

EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* Y LOS RECURSOS EN EL ORDEN SOCIAL. A propósito de una mediática sentencia (TSJ de las Islas Baleares) sobre la defensa previa del trabajador despedido y la OIT

Juan Bautista Vivero Serrano
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)
Magistrado (suplente) del TSJ de Madrid

Antes de abordar el juego del principio *iura novit curia* en los recursos extraordinarios del orden social, conviene empezar dando cuenta del origen de este *brief*, fruto de la curiosidad. Curiosidad al hilo de la lectura de la mediática Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 13 de febrero de 2023, rec. 454/2022, que como es de sobra sabido califica el despido disciplinario del trabajador demandante y recurrente como improcedente por falta de audiencia previa, hallándose el sostén jurídico del derecho de defensa previa en el artículo 7 del Convenio número 158 de la OIT.

El olfato jurídico (el oficio) desarrollado durante los años de letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo rápidamente me hizo pensar que algo no encajaba bien del todo, que el órgano judicial de suplicación podía haberle construido el recurso al trabajador, haciendo valer de oficio una fundamentación jurídica, el artículo 7 del Convenio número 158 de la OIT, no invocada por las partes en la instancia y no manejada por el trabajador en el recurso de suplicación. Y, lógicamente, no contrarrestada por el empleador demandado en la impugnación del recurso de suplicación. Es decir, un recurso de suplicación convertido por el órgano judicial en un recurso de apelación.

Llegué a la referida sentencia guiado por su sobresaliente eco en los ámbitos académico, judicial, forense y periodístico, en los que había corrido como la pólvora. Un eco centrado exclusivamente en el qué, en el audaz control de convencionalidad llevado a cabo, con el consiguiente rescate del rico debate sobre el artículo 7 del Convenio número 158 de la OIT enterrado desde hace casi cuarenta años. Y nada en relación con el cómo, con la heterodoxa actuación de oficio del tribunal de suplicación en una materia de derecho sustantivo (determinas reglas procesales justifican o exigen actuaciones judiciales de oficio).

Compartiendo sustancialmente el qué, la pertinencia del control de convencionalidad y la naturaleza *self-executing* del artículo 7 del Convenio número 158 de la OIT, suscitaba mi curiosidad que el cómo, la construcción judicial de oficio

del recurso de suplicación, hubiera pasado completamente desapercibido. Lo más sorprendente fue que en las conversaciones con algunos juristas la mayoría no mostrase preocupación por mis reparos de índole procesal, invocando muchos de ellos el principio *iura novit curia*. He aquí el origen de este *brief*, fruto por igual de la curiosidad intelectual y de la curiosidad sin más.

El principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), y su más conocido corolario *da mihi factum et dabo tibi ius* (dame el hecho y te daré el derecho), resulta plenamente aplicable en la instancia (y en la apelación, inexistente en el orden social). Es más, en el orden social la demanda ni siquiera tiene que venir acompañada de fundamentación jurídica alguna (art. 80.1 LRJS), a diferencia de lo que se prevé en el orden civil para el proceso ordinario (art. 399 LEC) y en el orden contencioso-administrativo (art. 56.1 LRJCA). Precisamente por ello, y por otras razones, en la instancia social no es preceptiva la defensa letrada de las partes.

Los recursos en el orden social, todos ellos extraordinarios, exigen, en cambio, la fundamentación jurídica clara y precisa de cada uno de los motivos del recurso, ya se trate de fundamentación normativa (procesal o sustantiva) ya de fundamentación jurisprudencial. Así lo establece la ley ritual para el recurso de suplicación (art. 196.2 LRJS), el recurso de casación ordinaria (art. 210.2 LRJS) y el recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 224.1.b] LRJS).

Eso no significa que en los recursos extraordinarios en el orden social no rija el principio *iura novit curia*. Significa que el mismo despliega un juego distinto y de menor intensidad. Siguen, desde luego, los órganos judiciales que conocen de los recursos diciendo y construyendo el derecho, sin vinculación a la argumentación jurídica desplegada por las partes. Incluso en el recurso de casación para la unificación de doctrina el Tribunal Supremo fija la doctrina unificada sin necesario sometimiento ni a la sentencia recurrida ni a la sentencia de contraste; con un criterio jurídico propio, en su caso.

Ahora bien, los órganos judiciales sociales que conocen de los recursos solo pueden construir el derecho con sujeción a la pretensión de la parte recurrente y en el marco de la fundamentación jurídica hecha valer por dicha parte en detrimento de la empleada u omitida por la sentencia objeto de recurso, con la oportunidad de la parte recurrida de impugnación de la fundamentación jurídica en cuestión, amén de otras posibilidades que no vienen al caso (o sí, pero conviene no enmarañar este *brief*).

Es verdad que los recursos en el orden social tienen una naturaleza extraordinaria atenuada y es también verdad que caracteriza al Derecho social su consustancial antiformalismo, también en sede jurisdiccional. De hecho, el Tribunal Constitucional (STC 53/2005, FJ 5), para disgusto de no pocos procesalistas, ha llegado a admitir la construcción judicial de oficio del recurso de suplicación, con una fundamentación jurídica sustantiva (“cambio de criterio jurídico”, dice el Alto Tribunal) no aportada por la parte recurrente, pero con la inexcusable apertura de un trámite (típico o atípico) de alegaciones de las partes en torno a ese novedoso “cambio de criterio jurídico” traído al proceso de oficio por el órgano judicial, so pena de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la parte recurrida.

Este trámite está tipificado, por ejemplo, en el orden contencioso-administrativo (art. 33.2 LRJCA).

Volviendo a la mediática sentencia del tribunal balear, resulta patente que ni la parte recurrente (el trabajador despedido) puso encima de la mesa el derecho de defensa previa ex artículo 7 del Convenio número 158 de la OIT ni el órgano judicial abrió un trámite (atípico, a la fuerza) de alegaciones que permitiera a la parte recurrida impugnar esa novedosa fundamentación jurídica de oficio, acaso invocando la jurisprudencia del Supremo de los años ochenta del siglo pasado, contraria a la aplicación directa de la citada norma internacional (no mencionada por la sentencia del tribunal balear, por cierto). Trámite de alegaciones no solo exigible conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en aras del principio de contradicción y del derecho de defensa, sino auspiciado por la propia norma internacional, que no configura el derecho de defensa previa del trabajador despedido con carácter absoluto, cabiendo la excepcional posibilidad de no cumplimiento empresarial, para lo cual la parte recurrida (empleadora) tendría que haber tenido la oportunidad de defensa en dicho sentido.

Todo apunta, en consecuencia, a la vulneración de la legalidad ordinaria (art. 196.2 LRJS) y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la parte recurrida por parte de la sentencia que se viene anotando. Está, de hecho, recurrida en casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo y previsiblemente la defensa letrada de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (la empleadora es una fundación de titularidad pública) habrá utilizado el correspondiente motivo de índole procesal, en el sentido apenas apuntado, más el motivo de fondo sobre la aplicación directa o no del artículo 7 del Convenio número 158 de la OIT, sobre el que quizá el Alto Tribunal no llegue a pronunciarse; con ocasión de este recurso, que tarde o temprano tendrá que hacerlo al hilo de los recursos que vendrán.

Como la curiosidad, que anima este *brief*, y la imaginación son primas hermanas, no se resiste este autor a dejar volar la imaginación y especular sobre el verdadero motivo del aparente “atropello procesal” cometido por el tribunal balear. A la vista de la experiencia y el prestigio incuestionables de los magistrados intervinientes y a la vista de la notable solvencia técnica de los mismos, demostrada en varios pasajes procesales y sustantivos de la compleja y larga sentencia, resulta muy difícil imaginar que ni el magistrado ponente ni sus dos compañeros de sala reparasen en la imposibilidad de acogerse al principio *iura novit curia* o a cualquier otro principio procesal para fallar lo que fallaron, permítase el polisémico juego de palabras.

El motivo o los motivos probablemente serán otros. Que sea el lector inteligente quien deje volar su imaginación.

Lo cierto e indiscutible es que la sentencia del tribunal balear ha logrado resucitar un debate sepultado durante casi cuarenta años, sin que la academia lograra (pese a algunos intentos esporádicos o recurrentes [Gil y Gil, por ejemplo]) el éxito que en el tiempo actual parece reservado a los jueces y tribunales, pertrechados con herramientas tan rutilantes como el control (difuso) de convencionalidad y la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Ha conseguido esta sentencia poner en guardia a los abogados, ocupar a los jueces y tribunales con argumentos jurídicos hasta hace bien poco marginados en el rincón de la historia del derecho del trabajo y cargar de tinta la pluma de los académicos. El precio a pagar, el previsible tirón de orejas del Tribunal Supremo dentro de un año y medio, seguramente sea irrisorio en comparación con el lustre mediático logrado ya por el tribunal balear.

Ojalá no cunda el ejemplo y el qué y el cómo vayan siempre de la mano en el cada día más encumbrado mundo judicial, en el que el pensamiento iusmoralista no deja de ganar adeptos más o menos conscientes, en detrimento del pensamiento iuspositivista claramente en retroceso.

Personalmente, me preocupan y ocupan tanto los más cicateros planteamientos formalistas como los más temerarios enfoques antiformalistas, muy en particular en el ámbito procesal. Y es que sin llegar a afirmar como en la estética hegeliana que la forma y el fondo son inescindibles, las formas cumplen un papel muy relevante en el mundo del derecho, incluido el menos formalista de todos, el social.

CITA: JUAN B. VIVERO SERRANO, "El principio *iura novit curia* y los recursos en el orden social. A propósito de una mediática sentencia (TSJ de las Islas Baleares) sobre la defensa previa del trabajador despedido y la OIT", Briefs AEDTSS, número 76, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023.