por despido improcedente, a su cuantía y a su extensión, más allá, incluso, de la controversia sobre si la readmisión de la persona trabajadora debe ser obligatoria y no una mera alternativa o sobre si los salarios de tramitación poseen naturaleza indemnizatoria o salarial o si deberían volver a anudarse o no a la opción por la readmisión, se ciernen sobre la institución del despido otras posibles dudas que, igualmente, deben ser resueltas y a las que, del mismo modo, se les debe prestar también atención en tanto que afectan a ciertas facetas del engranaje de la institución. Se dice —muy certeramente— del Derecho del Trabajo que es un Derecho vivo, en constante evolución, pues debe adaptarse a las nuevas realidades sociales y económicas de empresas y trabajadores. Pues bien, del despido puede sostenerse lo mismo. Esta institución es uno de los pilares centrales del Derecho del Trabajo, un tema medular, crucial, no sólo por las implicaciones jurídico-filosóficas que están en su base, sino también por las evidentes consecuencias económicas que arrostra para las organizaciones empresariales y para las personas trabajadoras que pierden su medio de subsistencia. Por ello, sus contornos y sus límites deben quedar claros, meridianos, a fin de, primero, garantizar un cierto margen de maniobra al empresario para adaptarse a las fluctuaciones económicas del mercado, que las hay y cada vez en mayor proporción; y, segundo, de proteger a la persona empleada frente a decisiones que la expulsan del mercado laboral, ya fueran éstas más o menos lícitas. Y si esto implica reformar el marco regulatorio actual para adaptarlo a las nuevas realidades socio-económicas o, por lo que ahora importa, a las directrices que emanan de textos internacionales, hágase. Pero hágase con cabeza, en frío, de la forma más armoniosa y cuidadosa posible para no terminar perjudicando en mayor medida y de forma desproporcionada a una parte de la relación respecto de la otra, ocasionando serios desbarajustes en el mercado de trabajo motivados éstos por no tener o no saber tener una visión de conjunto del problema alejada de cualquier soflama propagandística.

Los vientos de reforma de esta institución cada vez arrecian más, de forma muy intensa, por cierto, desde la ratificación por España de la Carta Social Europea y desde la recepción por parte de los tribunales españoles del denominado “control de convencionalidad” que implica, dicho muy resumidamente, que la actuación de los poderes del Estado y, muy en concreto, de los órganos judiciales, debe amoldarse a las obligaciones asumidas en los tratados y convenios internacionales que se hubieran ratificado para alcanzar el nivel máximo de protección.¹ La publicación de las Conclusiones del CEDS para

¹ La STJCE de 9 de marzo de 1978 (106/1977) ya señalaba que “los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional”. Por su parte, la STC 140/2018, de 20 de diciembre dispone, al efecto, que “el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza “que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia”. Sobre este control de convencionalidad, vid. Nogueira Guastavino, M., “El Derecho Internacional Social Europeo y los Convenios Fundamentales de la OIT: luces y sombras del proclamado control difuso de convencionalidad en España”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020, pp. 421-451.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

2023 (marzo de 2024), en las que se cuestiona el régimen de indemnizaciones tasadas por despido, seguramente tendrá como consecuencia que se acometa una reforma de calado en este punto y quién sabe si tal vez también de los salarios de tramitación. Pero, como se decía al principio, más allá de este importante tema, hay otros conexos que convendría, igualmente, revisar o, cuanto menos, plantearse. Me refiero concretamente al derecho de defensa previa del trabajador despedido y a la pérdida de la condición de representante cuando acontece el despido.

El primero se plantea por la aparición de numerosas sentencias de suplicación en las que se cuestiona la adecuación de la regulación española con el art. 7 Convenio núm.158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (en adelante, C158) que, expresamente, señala que “no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. Es ésta una previsión que, amén de lo previsto en el art. 2 C158², es de alcance universal, esto es, no aplicable en exclusiva a una categoría de trabajadores. ¿Cumple con ella el ordenamiento español? En línea de principio, es evidente que no, toda vez que esta garantía tan sólo se contempla para los representantes de los trabajadores, los delegados sindicales y determinados grupos de trabajadores.³ Por lo tanto, la pregunta que, a continuación, debe realizarse es si nuestro ordenamiento ya otorga esa protección a través de otros mecanismos. Es decir, ¿bastaría, como se ha afirmado, con que la carta de despido contenga los hechos en los que se fundamenta la decisión extintiva para que, posteriormente, la persona trabajadora pudiera recabar de los tribunales la tutela judicial efectiva y, consecuentemente, defenderse de la conducta que se le imputa? ¿O, por el contrario, tendría el empresario que hacer algo más, teniendo en cuenta que lo que sea que fuera no está previsto en el texto estatutario? La cuestión se encuentra, a día de hoy, abierta a la espera de una resolución por

2 Si bien el Convenio, en su aplicación general, rige para todas las ramas de actividad económica y todos los trabajadores asalariados sin distinción de nacionalidad, el art. 2 permite una gran flexibilidad, pues ofrece a los Estados la posibilidad de excluir a determinados tipos o categorías de personas empleadas basándose en la índole de su contrato de trabajo o en la categoría de trabajadores de que se trate.

3 Así, en el caso de los médicos residentes sanitarios, el art. 15.2 RD 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 dispone que “con carácter previo a la imposición de la sanción, el responsable de la gestión de personal del centro comunicará por escrito al residente la fecha y los hechos que se consideran incluidos en alguno de los supuestos de incumplimiento previstos en las normas de aplicación y su posible calificación, para que en el plazo de diez días alegue lo que a su defensa convenga. Cuando se trate de faltas graves o muy graves dará también traslado de este escrito a la comisión de docencia, para que en el plazo de diez días, manifieste su criterio”. Y art. 15.3 señala que “recibidas las alegaciones o transcurrido el plazo sin que éstas se produzcan, el órgano competente notificará por escrito al interesado la sanción, la fecha y hechos que la motivaron y su calificación o, en su caso, el sobreseimiento con que ha concluido el procedimiento”. Por su parte, para los abogados que prestan servicios en despachos profesionales, el art. 25.2 RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos preceptúa que “la sanción de las faltas requerirá la comunicación escrita al abogado en la que se haga constar la fecha y los hechos que la motivan. Antes de adoptar la decisión sancionadora, deberá darse el trámite de audiencia al abogado”. Finalmente, el art. 98.1 EBEP señala que “no podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido. La imposición de sanciones por faltas leves se llevará a cabo por procedimiento sumario con audiencia al interesado”.

parte del Tribunal Supremo. Mientras ello ocurre, sin embargo, este trabajo pretende ofrecer una respuesta a la controversia que, al límite, pueda servir, incluso, para apuntalar las bases de resoluciones judiciales futuras.

Por lo que atañe a la segunda de las cuestiones que pretende abordar este trabajo, la pérdida de la condición de representante cuando se instrumentaliza la decisión extintiva, conviene preguntarse si ello no implica una vulneración de lo dispuesto en el art. 1 del Convenio núm.135 OIT, sobre los representantes de los trabajadores (en adelante, C135). Como se sabe, fue la STS de 25 de abril de 2023 (Rec. núm.4371/2019) la que, con base en el carácter constitutivo del acto del despido, dictaminó que la condición de representante se pierde desde que se produce el despido hasta que recae sentencia judicial. Ahora bien, el precepto convencional antes indicado señala que “los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”. Pues bien, siendo ello así, no parece que se esté tutelando debidamente la función de representación cuando se está permitiendo, por vía judicial, que la mera instrumentación de la decisión extintiva quede habilitada para negarle al representante, durante la sustanciación del proceso, llevar a cabo sus concretas y específicas tareas. ¿O es que el carácter constitutivo del despido debe prevalecer sobre la alta finalidad que están llamados a cumplir estos sujetos?

Planteados brevemente los asuntos que en este trabajo se expondrán, es hora, pues, de analizarlos con detenimiento para lograr alcanzar sobre ambos las debidas conclusiones.

2. LA DEFENSA PREVIA DEL TRABAJADOR EN CASO DE DESPIDO

2.1. La doctrina tradicional: el favor por la inaplicabilidad directa del art. 7 C158 y por la suficiencia de la regulación estatutaria

Como se decía en la introducción, el art. 7 C158 dispone que “no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. Como expone el Informe General sobre la Protección contra el Despido Injustificado de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (1995), “el texto del artículo 7 está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa. Cuando una persona se ve expuesta a una sanción tan grave como la terminación que puede comprometer su carrera e incluso su futuro, es fundamental que pueda defenderse” (párrafo 145). Su objetivo, por lo tanto, es “asegurar que la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes” (párrafo 148).

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

En qué consista esa posibilidad de defenderse o la excepción que se contempla no es algo en lo que entra el precepto; carácter abierto éste que valió para que el Tribunal Supremo, en fechas ya alejadas en el tiempo⁴, dictaminara que no es ésta una norma interna de nuestro ordenamiento jurídico que sea de aplicación directa “al exigir que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula”. Con todo, se apunta que a ese pretendido derecho de defensa, mientras quien legisla no acometa una regulación más particular, viene a dar cumplimiento el art. 55.1 ET al exigir que el empresario deba entregar carta de despido al trabajador en la que figuren, en términos de inequívocidad, los hechos que motivan el despido atendidas la naturaleza de la infracción, el grado de conocimiento de la misma por la empresa y la forma comisiva, quién lo decide y la fecha en la que tendrá efecto; de cuyos cargos, en fin, podrá defenderse tanto en el momento de la conciliación administrativa como en el oportuno proceso judicial. Por lo tanto, atendiendo a la finalidad del precepto que sería “garantizar al afectado una posibilidad real de defensa, a través de darle a conocer, en tiempo oportuno, los cargos imputados, excluyendo su alegación intempestiva que impida preparar la acción impugnatoria” y habida cuenta de que la legislación laboral española ya reconoce al trabajador los suficientes medios legales para poder defenderse de cualquier despido arbitrario del que pudiera haber sido objeto por parte de la empresa, quedaría descartada la aplicación de un precepto internacional que, en todo caso, necesitaría del oportuno desarrollo legal.⁵

Precisamente sobre el carácter *non-self-executing* del precepto, se ha matizado también por la jurisprudencia de modo reiterado⁶ que ello deriva del art. 1 C158, que dispone que “deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”.⁷ Con esta previsión

4 SSTS de 4 de noviembre de 1987 (RJ 1987\7810), de 24 de noviembre de 1987 (RJ 1987\8050), de 22 de febrero de 1988 (RJ 1988\747), de 19 de abril de 1988 (RJ 1988\2991), de 30 de mayo de 1988 (RJ 1988\4668), de 13 de junio de 1988 (RJ 1988\5274), de 11 de julio de 1988 (RJ 1988\5787), de 14 de julio de 1988 (RJ 1988\5828), de 15 de julio de 1988 (RJ 1988\6150), de 13 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6884), de 15 de septiembre de 1988 (RJ 1988\6898), de 27 de septiembre de 1988 (RJ 1988\7122), de 3 de noviembre de 1988 (RJ 1988\8508), de 28 de abril de 1989 (RJ 1989\2988), de 20 de septiembre de 1989 (RJ 1989\6463), de 13 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8045) y de 30 de noviembre de 1989 (RJ 1989\8287), entre otras.

5 Estos mismos argumentos han sido los que reiteradamente ha puesto de manifiesto el Gobierno español en sus sucesivas Memorias para contestar a las observaciones que la CEACR le realizaba al respecto del cumplimiento del art. 7 C158. Puede leerse un recopilatorio de tales observaciones y Memorias en Goñi Sein, J.L., “La negociación colectiva española como instrumento para cumplir con lo previsto en el artículo 7 del convenio 158 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.36, 2014, pp. 409-432.

6 SSTS de 8 de marzo de 1988 (RJ 1988\1885), de 28 de abril de 1988 (RJ 1988\3038), de 23 de mayo de 1988 (RJ 1988\4272), de 28 de junio de 1988 (RJ 1988\5482) y de 15 de julio de 1988 (RJ 1988\6150), entre otras.

7 Como indica la Nota sobre el Convenio núm.158 y la Recomendación núm.166 sobre la terminación de la relación de trabajo (2009), “el Convenio concede al Estado que lo ratifica la posibilidad de elegir entre los distintos métodos de aplicación conformes a la práctica nacional, habida cuenta de las diferencias nacionales en cuanto a la manera de regular las relaciones entre los empleadores y los trabajadores, dejando así una gran flexibilidad en cuanto a las fórmulas de aplicación del instrumento”.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

se entiende que se estaría reconociendo “con carácter general la naturaleza no directamente ejecutiva de sus normas, las cuales sólo por vía de excepción y de acuerdo con la práctica nacional podrán ser aplicadas sin esa mediación normativa del Derecho interno”.⁸ Y sobre si al contenido del art. 7 C158 puede darse debido cumplimiento mediante las resoluciones judiciales se ha entendido que ello no sería lo más adecuado en términos jurídicos por dos motivos. Primero, porque “ni la práctica nacional, en este caso la propia delimitación constitucional de la función jurisdiccional, autoriza una acción judicial de desarrollo normativo de una disposición internacional, que es lo que, en definitiva, se produciría dado el contenido de ésta, ni tal contenido admite en la actual situación del ordenamiento español una aplicación directa, pues las técnicas de flexibilidad empleadas en su formulación permiten, como ha puesto de relieve la doctrina científica, diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones, no sólo subjetivas por la vía del artículo 2, sino, sobre todo, objetivas, en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia”. Y, segundo, porque “tal aplicación no vendría a corregir una situación de indefensión del trabajador frente al despido, sino a introducir una nueva garantía formal junto a las ya existentes en el ordenamiento español, cuya incorporación a éste puede exigir una adaptación del marco normativo vigente con anterioridad a la recepción del Convenio; adaptación que sólo la ley puede abordar con la necesaria generalidad y precisión”.

En base a esta consolidada jurisprudencia, en consecuencia, la calificación del concreto despido de que se tratase no se hacía depender en absoluto de si se omitía el derecho de defensa contemplado en el art. 7 C158. O, dicho más correctamente, en tanto que se diera cumplimiento a las garantías formales estatutarias, ni procedía la declaración de improcedencia ni de nulidad sobre la base de negar un pretendido derecho de defensa a la persona trabajadora concretado en una audiencia previa o en una suerte de expediente contradictorio tal y como sí que se prevé para quienes ejercen la labor de representación de los trabajadores. Y esto es algo que se ha visto reflejado en numerosas resoluciones de tribunales menores.

Así, en efecto, la STSJ Madrid, de 1 de marzo de 2021 (Rec. núm.596/2020) sostiene que “el Convenio no es una norma de directa aplicación (*self executing*), sino que ha de ser incorporado al ordenamiento por cada Estado mediante la legislación nacional, salvo, claro está, que se incorpore por convenios colectivos, laudos arbitrales o decisiones judiciales o, incluso, contrato individual⁹, y siempre en consonancia con la práctica nacional, lo que ha declarado el Tribunal Supremo confirmando

8 Entre la doctrina, se pueden observar posiciones discrepantes a esta tesis. Así, por todos, Molina Navarrete, C., “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*, vol. 7, 2019, p. 146.

9 Efectivamente, cuestión distinta es que el art. 7 C158 haya sido desarrollado —exigiéndose un trámite adicional como un expediente previo o una comparecencia del trabajador a fin de que pueda alegar lo que estime pertinente— a través de laudo arbitral (STSJ Navarra, de 17 de marzo de 2003, Rec. núm.530/2002) o de convenio colectivo (SSTSJ Cataluña, de 2 de junio de 2020, Rec. núm.682/2020, Madrid, de 20 de enero de 2017, Rec. núm.997/2016 y País Vasco, de 3 de febrero de 2004, Rec. núm.2657/2003). En estos específicos supuestos, la falta de cumplimiento de este requisito formal determinará la improcedencia del despido.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

que las normas del Convenio núm.158 de la OIT no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno”.

Por su parte, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 20 de marzo de 2012 (Rec. núm.212/2012) llega a aseverar que “ninguna consecuencia relevante puede derivarse [del art. 7 C158], salvo que se quisiera dejar sin efecto la legislación nacional”. Y es que el precepto internacional “no puede entenderse fuera del marco de la regulación nacional, que reserva la audiencia previa al despido para cierto tipo de trabajadores que por su representación legal o sindical son acreedores de especial protección, sin perjuicio de lo que se disponga en la negociación colectiva para sectores o empresas particulares”. A mayor abundamiento, además, resulta que “la defensa del trabajador, incluida la averiguación de los hechos con un sistema procesal riguroso que contempla un específico régimen probatorio al respecto, se remite al proceso judicial, en el que con plenas facultades de defensa el trabajador puede hacer valer sus tesis (...) y a las actuaciones preprocesales”.

Igualmente, la STSJ Cataluña, de 4 de julio de 2023 (Rec. núm.1749/2023) señala que “el art. 7 no es de aplicación directa si hay posterior desarrollo normativo interno, y en nuestro caso, ese desarrollo viene en el art. 55.1 y 2 del TRLET, así como por la jurisprudencia de aplicación, a pesar de que solo se extienda a determinados colectivos de trabajadores (representantes legales o sindicales o afiliados a un sindicato) pero para los que no se tiene en cuenta la naturaleza de los incumplimientos que se les imputan”.¹⁰ Por lo tanto, se arguye que, como el Estatuto “no impone a la empresa la obligación de dar audiencia previa a un trabajador que no ostenta la condición de representante legal de los trabajadores, ni sindical, ni consta que esté afiliado a un sindicato, y como además, tampoco el convenio colectivo de aplicación ha arbitrado esta exigencia, a la única conclusión a la que se puede llegar es que la empresa cumplió con las obligaciones formales que le impone tanto nuestra legislación interna, como la internacional, desde el mismo momento que entregó al actor la carta de despido comunicándole para que se pudiera defender con plenas garantías de las faltas cometidas que se le imputaban, así como su calificación”.¹¹

Del mismo modo, la STSJ Asturias, de 18 de junio de 2019 (Rec. núm.1039/2019) dispone que “la forma que establece para el despido disciplinario el artículo 7 del Convenio 158 de la O. I. T., debe ser entendida atendiendo a su verdadera finalidad, que no es otra que garantizar al afectado una posibilidad real de defensa, a través de darle a conocer, en tiempo oportuno, los cargos imputados, excluyendo su alegación intempestiva que impida preparar la acción impugnatoria”. Y añade que “el texto legal y la jurisprudencia exigen, para la eficacia de la comunicación, que sea por escrito y que contenga la expresión de las causas del despido, con el fin de que el trabajador conozca los motivos y la fecha del despido; no se añaden otros requisitos formales, siempre que se cumpla el fin de tutela de los derechos del trabajador”.

¹⁰ El mismo argumento aparece en la STSJ Comunidad Valenciana, de 21 de noviembre de 2023 (Rec. núm.1984/2023).

¹¹ Seguida por STSJ Cataluña, de 10 de noviembre de 2023 (Rec. núm.2927/2023).

También la STSJ Cantabria, de 7 de febrero de 2008 (Rec. núm.29/2008) sostiene que “la forma impuesta por el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores cumple ampliamente dicha finalidad [la defensa del trabajador], en tanto que exige al empresario expresar los hechos que motivan el despido, esto es, las razones que le mueven a efectuar una declaración de voluntad enderezada a poner término a la relación laboral y la fecha a partir de la cual aquella voluntad extintiva será eficaz”. Por tanto, lo importante es que “con los datos que obran en la carta de despido el trabajador tenga los elementos de juicio suficientes para articular una correcta defensa en sede judicial y, en razón de ello, la expresión de los hechos que pueden constituir la causa sancionable con despido es un requisito necesario para que el trabajador pueda conocer el incumplimiento que se le imputa y pueda hacer frente a tales cargos de una manera eficaz, de tal manera que si el trabajador formula demanda por despido, son aquellos hechos los que van delimitar la controversia judicial”.

En la misma línea, la STSJ Castilla y León, Burgos, de 11 de octubre de 2023 (Rec. núm.629/2023) entiende que se cumple con el requisito del art. 7 C158 OIT si la empresa pide explicaciones al trabajador “sobre los hechos del despido antes de su notificación y le entrega la carta extintiva con suficiente detalle como para permitirle tomar conocimiento de los mismos y defenderse de la decisión de la empleadora en el proceso judicial, quedando así cubiertas las condiciones de comunicación y audiencia que impone la normativa indicada”.

En fin, la STSJ Murcia, de 12 de marzo de 2024 (Rec. núm.837/2023) afirma que “la exigencia de que se dé audiencia al trabajador con carácter previo a que se lleve a cabo el despido no es algo que pueda aplicarse *ex post* por una sentencia, pues no cumpliría con la finalidad pretendida por la norma, sino que debe preverse por la legislación, acuerdos o laudos arbitrales a efectos de que el empresario tenga la obligación de darle dicha audiencia previa y cumplirse la finalidad de la norma que no es otra que el empresario tenga oportunidad de conocer la versión de los hechos del trabajador y tenga elementos suficientes para sopesar si existen razones para despedirlo”.¹²

2.2. La doctrina aperturista: la apuesta por el derecho a la defensa previa del trabajador

Si bien la explicada ha sido la línea interpretativa tradicional y que, incluso, se ha seguido en sentencias muy recientes, cierto es que no todos los tribunales de suplicación han apostado por ella. De hecho, se ha llegado a calificar de improcedente al despido efectuado sin dar cumplimiento al mandato del art. 7 C158, esto es, sin ofrecer al trabajador la posibilidad de defenderse a través de una comunicación anticipada, no inmediata o simultánea a la entrega de la carta del despido, que le otorgue la oportunidad de conocer los hechos formalmente, poder examinarlos y explicarlos.¹³

¹² Por lo demás, consideran también inaplicable el art. 7 C158 las SSTSJ Castilla y León, Burgos, de 26 de octubre de 2023 (Rec. núm.632/2023), Andalucía, Granada, de 24 de febrero de 2022 (Rec. núm.2179/2021) y Asturias, de 29 de mayo de 2018 (Rec. núm.948/2018).

¹³ Posibilidad de defensa que, lógicamente, llevaría implícita la correlativa obligación empresarial de tener en cuenta o sopesar las alegaciones efectuadas por el trabajador antes de tomar la decisión de despido.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

Así, la STSJ Islas Baleares, de 13 de febrero de 2023 (Rec. núm.454/2022)¹⁴ afirma que “la restricción de la obligación de incoar expediente disciplinario previo —limitada por el ordenamiento jurídico interno a los funcionarios y personal laboral de la Administración y a los representantes de los trabajadores (legales, sindicales y en materia de prevención)— no da cumplimiento al art. 7 del Convenio núm.158 de la OIT, relativo a la finalización de la relación laboral a iniciativa del empresario”. Y ello es así por cuanto, como dispone el apartado 150 del Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT, presentado en la 82ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, celebrada el año 1985, “el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo. [Es más], incluso si el trabajador tiene derecho a entablar un procedimiento después de la terminación e, incluso, si la terminación no se considera definitiva hasta que se hayan agotado todas las vías de recurso, es necesario, en virtud del artículo 7, que el trabajador tenga la posibilidad de defenderse antes de darse por terminada la relación de trabajo”.¹⁵

La sentencia, además, trae a colación para refrendar su postura el hecho de que la aplicación del art. 31 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que dispone que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”, determina “el carácter prevalente respecto a la norma jurídica interna (art. 55.1 ET, que no contempla [un derecho de audiencia previa])”.

Finalmente, también se hace jugar el control de convencionalidad para sostener la aplicabilidad directa del precepto internacional. Ello habida cuenta de que “los tribunales ordinarios pueden declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional” y de que el control de convencionalidad se erige en “una mera regla de selección de derecho aplicable que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria”.¹⁶ Ahora bien, como ha indicado el Tribunal Supremo, cierto es que “el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”, por lo que la inaplicación de la norma interna debe contener un mandato claro y suficiente. Por ello, saliendo al paso de posibles críticas que se le puedan hacer, la sentencia de suplicación añade que “el mandato del art. 7 del Convenio 158, a diferencia otros contenidos en el mismo convenio (como el del art. 6, analizado por la sentencia referida, relativo a la enfermedad como causa de despido, o el del art. 10, referente a la reparación adecuada del despido injusto), es muy claro y concreto y, por consiguiente, su aplicación directa, incontestable: 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

¹⁴ Seguida, para refrendar su postura, por sentencias de diversos juzgados de lo social, como las SSJS núm.4 Valladolid, de 4 de septiembre de 2023 (Proc. núm.283/2023) y de 1 de septiembre de 2023 (Proc. núm.209/2023), la SJS núm.2 Guadalajara, de 4 de agosto de 2023 (Proc. núm.884/2022) o la SJS núm.1 Mataró, de 11 de abril de 2023 (Proc. núm.353/2022).

¹⁵ Remite en estos la sentencia a lo explicado en el Informe General sobre la Protección contra el Despido Injustificado de la CEACR en su párrafo 150.

¹⁶ STC 120/2021, de 31 de mayo.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, con una sola reserva o excepción, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad, excepción no solo inimaginable en nuestro marco normativo sino, como veremos más adelante, explícitamente contraindicada cuando se imputa un comportamiento de acoso sexual”.

Por su parte, las SSTSJ Extremadura, de 15 de septiembre de 2023 (Rec. núm.326/2023) y de 5 de septiembre de 2023 (Rec. núm.283/2023) disponen que “el texto del artículo 7 está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa. Cuando una persona se ve expuesta a una sanción tan grave como la terminación que puede comprometer su carrera e incluso su futuro es fundamental que pueda defenderse”. Por ello, el precepto “establece el principio de que el trabajador, antes de que se dé por terminada su relación de trabajo, debe tener la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, lo que implica que dichos cargos deberían expresarse y ponerse en su conocimiento antes de la terminación. El Convenio no indica explícitamente la forma que debería adoptar esta defensa ni la forma en que deberían presentarse los cargos. Lo importante es que los cargos se formulen y se comuniquen al trabajador sin ambigüedad y que se ofrezca a éste una posibilidad de defenderse real”, lo que se cumple —y aquí está el *quid* de la cuestión— si se le ha dado al trabajador la oportunidad de conocer los hechos que se le imputan y de alegar lo que estime oportuno en los momentos previos a la entrega de la carta del despido.

En el mismo sentido, la STSJ Islas Baleares, de 5 de febrero de 2024 (Rec. núm.473/2023) entiende que, “aunque no sea a través de un expediente contradictorio formal, sí se ha dado audiencia previa de forma efectiva a quien va a ser despedido, resultando que ha tenido una verdadera ocasión de defenderse” a través de la presentación de un escrito de alegaciones de descargos en el que “expuso todo cuanto consideró oportuno antes de que se procediese a su despido”, siendo así que “su empleadora tuvo en cuenta dichas alegaciones”.¹⁷

Ahora bien, no todos los tribunales que defienden la aplicación directa del art. 7 C158 sostienen que su incumplimiento de lugar a la calificación de improcedencia del despido. Así, la STSJ Madrid, de 28 de abril de 2023 (Rec. núm.1436/2022)¹⁸ entiende que, a pesar de que “el artículo 7 del convenio 158 de la OIT [es] norma aplicable directamente al caso”, su vulneración “no es causa de improcedencia conforme al artículo 55.2 de Estatuto de los Trabajadores por no estar incluida en su número primero”. Por lo tanto, en tanto en cuanto en el art. 55.1 ET no aparece el trámite de audiencia previa al trabajador exigido por el art. 7 C158, “la omisión del trámite en el procedimiento previo de despido en aplicación del artículo 7 del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo no es un requisito a cuyo incumplimiento la Ley española anude la declaración de improcedencia del despido, salvo cuando se trate de un representante legal de los trabajadores o delegado sindical, o cuando se trate de una exigencia formal impuesta por convenio colectivo”.

¹⁷ Igualmente, SJS núm.1 Soria, de 11 de julio de 2023 (Proc. núm.232/2023).

¹⁸ Seguida por la STSJ País Vasco, de 21 de diciembre de 2023 (Rec. núm.2085/2023).

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

La sentencia, con todo, no olvida que existen posturas contrarias a la que sostiene. Y así apunta que “podría quizá admitirse una interpretación de la norma legal de los artículos 55.2 del Estatuto de los Trabajadores y 108.1 de la Ley de la Jurisdicción Social que supere la mera literalidad, puesto que no en vano se viene considerando que la omisión de la audiencia previa prescrita en el artículo 98 del Estatuto Básico del Empleado Público, pese a no estar incluida en la remisión que hace el artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores, es causa de improcedencia (en ese sentido, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 13 de febrero de 2023 (recurso 454/2022)). Por otra parte se podría interpretar que si del artículo 7 del convenio 158 de la OIT se deriva una obligación de audiencia previa, en cumplimiento del mismo la refundición introducida por el Real Decreto Legislativo 1/1995 artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores no debiera haber obviado la prevalencia de dicho convenio y una correcta refundición hubiera introducido en dicho precepto la exigencia del convenio 158 de la OIT, de manera que la regulación del artículo 55.2 sería *ultra vires*, al limitar la audiencia previa a los representantes legales y sindicales de los trabajadores y a los supuestos previstos en convenio colectivo”.

Sin embargo, a pesar de ello, la Sala sigue apostando por considerar que “la omisión de la audiencia previa prescrita por el artículo 7 del convenio 158 de la OIT no es causa de improcedencia conforme al artículo 55.2 de Estatuto de los Trabajadores por no estar incluida en su número primero”, siendo así que esto no significa que “el incumplimiento del artículo 7 carezca de sanción jurídica” por dos motivos en concreto. Primero, porque “el derecho de audiencia previa al despido es una obligación que nace *ex lege* por la existencia de un contrato de trabajo (artículo 4.2.h del Estatuto de los Trabajadores) y su vulneración constituye una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 7.10 del Estatuto de los Trabajadores”. Y segundo, porque “la omisión de la audiencia previa por el empresario, cuando sea contraria al artículo 7 del convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, constituye el incumplimiento de una obligación y por tanto es de aplicación el artículo 1101 del Código Civil («quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas»), por lo que el trabajador tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el incumplimiento”. Lo que lleva a concluir que “si el despido es posteriormente declarado improcedente en sentencia judicial por motivos que el trabajador alegó en el momento del juicio y podría haber alegado antes de producirse el mismo en el trámite de audiencia previa, de manera que el despido se podría haber evitado si se hubiera escuchado al trabajador a tiempo y considerado sus razones, aparece un daño indemnizable”. La cuantificación de ese daño “llevará a imponer una indemnización adicional a la propia y tasada del despido improcedente, que incluso pudiera consistir en los salarios dejados de percibir hasta el momento en que se celebró la vista del juicio en la que el trabajador tuvo la ocasión de explicar los motivos, ya que dicha audiencia debía haberse celebrado antes del despido. La restauración de la obligación incumplida lleva a situar las consecuencias del despido (la extinción de la relación laboral) en el momento posterior a dicha audiencia, que en ese caso no se habría producido hasta el acto del juicio”.

Como puede comprobarse, la respuesta a si es necesario ofrecer al trabajador la oportunidad de explicarse, de defenderse, antes de que se materialice la decisión extintiva no es, en absoluto, pacífica a día de hoy en los tribunales, encontrándose a la espera de unificación de doctrina. Hasta que

eso ocurra, debe seguir dándose una solución al problema; problema, como puede evidenciarse, que afecta a la esencia misma del marco regulatorio actual del despido. A mi modo de ver, son dos las cuestiones que están sobre la mesa. La primera, el carácter *self-executing* o *non-self-executing* del art. 7 C158. La segunda deriva de la anterior, pues de apostar por la aplicación directa del precepto internacional, habrá que plantearse, a continuación, si su incumplimiento determina que entre en juego el control de convencionalidad y, al límite, la improcedencia del despido.¹⁹ Veamos.

2.3. Las claves para ofrecer una respuesta a la controversia

Como se ha dicho, la solución a la controversia que se plantea pasa, en primer lugar y de forma indefectible, por aclarar cuál sea la naturaleza del mandato contenido en el art. 7 C158. Al efecto, debe recordarse que, según el art. 30.1 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, “los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”. En idéntico sentido, se pronuncia la STS de 20 de marzo de 2022 (Rec. núm.2142/2020) al firmar que “el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”. Conjugando estas dos aseveraciones, resulta que, antes de seleccionar una norma internacional en detrimento de una norma interna, es preciso determinar si la primera es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad.²⁰ Por lo tanto, la pregunta que debemos plantearnos es si el mandato del art. 7 C158 es una norma ejecutable por sí misma, que pueda operar sin ayuda de una disposición legislativa interna.

En este punto, debe recordarse que la jurisprudencia tradicional entendía que el precepto no podía leerse sin prestar atención al art. 1 C158, que dispone que “deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional”. En consecuencia, se interpretaba que las disposiciones del Convenio no podían ser de aplicabilidad inmediata por esa llamada al legislador y que debía ser éste y no los órganos judiciales —en tanto que no están habilitados para crear Derecho— el que debería alterar el marco jurídico legal existente.

Pues bien, a mi modo de ver, esta afirmación sigue conservando todo su valor. Máxime cuando el art. 30.1 Ley 25/2014 matiza que la aplicación directa de los Tratados internacionales se hace

¹⁹ No creo que pudiera alegarse la nulidad, porque, en cualquier caso, estaríamos hablando de un requisito formal que estaría al nivel de la entrega de la carta de despido, de la garantía de la apertura de un expediente contradictorio cuando la persona despedida es representante de los trabajadores o de la audiencia previa que se concede al delegado sindical que va a ser despedido. Si el incumplimiento de estos condicionantes determina la improcedencia del despido y no su nulidad, la inobservancia de un hipotético derecho de defensa previo a la entrega de la carta de despido tendría que acarrear idéntica consecuencia.

²⁰ Jiménez de Aréchega, E., “La Convención Americana como Derecho Interno”, *Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos*, núm. 7, 1988, p. 27.

depender de que no esté condicionada a la aprobación de “las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”. Por lo tanto, toda vez que el mismo Convenio prevé que sus disposiciones deberán ser objeto de desarrollo legal, no puede decirse que el art. 7 C158 resulte de aplicabilidad directa. Pero, es más, resulta que, precisamente, el mandato contenido en la norma internacional plantea ciertas dificultades interpretativas, pues, dado lo genérico de su redacción, pueden existir “diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia”.²¹ Quiere decirse con esto que el precepto internacional no puede operar sin la ayuda de una disposición legislativa que delimite claramente la forma en la que deba articularse ese derecho de defensa y, especialmente, cuáles sean las excepciones a las que pueda acogerse el empleador para negarlo.²² Es más, de hecho, en aras a una mayor seguridad jurídica y para evitar lagunas de interpretación, una hipotética reforma legal también debería concretar —siempre con carácter mínimo para dejar espacio al convenio colectivo— otras cuestiones, tales como cuál sería la antelación con la que se activaría esta garantía y su duración, si el trabajador podría estar asistido por una tercera persona,²³ si su disfrute interrumpiría el plazo de prescripción de las faltas, y, en fin, a qué despido resultaría aplicable, pues la norma apunta a las terminaciones de contrato ocasionadas “por motivos relacionados con la conducta o rendimiento” del trabajador. Que a los despidos disciplinarios se extienda esta garantía parece claro; pero tal vez también puede parecer plausible extenderla al despido objetivo por ineptitud sobrevenida habida cuenta, primero, de los genéricos términos en los que se expresa la norma internacional que no hace ninguna matización al respecto²⁴ y, segundo, porque la ineptitud ocasiona o puede ocasionar una disminución de rendimiento que, aunque independiente de

21 SSTS de 4 y de 5 de noviembre de 1987 (RJ 1987/7810 y RJ 1987/781).

22 Como se observa por el Informe General sobre la Protección contra el Despido Injustificado de la CEACR, “la excepción está formulada en términos flexibles: no se exige que la defensa sea imposible sino tan sólo que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esa posibilidad. Durante los trabajos preparatorios, en la segunda discusión, varios gobiernos propusieron una enmienda con objeto de agregar al final de la primera parte del artículo las palabras siguientes: «a menos que sea culpable de una falta grave, es decir, de una falta de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que le otorgue esta posibilidad». Esta enmienda fue retirada habida cuenta del texto propuesto por un grupo de trabajo. Corresponderá a los órganos responsables de la aplicación de las disposiciones nacionales velar por que esta disposición del Convenio sea aplicada de buena fe” (párrafo 149).

23 A estos efectos, conviene recordar que el art. 9 Recomendación núm.166 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo dispone que “todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, se defienda de cargos acerca de su conducta o su trabajo que puedan llevar a la terminación de su relación de trabajo; este derecho puede ser regulado por los métodos de aplicación previstos en el párrafo 1 de la presente Recomendación”.

24 Como expone el Informe General antes mencionado, en su párrafo 145, “este artículo [el art. 7 C158] se refiere no sólo a los motivos relacionados con la conducta del trabajador sino también a los relacionados con su trabajo (rendimiento), como, por ejemplo, el desempeño insatisfactorio. En cambio, no hace referencia al motivo de terminación basado en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio, respecto del cual se prevén procedimientos colectivos en los artículos 13 y 14 del Convenio”.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

la voluntad del trabajador, es imputable al mismo.²⁵ Ergo, si a todo lo anterior debería responder la norma nacional para que el precepto internacional fuera directamente aplicable, resulta del todo punto lógico considerar que el contenido de éste último no es autoejecutivo, ni capaz, por lo tanto, de desplazar a la norma interna en el hipotético control de convencionalidad que pudiera efectuar el órgano judicial nacional.

Se podrá argumentar como crítica a este razonamiento que el art. 31 Ley 25/2014 dispone que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. Este es un precepto, trasunto del art. 96 CE y del art. 1.5 CC, que incorpora un mandato al juzgador para primar la norma internacional, que ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico, frente a la interna cuando detecte que ésta última es contraria a la primera o entra en conflicto con ella.²⁶ Ello no obstante, este mandato creo que no puede servir de pretexto para aplicar el control de convencionalidad en todo momento y lugar.²⁷ Más bien, obliga a un examen cuidadoso de las reglas establecidas, pues no parece fácil aceptar la eficacia directa de normas que se formulan como amplios principios ni de aquellas que se insertan en un contexto del que se desprende la existencia de diferentes posibilidades de concreción por los Estados firmantes²⁸, que es lo que ocurre, precisamente, con el art. 7 C158.

Consecuencia de la postura interpretativa que aquí se sostiene es que, a salvo de lo que puedan introducir los convenios colectivos, no quepa la declaración de improcedencia del despido en tanto que la norma internacional no llegaría a desplazar a la norma interna y, a su vez, ésta no contempla un trámite previo que seguir (más allá del previsto para los representantes o delegados sindicales o para ciertos grupos de trabajadores, como se dijo) cuya inobservancia despliegue aquel efecto en la calificación del despido. Tampoco, por lo tanto, habría daño que indemnizar por parte del empleador, puesto que no se le puede exigir algo que, verdaderamente, no se le impone cumplir.

25 Sin que la concesión del período de preaviso del art. 53.1.c) ET suponga dar cumplimiento al art. 7 C158. Primero, porque en este período de preaviso el trabajador puede o puede no tener la posibilidad de defensa, en tanto que no está diseñado para ello y, segundo, porque este requisito formal puede ser obviado por el empresario con la mera entrega de los salarios correspondientes a dicho período (art. 53.4 ET, último párrafo). Por lo demás, en cuanto al despido por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, no creo que a este tipo de despido se le pueda extender la garantía de defensa, toda vez que la extinción se producirá, llegado el caso, por un hecho objetivo (la falta de adaptación) y tras no haber superado la formación correspondiente.

26 La STC 140/2018, de 20 de diciembre afirma que la expresión “prevalencia de los tratados” “no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación”.

27 De hecho, así se ha apuntado por la doctrina al considerarse que el ámbito de aplicación del art. 31 Ley 25/2014 queda limitado a los tratados que sean de aplicación directa y no a otros. Así, Diez-Hochleitner Rodríguez, J., “Artículo 31. Prevalencia de los Tratados”, en AAVV: *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2015, p. 581.

28 Goerlich Peset, J.M.ª: “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, vol. 2, núm.1, p. 15.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

Ahora bien, con esto y con todo, tampoco se puede estar de acuerdo con la tesis de que queda cubierta la posibilidad de defenderse que impone la norma internacional mediante la entrega de una carta de despido lo suficientemente detallada como para que el trabajador pueda defenderse de la decisión de la empresa a través de las vías extrajudiciales correspondientes o en el mismo proceso judicial. Y no se está de acuerdo con ello porque, bien leído, el art. 7 C158 impone una tutela *ex ante* a la finalización de la relación laboral. Esto es, lo que señala la norma internacional es que, con independencia de que al trabajador se le otorgue la posibilidad de articular su defensa ante órganos administrativos o judiciales, debe también poder defenderse de los hechos que se le imputan en un momento previo a que se instrumentalice la decisión de despido. El carácter constitutivo de éste eliminaría tal posibilidad, por lo que la garantía que incorpora ha de situarse antes de que se desplieguen los efectos del mismo. De ahí que no sea suficiente para dar oportuno cumplimiento al precepto convencional ni la entrega de la carta de despido, ni el posterior acto de conciliación ni el ulterior proceso judicial.²⁹

Por ello, si, en la cada vez más cercana reforma del despido, quien legisla se decide a dar cumplimiento a este precepto internacional para caminar hacia un modelo avanzado de relaciones laborales debe tener en cuenta que no basta, en este punto, con los mecanismos judiciales y extrajudiciales de los que ya se dispone. En los despidos “relacionados con la conducta o rendimiento” del trabajador (despido disciplinario y tal vez, como antes se ha dicho, despido objetivo por ineptitud sobrevenida) haría falta incorporar un trámite que se adicione a la entrega de la carta de despido, pero que se materialice antes de ese momento. Se trataría, y ya por decirlo claramente, de introducir una previsión en los correspondientes preceptos del Estatuto y de la LJS por la que se matice que, previamente a la entrega de la carta (habría que precisar con cuánta antelación), se dará audiencia previa al trabajador afectado y que, en correlación, la inobservancia de esta garantía determinará la improcedencia del despido.

Pero no sólo eso. La intervención legislativa, para cumplir —se insiste— con las mínimas exigencias de ofrecer seguridad jurídica a las partes, también tendría que entrar a regular, aunque fuera con carácter mínimo, la excepción que contempla la norma internacional, que es, ciertamente, el tema más delicado de solventar. Al efecto, recuérdese que la posibilidad de defensa previa decaerá cuando “no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. La expresión, es evidente, deja un amplio margen para la interpretación.³⁰ Podría pensarse en supuestos

²⁹ En el mismo sentido, Sanguinetti Raymond, W., “La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador”, *Trabajo y Derecho*, núm.101, 2023, p. 6 y García González, G., “La audiencia al trabajador en el despido disciplinario: una relectura del ordenamiento jurídico interno a la luz del Derecho internacional”, *Trabajo y Derecho*, núm.109, 2024, p. 17.

³⁰ Como se dijo en la nota 22, durante los trabajos preparatorios del Convenio, varios gobiernos propusieron una enmienda con objeto de agregar al final de la primera parte del artículo las palabras siguientes: “a menos que sea culpable de una falta grave, es decir, de una falta de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que le otorgue esta posibilidad”. Pero, esta enmienda finalmente fue retirada. Por ello, creo que no puede sostenerse que el vacío regulatorio del art. 7 C158 pueda ser cubierto aplicando lo dispuesto en el art. 11 C158 sobre la necesidad de preaviso. Según este precepto, “el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante el plazo de preaviso”. Poniendo en relación esta previsión con el mandato del art. 7 C158, se ha llegado a afirmar que la propia norma internacional “ampara la posibilidad de que los despidos por faltas graves resulten excluidos del ámbito del art. 7 C158” (García González, G., “La audiencia al trabajador...”, op.cit., p. 10). No obstante, en tanto que la retirada, en su momento, de la enmienda demuestra una determinada intención legislativa, no creo que pueda traerse a colación una conexión entre el art. 7 y el art. 11 del Convenio para integrar la laguna que deja el primero.

de notoria trascendencia y/o gravedad en los que se haga necesaria una actuación rápida para apartar al trabajador de su puesto de trabajo. Así, es factible considerar que ello sea así en un supuesto evidente y notorio de consumo de estupefacientes o de alcohol, ya que tal comportamiento puede poner en extremo peligro tanto al trabajador, como a los compañeros, como a terceras personas o, cuando el trabajador desempeña un puesto de confianza y, por las circunstancias que sean, ha transgredido gravemente la buena fe contractual o cuando exista la certeza de que se pueden destruir pruebas. La razonabilidad de la decisión del empresario, su proporcionalidad, es, en definitiva, lo que tendría que evaluarse y medirse en estos casos, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés empresarial que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Pero me temo que la valoración de esta circunstancia sería una cuestión llamada a judicializarse, creando un foco problemas entre las dos partes de la relación laboral porque, desde el momento en que hay dos intereses contrapuestos y una situación, la del despido, muy delicada, la razonabilidad se evaluaría con dos varas de medir distintas, generándose una situación de tensión evidente. Cuestión distinta sería, ello no obstante, que vía convenio colectivo se fijaran límites a esa facultad empresarial consistentes, por ejemplo, en priorizar la imposición de la sanción de suspensión de empleo y sueldo o la de empleo únicamente para apartar cautelarmente al trabajador que va a ser afectado por el despido de su puesto sin tener que negarle su derecho a la defensa previa.³¹

Por lo demás, si se están planteando hipótesis sobre futuras reformas laborales, debería entrarse también en los efectos que sobre la prescripción de las faltas pudiera tener este derecho de audiencia previa. Tal vez aquí, por analogía, podría aplicarse lo dispuesto por la jurisprudencia para el expediente contradictorio del que gozan los representantes de los trabajadores y que conduciría a sostener que, mientras se sustancie el trámite, los plazos de prescripción de las faltas deberían ser interrumpidos, comenzando a correr de nuevo desde el día en que finalizase el acto.³²

Precisamente, esta analogía con el expediente contradictorio también podría servir de ayuda para concretar cómo debería instrumentalizarse este derecho. Si se observa, el art. 7 C158 dispone

31 Como propone la STSJ Madrid, de 28 de abril de 2023 (Rec. núm.1436/2022). Un ejemplo en el art. 73.3.4 del Convenio colectivo de empresas de mediación de seguros privados (resolución de 3 de noviembre de 2023) que dispone que "en aquellos supuestos o situaciones que, por sus especiales características, requieran de un periodo previo de investigación para el más adecuado conocimiento del alcance y naturaleza de los hechos, podrá disponerse la suspensión de empleo, no de sueldo, de la persona afectada por dicha situación". En idénticos términos, art. 71.2 del XXIV Convenio colectivo del sector de la banca (resolución de 17 de marzo de 2021). De igual modo, el art. 73 del Convenio colectivo de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores (resolución de 29 de enero de 2021) señala "mediante medida cautelar, y solamente cuando la falta a considerar pudiera ser muy grave, la Fundación cuando sea necesario para un mejor conocimiento del alcance y la naturaleza de los hechos que se hubiesen producido, podrá decretar cautelarmente la suspensión de empleo del trabajador afectado, por un máximo de treinta días naturales estando el mismo a disposición de la Fundación durante esos días. En los casos en los que se haya decretado la imposición de una medida cautelar se entenderán suspendidos todos los trámites y plazos para dictar resolución del expediente disciplinario, volviendo a computar dichos trámites y plazos a partir del día siguiente a finalizar dicha medida cautelar". Por su parte, el art. 40 del Convenio colectivo de Mercadona (resolución de 16 de febrero de 2024) dispone que "en el caso que la Dirección de la Empresa decida abrir un expediente de investigación previo a la sanción, podrá conceder un permiso retribuido a la persona trabajadora mientras se sustancia dicha investigación".

32 SSTs de 25 de mayo de 1985 (RJ 2759) y de 27 de octubre de 1986 (RJ 5909).

que, antes de que se de por concluida la relación laboral, se le tiene que ofrecer al trabajador “la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él”. Esta frase implica, en primer lugar, que a la persona afectada se le comuniquen los hechos constitutivos del despido de forma fehaciente y clara, con indicación —sería lo deseable— de la fecha en la que se cometieron y de la sanción que proceda, todo ello principalmente por escrito para dejar constancia de que el trámite se ha iniciado. Transcurridos unos días desde la comunicación empresarial, se le debería convocar a una audiencia para posibilitar la contradicción y la defensa, dándole la oportunidad de ser oído y de rebatir los hechos para matizar o intentar cambiar el sentido de la decisión patronal.³³ A esa audiencia podría asistir, además del trabajador, otra persona, bien un representante o alguien de su elección, que lo acompañara y lo asistiera, concluyendo el acto con una notificación por escrito de la empresa que constatará o no la existencia de los hechos imputados. En definitiva, se trataría, efectivamente, de un acto similar al expediente contradictorio y, como aquél, no debería requerir, salvo que así se estipulase por convenio, la presencia de otras formalidades, como podría ser la apertura de un período de práctica de la prueba, la designación de un instructor y secretario, el traslado al trabajador o a sus representantes de las pesquisas o indagaciones en los que se sustenten los hechos o la emisión por cualquiera de éstos de un informe escrito.³⁴

33 Como indica el Informe General sobre la Protección contra el Despido Injustificado de la CEACR en su párrafo 146, “el Convenio no indica explícitamente la forma que debería adoptar esta defensa ni la forma en que deberían presentarse los cargos. Lo importante es que los cargos se formulen y se comuniquen al trabajador sin ambigüedad y que se ofrezca a éste una posibilidad de defenderse real”. Y ello sin necesidad de que ese trámite implique necesariamente “un pleito”, pues “en respuesta al proyecto de texto presentado a la Conferencia por la Oficina tras la primera discusión, que preveía que no debería darse por terminado el empleo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su trabajo antes de que el empleador le hubiese concedido una entrevista («hearing» en inglés) en la que le diese la posibilidad de defenderse de los alegatos formulados contra él, tres Gobiernos propusieron, a fin de asegurar una mayor flexibilidad, que se suprimiera la referencia en este párrafo a la palabra «hearing», por considerarse que supone implícitamente un procedimiento casi judicial. La Oficina indicó que, en la medida en que la palabra «hearing» pudiera tener ese sentido, estimaba que esta referencia podría suprimirse sin modificar el fondo de la disposición, con arreglo a la cual no debería darse por terminado el empleo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su trabajo antes de haberle ofrecido la oportunidad de defenderse contra los alegatos formulados” (párrafo 147).

34 Por ejemplo, el art. 66 del XX Convenio colectivo general de la industria química (resolución de 7 de julio de 2021) dispone que “corresponde a la empresa la facultad de imponer sanciones en los términos de lo estipulado en el presente Convenio. a) La sanción de las faltas leves y graves requerirá comunicación escrita motivada a la persona trabajadora y la de las faltas muy graves exigirá tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído la persona trabajadora afectada de conformidad con el procedimiento que se indica a continuación: 1. La Dirección de la empresa notificará a la persona trabajadora afectada por escrito los hechos en que pudiera haber incurrido con expresión de los posibles preceptos infringidos. 2 En dicho escrito se hará constar el tiempo de que dispone la persona trabajadora a efectos de formular el correspondiente escrito de alegaciones o pliego de descargos en su defensa y que no podrá ser inferior a 3 días. 3. Una vez transcurrido el plazo concedido para formular alegaciones, la Dirección de la empresa, valorando éstas de haber sido formuladas, notificará por escrito a la persona trabajadora la resolución del expediente haciendo constar, en su caso, la calificación definitiva de la falta cometida como leve, grave o muy grave, el apartado concreto de los artículos 63, 64 o 65 en que queda tipificada, así como la sanción impuesta y la fecha de efectos de ésta última. De no constatarse la existencia de conducta sancionable se notificará igualmente por escrito a la persona trabajadora el archivo del expediente. 4. De todo lo actuado la Empresa dará cuenta a los representantes de las personas trabajadoras al mismo tiempo que el propio afectado, así como a los delegados sindicales del sindicato al que perteneciera la persona trabajadora cuando el dato de la afiliación sea conocido por la empresa. En cualquier caso, la empresa dará cuenta a los representantes de las personas trabajadoras por escrito, al mismo tiempo que al propio afectado, de toda sanción que imponga. Por su parte, el art. 76 del XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal (resolución de 8 de enero de 2018) apunta que

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

En fin, conexo a este tema de las formalidades que debería revestir el derecho a la audiencia previa, se plantea, asimismo, la cuestión de los plazos a respetar. Cabe pensar que, en ausencia de previsión expresa en convenio colectivo³⁵, habría que entender que el plazo de tramitación debería ser, de nuevo, el razonable —sin que medie ningún tipo de dilación indebida— dentro de la complejidad que conlleven los hechos a esclarecer. Y ello en el bien entendido de que el trámite podría darse por cumplido si el trabajador afectado mostrara una actitud pasiva y no realizara las oportunas alegaciones en su defensa.³⁶

"2. No se podrán imponer sanciones por faltas graves o muy graves sino en virtud de expediente contradictorio incoado al efecto en el que se dará audiencia al interesado y al Comité de Empresa o delegados de Personal, haciéndoles saber el derecho que les asiste a ser oídos en el expediente. El interesado dispondrá de un plazo de diez días naturales, contados desde la notificación del pliego de cargos, para presentar las alegaciones que estime pertinentes en defensa de sus derechos. En el mismo plazo de diez días podrá emitir un informe la representación legal de los trabajadores. Asimismo, se dará audiencia al delegado sindical acreditado por el sindicato al que el trabajador estuviera, en su caso, afiliado, si la ONCE conociera este dato. 3. De toda sanción se dará traslado por escrito al trabajador, quien deberá acusar recibo de la comunicación. En la misma se describirán claramente los actos constitutivos de la falta, la fecha de su comisión, graduación de la misma, y la sanción adoptada por la Entidad. En la citada comunicación se hará saber al interesado el derecho que le asiste para solicitar la revisión de la sanción ante la jurisdicción laboral. Las resoluciones disciplinarias por faltas graves o muy graves se deberán comunicar al Presidente del Comité de Empresa o Delegado de Personal. 4. En aquellos expedientes disciplinarios cuya propuesta de resolución sea la de despido, será oído el Comité Intercentros de forma previa a la resolución. En todos los supuestos de despido disciplinario, la ONCE dará traslado por escrito al Comité Intercentros de la sentencia recaída y del sentido de la opción que ejercite en su caso".

35 Un ejemplo en el art. 73 del Convenio colectivo de Fundación Diagrama Intervención Psicosocial en su ámbito de actividad de reforma juvenil y protección de menores (resolución de 29 de enero de 2021), que dispone que "para la imposición de sanciones por falta grave o muy grave, será preceptiva la instrucción de expediente sumario. Este expediente se incoará previo conocimiento de la infracción, remitiendo al interesado o interesada pliego de cargos con exposición clara de los hechos supuestamente constitutivos de falta; ante este pliego de cargos la persona interesada podrá responder con un pliego de descargo en un plazo máximo de 10 días naturales, debiendo la Fundación dar respuesta a este pliego de descargo en un plazo máximo de otros 10 días naturales". Por su parte, el art. 80 del Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (resolución de 23 de noviembre de 2020) apunta que "en los supuestos causantes de sanción por faltas graves y muy graves, y previamente a su imposición, la Entidad dará audiencia a la persona interesada en un plazo de tres días, siempre que no se perjudiquen los plazos establecidos en las normas laborales y procesales vigentes que sean de aplicación y no se produzca preclusividad".

36 Al efecto, el art. 42 del Convenio colectivo de acción e intervención social (resolución de 18 de octubre de 2022) dispone que "para la imposición de sanciones por falta muy grave será preceptiva la instrucción de expediente disciplinario informativo. Este expediente se incoará previo conocimiento de la infracción, remitiendo al interesado pliego de cargos con exposición sucinta de los hechos constitutivos de falta. De este expediente se dará traslado y solicitará la colaboración del comité de empresa o delegados y delegadas de personal, y a la sección sindical si la empresa tuviera comunicación fehaciente de su afiliación o si lo solicitara el afectado o afectada, para que, ambas partes y en el plazo de seis días naturales, puedan manifestar a la empresa lo que consideren conveniente para el esclarecimiento de los hechos. Transcurrido el plazo de seis días naturales y aunque el comité, los delegados y delegadas, la sección sindical o el trabajador y trabajadora no hayan hecho uso del derecho que se les concede a formular alegaciones, se procederá a imponer al trabajador o trabajadora la sanción, en su caso, que se estime oportuna, de acuerdo a la gravedad de la falta y lo estipulado por el presente convenio".

3. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE REPRESENTANTE EN CASO DE DESPIDO

La segunda cuestión que aborda este trabajo es, como se dijo, la pérdida de la condición de representante en caso de despido o, más concretamente, desde que se instrumentaliza la decisión extintiva por motivos disciplinarios hasta que se dicta la sentencia de instancia. Para proceder a una correcta delimitación del tema, conviene recordar cuál es el marco normativo del que se parte. Así, en línea de principio, por lo que atañe a las normas sustantivas, el art. 68.c) ET dispone que una de las garantías de las que goza quien ejerce la función de representar a los trabajadores es “no ser despedido ni sancionado durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo en caso de que esta se produzca por revocación³⁷ o dimisión, siempre que el despido o sanción se base en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación, sin perjuicio, por tanto, de lo establecido en el artículo 54”. Es éste un precepto que resulta ser trasunto del art. 1 C135, que apunta que “los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”.

En lo que respecta ahora a las normas procedimentales, el art. 284.c) LJS anuda una serie de consecuencias al incumplimiento de la orden de reposición del trabajador en el seno de la ejecución de sentencias firmes de despido, entre ellas “que el delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical continúe desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo, advirtiéndolo al empresario que, de impedir u oponer algún obstáculo a dicho ejercicio, se pondrán los hechos en conocimiento de la autoridad laboral a los efectos de sancionar su conducta de acuerdo con lo que dispone el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”. De igual modo, el art. 302 LJS, en el marco de la ejecución provisional de sentencias de despido, se remite al precepto indicado para matizar que “cuando el despido o la decisión extintiva hubiera afectado a un representante legal de los trabajadores o a un representante sindical y la sentencia declarara la nulidad o improcedencia del despido, con opción, en este último caso por la readmisión, el órgano judicial deberá adoptar, en los términos previstos en el párrafo c) del artículo 284 las medidas oportunas a fin de garantizar el ejercicio de sus funciones representativas durante la sustanciación del correspondiente recurso”.

³⁷ El art. 67.3 ET apunta que “solamente podrán ser revocados los delegados de personal y miembros del comité durante su mandato, por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo, de los electores y por mayoría absoluta de estos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto”.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

Como se observa, las normas procedimentales no están pensadas para garantizar el mantenimiento de la condición de representante durante la primera fase del proceso, es decir, en el ínterin que transcurre desde que se instrumentaliza la decisión de despido hasta que se resuelve por la sentencia de instancia. Ello sólo acontece en fase de recurso y de ejecución definitiva. Con todo, lo anterior a salvo de que se soliciten medidas cautelares ex art. 180.2 LJS, que, como es conocido, señala que “en el caso de que se invoque vulneración de la libertad sindical, sólo se podrá deducir la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando las presuntas lesiones impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación”. Por su lado, las normas sustantivas también son muy claras, al otorgar al representante inmunidad contra el despido o cualquier acto que pudiera perjudicarle cuando los mismos se fundamenten, precisamente, en su condición de representante, pero no cuando los hechos se puedan incardinar en cualquiera de los supuestos causales que prevé el art. 54 ET.

Pues bien, es a este razonamiento al que se acoge la STS de 25 de abril de 2023 (Rec. núm. 4371/2019) para declarar que la condición de representante se pierde en la fase de instancia, desde el mismo momento del despido. En apretada síntesis, en el supuesto de hecho se enjuiciaba la incidencia que pudiera tener sobre la libertad sindical y la función representativa la negativa empresarial a la petición de los representantes de los trabajadores despedidos disciplinariamente (y afiliados a un sindicato) a participar en las reuniones del Comité de empresa mientras duraba la tramitación del proceso en la instancia. La Sala considera que ninguna vulneración existe del derecho cuestionado y que concurre en el marco nacional “una adecuada garantía de las facultades representativas que el ordenamiento internacional encomienda proteger” por dos motivos básicamente.

Primero, por la naturaleza constitutiva del despido, que lleva aparejada la consecuencia de la extinción inmediata de la relación laboral,³⁸ esto es, desde el mismo momento en que se instrumentaliza la decisión empresarial.³⁹ Lo que se compadece con el hecho de que “los derechos de representación

38 Señala, a estos efectos, la STC 33/1987, de 12 de marzo, que “la relación laboral, a consecuencia del acto del despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular”. Por su parte, sentencias como las SSTS de 27 de febrero de 2020 (Rec. núm. 3230/2017) y de 10 de enero de 2023 (Rec. núm. 3770/2021), entre otras, confirman que “el carácter constitutivo del despido también se desprende de la redacción actual del artículo 55.7 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, al establecer que el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablecen o hacen renacer el contrato inicialmente extinguido”.

39 No aplica la Sala la doctrina emanada de la STC 44/2001, de 12 de febrero, en la que figuraba la necesidad de conciliar el otorgamiento de efectos extintivos inmediatos al acto empresarial de despedir con la doctrina sobre los efectos de la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, “ya que si finalmente el órgano judicial declara el despido radicalmente nulo por vulneración del derecho a la libertad sindical (u otro derecho fundamental del trabajador), esa declaración de nulidad debe traer consigo el restablecimiento del contrato de trabajo en los mismos términos en los que existía en el momento del despido”. Y no la aplica porque la conducta empresarial en ambos supuestos no es la misma (siendo en el caso enjuiciado en la sentencia del Tribunal Constitucional más proclive a impedir a la trabajadora representante el ejercicio de sus funciones) y porque el verbo “restablecer” que se emplea en la sentencia no tiene las mismas connotaciones que el verbo “mantener”. En concreto, se matiza que el significado de “restablecimiento o restauración difiere del de mantenimiento o persistencia en alguna de las actividades vinculadas (como sería la atinente al ejercicio de las funciones representativas). Mientras que la acción de restablecer se refiere a volver a establecer algo o ponerlo en el estado que antes tenía, el mantener implicaría proseguir, sostener o conservar una condición, en este caso la concerniente a dichas actividades de representación”.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

sindical no pueden entenderse como una situación autónoma a la previa existencia de una relación de trabajo, es decir, precisan de una vinculación o conexión laboral, aunque no dependan en todo momento de la realización efectiva de la prestación de servicios”.

Y segundo, porque “cuando todavía no se ha declarado judicialmente la improcedencia (con opción por la readmisión) o nulidad del despido, el legislador no ha previsto explícitamente la extensión de la garantía reforzada del ejercicio de las funciones representativas”. Con todo, se añade que “la protección o garantía de los representantes de los trabajadores en el lapso anterior a la declaración de nulidad o improcedencia de sus despidos vendría de la mano de la regulación que a ese fin y objeto ha diseñado el legislador en el art. 180.2 de la LRJS en el procedimiento de tutela. Pero este conducto no consta que fuera impulsado en el actual supuesto por los demandantes, como tampoco se da noticia de una virtual activación paralela de las fórmulas legislativas operantes en el seno del procedimiento de despido disciplinario”.

Los argumentos empleados, ciertamente, son rotundos. Pero, con esto y con todo, a mi modo de ver, el planteamiento es errado. De sobra conocido es que el fundamento único y la razón de ser de todo el aparato representativo lo constituye la defensa y gestión de los intereses colectivos de los trabajadores en la empresa.⁴⁰ Porque, ciertamente, el desempeño de un cargo de representación no es sólo y únicamente una prerrogativa o un derecho individual; también es —y ante todo— una función de proyección colectiva, establecida a favor de los representados. Repárese, precisamente, en que el objetivo que se busca alcanzar con el instituto de la representación es compensar, en cierta medida, los claros efectos que la subordinación jerárquica provoca en las relaciones individuales de trabajo. Algo que se consigue a través de la constitución de una estructura jurídica de carácter colectivo que, *per se*, “se superpone a aquellas relaciones individuales y que se sitúa, para ejercer de modo directo y más eficaz su labor, en un plano de horizontalidad respecto al ente empresarial”.⁴¹

Es desde esta inicial perspectiva desde la que hay que entender que se atribuya a los representantes de los trabajadores una amplia gama de derechos, garantías y facilidades al objeto de lograr el correcto desenvolvimiento de la tarea que a aquéllos se les asigna. Así, entre los primeros se encuentran los derechos de información, consulta, vigilancia y control, participación y colaboración, contemplados todos ellos en el art. 64 ET y que suponen un instrumento imprescindible para que aquéllos puedan desarrollar las labores de defensa, vigilancia y control que les son propias de modo eficaz, ejerciendo sobre una base real sus competencias, tomando decisiones o actuando con el suficiente conocimiento de causa para defender de una forma adecuada los intereses de sus representados. Por su lado, en el plano de las garantías, el ejercicio de la tarea de representación hace nacer a favor del representante toda una serie de medidas que van encaminadas a protegerle contra toda injerencia patronal (incluido el despido) que pudiera perjudicar su situación laboral, mermando su concreto acervo de derechos laborales o lesionando gravemente el desempeño de su actividad

⁴⁰ Iglesias Cabero, M., *Derecho sindical y representación de los trabajadores*, Colex, Madrid, 1996, p. 139.

⁴¹ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de abril de 1997 (Rec. núm. 5718/1994).

representativa. Piénsese que la función representativa y el alto interés al que sirve quedarían seriamente menoscabados si la actividad de defensa de los intereses colectivos reputara para quien la realizara consecuencias negativas. Pues ello no sólo repercutiría en el representante que soportara dicho perjuicio, sino que, por su potencial efecto disuasorio para la decisión de realizar funciones representativas, se proyectaría, asimismo, sobre los propios representados, al quedar afectadas las tareas de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Ahora bien, cierto es que el hecho de que la representación legal de los trabajadores goce de una especial protección jurídica para garantizar su libertad e independencia, tiene su excepción en el supuesto del despido disciplinario. El representante, por lo dispuesto en el art. 68.c) ET, no podrá ser objeto de daño o represalia alguno que derive, de modo directo, del ejercicio de su actividad representativa y ello tanto durante su mandato como durante el año inmediatamente posterior a la finalización de éste. Realmente, pues, lo que dimana de la letra del precepto es la interdicción de cualquier acto patronal que suponga la discriminación del trabajador por el mero hecho de ostentar la condición de representante, pues el desempeño de las tareas representativas no puede suponer un empeoramiento, una carga añadida para el representante cuando se compara con su situación anterior o con la del resto de sus compañeros.

Ello no obstante, tomado en sus estrictos términos, este artículo vendría a proscribir la sanción empresarial de cualquier conducta del representante, por excesiva que fuera, efectuada en el marco de la acción representativa. Tal aseveración, sin embargo, ha sido convenientemente matizada por la jurisprudencia⁴², que ha sostenido que este artículo no puede ser utilizado como patente de corso para amparar conductas abusivas del representante. Indicación ésta que ha sido trasladada al redactado del propio precepto al reconocerse la posibilidad de que los representantes puedan ser sancionados disciplinariamente si llegaran a cometer, aun en el ejercicio de sus funciones, cualquier acto que supusiera un incumplimiento laboral de los previstos en el art. 54 ET. Y ello en el bien entendido de que determinadas conductas que suponen la extralimitación en el ejercicio de la función representativa pueden ser consideradas también, y a su vez, incumplimientos laborales, incumplimientos de las obligaciones que el representante tendría que haber observado como trabajador de la empresa y que, por tal motivo, habrían de caer dentro de las facultades de control y sanción del empresario.

La cuestión, esto dicho, es dónde trazar la frontera de esta garantía, si en el momento mismo del despido disciplinario o en el de la sentencia que determine si ha existido un incumplimiento laboral de los previstos en el art. 54 ET. Ciertamente, el carácter constitutivo del acto extintivo conduce a defender la primera de las hipótesis, sin perjuicio de que la calificación de improcedencia o nulidad del despido implique que el representante pueda volver a retomar sus funciones en un momento posterior. Pero, ¿se compadece ello con la alta función a la que está llamada a desempeñar la representación de los trabajadores? ¿Es coherente jurídicamente que la simple decisión empresarial deje sin cobertura representativa a los trabajadores? A mi modo de ver, no. Y no lo es simple y llanamente porque, poniendo en relación los arts. 67 y 68 ET, resulta que el mandato de los representantes

42 STS de 20 de febrero de 1990 (RJ 1990\1121).

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

sólo puede quedar extinguido cuando finalice el mandato, cuando se produzca la dimisión⁴³ (o el abandono)⁴⁴ del representante y en caso de revocación por parte de los representados, amén, desde luego, de hechos tales como la muerte o jubilación del trabajador, el cierre⁴⁵ o desaparición del centro de trabajo⁴⁶ o la transmisión de empresa cuando la unidad transmitida no conserve su autonomía.⁴⁷ Y, por más que se busque, no se encuentra, lógicamente, una norma estatutaria o reglamentaria que determine que la extinción del mandato pueda producirse por la decisión unilateral del empresario, lo que sería una injerencia en toda regla a la función representativa y una patente de curso para homologar conductas empresariales cuanto menos sospechosas.⁴⁸ Es más, cuando, en sede judicial, se ha tenido que resolver sobre la pérdida de las condiciones de elegibilidad por extinción del mandato a causa del despido, es posible observar cómo la solución de algunas resoluciones ha pasado por considerar que la relación laboral, en estos supuestos, no se extingue con el despido si éste ha sido impugnado en vía jurisdiccional, sino que perdura hasta que sea firme la sentencia que declare la terminación de dicha relación, toda vez que ello se relaciona con la facultad conferida a los representantes —y no al empresario, como en el régimen general— de optar, ante un despido improcedente, por la readmisión o la extinción del vínculo contractual.⁴⁹

43 SSTS de 30 de junio de 2020 (Rec. núm. 4234/2017), de 26 de marzo de 1991 (RJ 1991\1900) y de 21 de diciembre de 1990 (RJ 1990\9818).

44 SSTS de 1 de junio de 1990 (RJ 1990\4996) y de 2 de julio de 1987 (RJ 1987\5059).

45 STC 64/ 2016, de 11 de abril que señala que "el mantenimiento de la condición de miembro del comité de empresa requiere de la subsistencia del centro de trabajo para el que se fue elegido, [por lo que] desaparecido el centro de trabajo y trasladados los trabajadores a otros distintos, como ocurre en el presente caso, no pervive la condición de representante legal de los trabajadores".

46 STS de 28 de abril de 2017 (Rec. núm. 124/2016), en la que se avala la pérdida del mandato por desaparición del centro de trabajo para el que fueron elegidos los representantes, siendo adscritos los trabajadores, en régimen de trabajo a domicilio o teletrabajo, a otro centro que ya contaba con sus propios representantes con motivo del acuerdo específico con el Comité Intercentros en el seno de un procedimiento de despido colectivo. Con todo, la STS de 5 de diciembre de 2013 (Rec. núm. 278/2013) considera que no pierden su condición de tales los miembros del comité de empresa trasladados a otro centro de trabajo, junto con parte importante de trabajadores del centro originario, que fueron sus electores y que, además, carecen de otra representación.

47 STS de 14 de marzo de 2024 (Rec. núm. 81/2022), leída a contrario.

48 De idéntica opinión, Beltrán de Heredia, I., "La condición de representante de los trabajadores se pierde en el despido disciplinario mientras se resuelve la sentencia judicial (STS\Pleno 25/4/2023)", *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 30 de mayo de 2023. Recuperado el 20 de mayo de 2024.

49 Son sentencias, con todo, antiguas, como la STC 83/1982, de 22 diciembre señala que "en el caso de los representantes sindicales, en que según hemos visto el empresario no puede optar por extinguir unilateralmente y por su voluntad libre la relación laboral, una vez declarado improcedente el despido hay que afirmar que la obligación que le impone el art. 227 de abonar la retribución en todo caso, opte o no por la prestación de servicios, acredita la existencia de una relación de trabajo, cualquiera que sea la configuración doctrinal por medio de la cual pretenda explicarse coherentemente; y existiendo tal relación, ha de concluirse que subsiste el derecho de representación sindical, dado su carácter, sin que pueda entenderse suspendido sobre la base de la interpretación de un precepto que no impone tal suspensión". Por su parte, la STSJ Galicia, de 26 de abril de 1995 (Rec. núm. 1495/1995) preceptúa que "esta Sala entiende, de conformidad con el art. 300 de la TALPL (RCL 1990\922 y 1049), y con reiterada doctrina de suplicación del desaparecido Tribunal Central de Trabajo (Sentencia de 12 abril 1988, [RTCT 1988\155]), el derecho de los representantes legales de los trabajadores a mantener todos los derechos y funciones de representación colectiva mientras se mantenga la relación laboral con la empresa, y que ésta no se extingue por el despido, sino que habrá que estar a que recaiga resolución judicial, de tal forma que si el despido es declarado procedente se extingue el mandato que tenían conferido, en tanto que si se declara por sentencia

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

Por lo tanto, creo que es una interpretación no ajustada a la finalidad pretendida con la plasmación de la garantía contenida en el art. 68.c) ET considerar que la mera decisión de despido disciplinario pueda suponer la extinción del mandato representativo. Se busca proteger al trabajador representante frente a decisiones sancionadoras que pudieran perjudicarle en el ejercicio de sus funciones y plantear, como se hace, que el empresario pueda, por su voluntad, dar por finalizado el mandato en el momento en el que articula el despido supone ignorar el esencial papel que se les atribuye a estos sujetos. El límite, cierto es, se encuentra en el art. 54 ET o, si nos fijamos ahora en el art. 1 C135, en una actuación representativa “conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor” (art. 1 C135). Pero una cosa es esto y otra que, sin el oportuno contraste judicial, se den por buenas, ya de inicio, las alegaciones empresariales a un nivel tal que determinen la pérdida de la condición de representante. Porque, sencillamente, esta es la idea que subyace cuando se utiliza el argumento del carácter constitutivo del despido. Y a ello no obsta que, si se articula la medida cautelar prevista en el art. 180.2 LJS, el representante pueda seguir ejerciendo sus funciones. Primero, porque, como tal medida cautelar, está sujeta a su aprobación por el juez o Tribunal una vez oídas las partes. Y segundo, porque se requiere, para solicitarla, que el pleito esté vinculado a la lesión del derecho a la libertad sindical, algo que en algunos supuestos podrá ser así, pero no en todos.

Por lo demás, fíjese que aún se pueden plantear dos interrogantes más. Si el despido determina la pérdida, aunque sea provisional, de la condición de representante, ello implica, de suyo, que el órgano de representación se quede con un representante menos. La opción más coherente parece que pasaría, entonces, por activar lo previsto en el art. 67.4 ET para la cobertura de vacantes. Pero en ese precepto también se señala que “el sustituto lo será por el tiempo que reste del mandato”. ¿Qué ocurriría con este sustituto si, en fase de recurso, el representante despedido retomara sus funciones? ¿Tendría el sustituto que dar por finalizado su mandato antes de tiempo? Parece que sí, pero ciertamente no es ésta una interpretación que se desprenda de la norma. Y, en segundo lugar, ¿cabría, en base al art. 67.1 ET, convocar elecciones, totales o parciales según el caso, para que el

la nulidad o improcedencia del despido con opción en este último caso por la readmisión, el órgano judicial deberá adoptar en los términos previstos en el párrafo c) del art. 282 las medidas oportunas, a fin de garantizar el ejercicio de sus funciones representativas durante la sustanciación del correspondiente recurso”. Finalmente, la STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 4 de julio de 1994 (Rec. núm.59/1994) dispone, más claramente aún, que “la relación laboral no se extingue con el despido si éste ha sido impugnado en vía jurisdiccional, sino que perdura hasta que sea firme la sentencia que declare la extinción de dicha relación. Por tanto, si bien la empresa tiene opción para exigir o no al actor a que preste servicios mientras perciba salario durante la tramitación del litigio, tiene la obligación de relacionarse con el actor como miembro del Comité de Empresa que es; sin impedirle acudir a reuniones o asambleas, ni prohibirle ser parte de Comités de Huelga o entrar en las instalaciones empresariales. La decisión contraria vulnera ese principio fundamental e infringe el artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores por el que el mandato de un representante sindical sólo puede ser revocado por decisión de los trabajadores que le haya elegido, en asamblea *ad hoc* y con el condicionante que dispone pero nunca por decisión unilateral del empresario, por lo que debe revocarse la sentencia de instancia y mantener la situación diseñada por esta sentencia hasta la declaración firme de la extinción de la relación laboral y con vulneración del derecho de libertad sindical del actor en caso contrario”. Otras sentencias, más modernas, han dictaminado, en el marco del derecho de opción de los representantes y de la candidatura a elecciones sindicales, que esta garantía no puede alcanzar a quien presenta su candidatura cuando ya no es trabajador de la empresa por haber sido despedido por razones disciplinarias si la empresa no tenía conocimiento de su intención de presentarse a dichas elecciones, en tanto que lo contrario no se ajustaría “a la eficacia extintiva del acto de despido, que finaliza el contrato de trabajo sin que deba esperarse a la resolución judicial para que dicha extinción se produzca”. Así, entre otras, STS de 22 de febrero de 2018 (Rec. núm.823/2016).

órgano de representación quedara válidamente constituido? Las elecciones totales están previstas “para renovar la representación por conclusión de la duración del mandato”, pero también cuando se declare la nulidad del proceso electoral anterior, cuando se produzca la revocación de todos los miembros de la representación o a partir de los seis meses de la iniciación de actividades en un centro de trabajo.⁵⁰ Las parciales, por su parte, están previstas para cuando acontezcan “dimisiones, revocaciones o ajustes de la representación por incremento de plantilla” o, más en concreto, “cuando existan vacantes producidas por dimisiones, revocaciones parciales, puestos sin cubrir, fallecimiento o cualquier otra causa, siempre que no hayan podido ser cubiertas por los trámites de sustitución automática previstos en el artículo 67.4 ET”.⁵¹ Pues bien, un supuesto como el que aquí se plantea parece que no podría encajar en las elecciones totales, aunque puede que sí en las parciales (“cualquier otra causa”). Pero, con todo, dentro de esa “cualquier otra causa” quizá no pueda tener cabida la extinción por voluntad empresarial vehiculizada a través de un despido disciplinario sin el oportuno contraste judicial habida cuenta de su incompatibilidad con las normas que regulan el mandato de los representantes y sus garantías y sus finalidades y objetivos. Es más, teniendo en cuenta que el mandato de los representantes elegidos en las elecciones parciales “se extinguirá en la misma fecha que el de los demás representantes ya existentes”, puede plantearse de nuevo qué ocurriría con el representante elegido si, en fase de recurso, el representante despedido retomara sus funciones y aquél aún no hubiera concluido su mandato.⁵²

Habida cuenta, pues, de todas las consideraciones que anteceden creo oportuno sostener, primero, que no se observan los mandatos contenidos en el art. 1 C135 y en el art. 68.c) ET cuando se postula que la mera decisión extintiva empresarial de carácter disciplinario determina la pérdida de la condición de representante; segundo, que tal modo de proceder no se ajusta al art. 28.1 CE que reconoce el derecho de sindicación y la libertad sindical interpretado conforme a los acuerdos internacionales sobre estas materias ratificados por España porque, como señala la STC 38/1981, de 23 de noviembre, “el despido de un trabajador a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales o el despido de los trabajadores por razón de su condición de representantes de los trabajadores (Convenio 135, art. 1) se comprenden en el cuadro de injerencias empresariales atentatorias a la libertad sindical sujetas a interdicción y para las que se demanda una protección

⁵⁰ Art. 1.1 RD 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

⁵¹ Art. 1.2 RD 1844/1994, de 9 de septiembre.

⁵² La STSJ Galicia, de 18 de marzo de 1992 (Rec. núm. 4116/1990) ha resuelto esta cuestión señalando como solución que el representante elegido tendría su mandato sometido a condición resolutoria. Expresamente se señala que “al estar despedidos los actores y no poder operar la sustitución automática por carencia de suplentes suficientes, el proceso electoral convocado no es así de nueva elección, sino de ampliación del proceso electoral con el objeto de designar a quienes suplieren la representación que tenían en suspenso los representantes titulares; ni su mandato fuera revocado por los trabajadores que los eligieron, con lo cual la nueva convocatoria no podía tener otro objeto que suplir la expresada carencia condicional de representantes y por ello la elección era de naturaleza claramente parcial y su nombramiento sujeto a la situación condicional de que los representantes titulares no fueren reintegrados a su puesto de trabajo si se declarase, como así ha sido, definitivamente la improcedencia de su despido”.

eficaz”⁵³; y tercero, que, en estos específicos supuestos, la frontera insoslayable que supone el carácter constitutivo del despido debería desplazarse hacia la sentencia de instancia para salvaguardar la adecuada protección de los trabajadores representados. Sería ésta, la pervivencia del mandato del representante despedido estando el proceso de instancia *sub iudice*, una solución interpretativa que, aunque no se compadecería con lo dispuesto en el art. 55.7 ET, resultaría del todo punto lógica tanto con el marco del régimen especial de despido que rige para los representantes de los trabajadores⁵⁴, como con el marco de las reglas que ordenan el mandato representativo, al evitar que quede en manos del empresario la posibilidad de privarlos temporalmente de todas sus prerrogativas y derechos, incluidos los tan relevantes de información y consulta (art. 27 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art. 64 ET), procediendo simplemente a despedirlos sin causa justa y provocando, con ello, vacíos de representación.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Beltrán de Heredia, I., “La condición de representante de los trabajadores se pierde en el despido disciplinario mientras se resuelve la sentencia judicial (STS\Pleno 25/4/2023)”, *Blog Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 30 de mayo de 2023. Recuperado el 20 de abril de 2024.
- Díez-Hochleitner Rodríguez, J., “Artículo 31. Prevalencia de los Tratados”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2015.
- García González, G., “La audiencia al trabajador en el despido disciplinario: una relectura del ordenamiento jurídico interno a la luz del Derecho internacional”, *Trabajo y Derecho*, núm. 109, 2024.
- García Murcia, J., “Estructura de la representación de los trabajadores en la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 444, 2020.
- Goerlich Peset, J. M., “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, vol. 2, núm. 1, 2021.
- Goñi Sein, J. L., “La negociación colectiva española como instrumento para cumplir con lo previsto en el artículo 7 del convenio 158 de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014.

53 Y es que como apunta García Murcia, J., “Estructura de la representación de los trabajadores en la empresa”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 444, 2020, p. 207, “los representantes unitarios de los trabajadores han conseguido muchas veces el amparo de la libertad sindical frente a decisiones empresariales de discriminación o represalia”. Así lo corrobora, entre otras, la STC 100/2014, de 23 de junio, que señala que “cuando el representante unitario de los trabajadores está afiliado a un sindicato, su actividad, a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso, podrá tener consecuencias desde la perspectiva del art. 28.1 CE”.

54 Sería, a la postre, aplicar una regla de flexibilidad como la que se hace jugar cuando se atribuye el derecho de opción al trabajador despedido candidato a elecciones a representación unitaria. Por todas, STS de 28 de diciembre de 2010 (Rec. núm. 1596/2010). La filosofía es la misma: evitar injerencias empresariales torticeras o sospechosas, ya sea en el proceso electoral, ya sea en el ejercicio mismo de la función representativa.

SOBRE DOS (POSIBLES) VULNERACIONES A CONVENIOS INTERNACIONALES EN EL MOMENTO DEL DESPIDO

Jiménez de Aréchega, E., "La Convención Americana como Derecho Interno", *Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos*, núm. 7, 1988.

Molina Navarrete, C., "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*, vol. 7, 2019.

Nogueira Guastavino, M., "El Derecho Internacional Social Europeo y los Convenios Fundamentales de la OIT: luces y sombras del proclamado control difuso de convencionalidad en España", *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 147, 2020.

Sanguinetti Raymond, W., "La reforma del despido y el derecho de defensa previa del trabajador", *Trabajo y Derecho*, núm. 101, 2023.