

# ARTÍCULOS

## La audiencia previa al despido disciplinario EX art. 7 del convenio 158 de la OIT

### Puntos críticos en su aplicación práctica y en la revisión judicial de su cumplimiento después de la sts de sala general nº 1250/24 de 18.11.24

**Joan Agustí Maragall**

Tribunal Superior de Justicia de Las Islas Baleares Sala Social

#### 1. Objeto de estas líneas

El presente artículo pudiera ser la segunda parte del que se publicó en esta misma revista hace casi un año, en marzo de 2024.

Gran parte de lo que se planteó en aquel artículo -prevalencia y aplicación directa de la norma internacional, el control de convencionalidad, la aplicabilidad directa del Convenio nº 158 de la OIT y de la exigencia de la audiencia previa al despido establecida en su art. 7 del Convenio 158 OIT- ha sido asumido por la reciente STS de 18.11.24 que, rectificando su doctrina anterior, ha entendido como correcto el cambio doctrinal propuesto por la sentencia recurrida, la sentencia de la Sala Social del TSJIB de 13.2.23 (RSU 54/22), salvo en lo referente a su exigibilidad retroactiva.

Me propongo, a continuación, analizar dicha STS para, después de valorar su importancia y la de la garantía de audiencia previa a la que se refiere, abordar los problemas aplicativos que puede generar desde la función judicial, incluida la regla de irretroactividad de la exigencia que establece la sentencia (solamente desde la fecha de publicación de la misma), de la que discrepo si se entiende como una regla absoluta.

## 2. Síntesis de la sentencia

El debate doctrinal y jurisprudencial iniciado por la STSJIB de 13.2.23, en relación a la exigencia de audiencia previa al despido disciplinario, ha sido resuelta por la reciente STS 13 de noviembre 2024 (núm. 1250/2024), dictada en Sala General, que, rectificando su doctrina anterior, ha asumido la tesis de la sentencia recurrida, la STJIB de 13.2.23 ya referida, estableciendo la aplicación directa del art. 7 del Convenio 158 OIT, que 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.”*

Recuérdese que la referida STSJIB de 13.2.23 declaró la improcedencia del despido impugnado por incumplimiento de la referida garantía de audiencia previa.

Destaco a continuación los aspectos que entiendo más relevantes de dicha sentencia:

- En segundo fundamento jurídico, el Tribunal Supremo, después de recordar su doctrina anterior, contraria a la exigencia controvertida, anticipa ya que debe ser modificada, razonando -ya en los dos primeros apartados del tercer fundamento jurídico y como se afirmaba en la sentencia recurrida- que, en virtud de los arts. 96.1 CE y art. 23.3 Ley 25/2014, los Convenios de la OIT ratificados por España, *«una vez publicados, forman parte del ordenamiento interno y vincula a particulares y poderes públicos, de forma que el Estado debe “ respetar las obligaciones” asumidas por España en los tratados internacionales y “velar” por su adecuado cumplimiento»*.
- En el apartado 2º del IIIer fundamento, después de reproducir el tenor literal del art. 7 del Convenio 158, señala que -aún cuando las técnicas de flexibilidad a las que se refiere el art. 1 del Convenio núm. 158 pueden permitir diferentes modelos por los que hacer efectivo el derecho de audiencia previa- *“el que se impongan métodos de aplicación no implica, necesariamente, que todo el convenio sea de por sí un convenio programático que precise de un desarrollo porque, como se ha indicado anteriormente, es posible que determinadas disposiciones del mismo puedan ser suficientemente precisas y permitan otorgarles un efecto inmediato de forma que pueda claramente advertirse que si tal previsión no está reflejada en la legislación interna se estaría incumpliendo con ella, debiendo las sentencias judiciales hacer aplicación de las mismas.”*
- En el apartado 3º, aborda ya la aplicación directa de la norma: después de reproducir el tenor literal del art. 7 -*“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”*- afirma categóricamente *“que procede su aplicación directa al ser una disposición que debe calificarse de completa o aplicable en forma automática, sin precisar de normas de ejecución que deban dictarse por España ya que está suficiente y debidamente concretados sus términos”*, argumentando que *“el requisito que establece es muy concreto y de alcance general, ya que, atendiendo a su contenido y la propia finalidad que con su texto se persigue, se extiende a toda situación*

*en la que el empresario pretenda imponer al trabajador la extinción del contrato de trabajo por despido disciplinario, por lo que no precisa de mayor desarrollo normativo para su cumplimiento ya que basta, simplemente, con permitir al trabajador que se defienda de los cargos sobre su conducta o trabajo”, por lo que reitera que “no se puede decir que tal disposición requiera de un desarrollo legislativo.*

Razona a continuación que *“las técnicas de flexibilidad a las que se refiere el art. 1 del Convenio núm. 158, como se ha indicado, pueden permitir diferentes modelos por los que hacer efectivo ese derecho”, advierte a continuación que con “esa flexibilidad no altera el hecho de que estemos ante una norma de directa aplicación, y puede en el proceso judicial ser analizado su cumplimiento, como sucede con el resto de requisitos formales que rodean la decisión de despedir disciplinariamente”, precisión esta última relevante en orden a la calificación judicial que deba merecer el despido que incumpla la exigencia de audiencia, cuestión que abordaré más adelante.*

- *En el mismo apartado 3º, efectúa el Tribunal Supremo otra precisión -especialmente relevante para la comprensión de su posterior decisión final- al descartar, como obstáculo a la aplicación directa de la norma internacional, “... la previsión que contiene la citada disposición, referida a que el empresario pueda liberarse de dicha obligación, ya que en este caso nos encontramos con el criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a dar la audiencia que, como excepción que es, vendrá determinada por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla.”*
- *En el apartado 4º del mismo FJ IIIº destaca que, con dicha garantía, “se introduce un principio básico, una medida de equidad, al incluir, junto a las disposiciones relativas al recurso frente a la decisión de despido, un claro mecanismo previo, que ha de activarse antes o con ocasión del despido”, añadiendo que “su finalidad... es que el trabajador sea escuchado sobre los hechos por el empleador antes de que éste pueda adoptar decisiones definitivas al respecto que, con ese conocimiento, a lo mejor no hubiera tomado.”*
- *En los apartados posteriores, 5º y 6º, partiendo de la base que en las exigencias del art. 55.1 ET nada se indica sobre este previo derecho del trabajador de defenderse de la imputaciones que pudieran dar lugar a la adopción de tal medida (y sí en cambio para los representantes legales de los trabajadores, los delegados sindicales y los afiliados a un sindicato, de forma más exigente, al exigirse un expediente contradictorio), el TS entiende -corrigiendo su doctrina anterior- que este derecho no puede confundirse con otros que se reconocen tras la extinción del contrato, como es el inmediato intento de conciliación administrativa o la posterior impugnación judicial.*
- *En el apartado 7º recuerda que el ejercicio del control de convencionalidad en base a la doctrina constitucional (SSTC 87/2019 y 120/2021) supone el desplazamiento -que no derogación- de la norma interna en favor de la internacional) y añade -ya en el apartado 8º- que la omisión del art. 55 ET al no recoger el trámite de audiencia previa «no interfiere para que se dé cumplimiento a la norma internacional aunque no esté recogida en el ET. Y en ese entorno ha de aplicarse de modo preferente y colmar nuestra regulación con lo dispuesto en el art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT».*

- A continuación, en el apartado 8º del Iller FJ, reitera que *“estamos ahora rectificando la doctrina acuñada por la sentencia de contraste y otras análogas”*, en razón de lo anteriormente expuesto y, también, de *“los cambios habidos en nuestro ordenamiento durante todo este tiempo...”*, entre ellos, la Ley sobre Tratados Internacionales de 2014, el control de convencionalidad (como resorte judicial para desplazar el tenor de la norma interna), la eliminación de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente (que ha privado de virtualidad a las teorías sobre terminación del contrato solo cuando se dictaba el auto poniendo fin a la relación laboral) y la eliminación del despido nulo por deficiencias formales.
- En el apartado 9º y último de este Iller FJ, concluye el Tribunal Supremo, en base a todas las razones apuntadas, que la doctrina correcta es la contenida en la sentencia del TSJ Baleares de 13.2.23 en cuanto a la exigibilidad de la audiencia al trabajador con carácter previo a su despido.
- Ello no obstante, a continuación, en lo que -en términos cinéfilos- podría calificarse de un vuelco sorprendente de guion, el Tribunal Supremo razona y concluye que resulta aplicable al caso analizado la excepción a tal exigencia que contempla el propio art. 7 del Convenio 158 (*“a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”-*), razonando que *“nuestra propia jurisprudencia venía manteniendo lo contrario de lo que aquí concluimos en los años ochenta, y que pacíficamente se ha venido manteniendo hasta la actualidad, generando un principio de seguridad jurídica en la materia que amparaba su modo de proceder, al no tomar en consideración lo que expresamente no se estaba exigiendo entonces y los beneficiados por ello ni tan siquiera venían demandando en vía judicial, permaneciendo dicho criterio pacífico en el tiempo hasta la actualidad que ha vuelto a resurgir y que por vía de la presente resolución y en este momento aquella doctrina se está modificando.”*

En razón de ello, acaba estimando el recurso de casación formulado por la entidad demandada y casando parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto a la declaración de improcedencia del despido, ordenando la devolución de las actuaciones al juzgado de instancia, dada la concurrencia de insuficiencia fáctica y motivacional en la sentencia de instancia, apreciada por la STJIB de 13.2.23 con carácter previo a estimar el recurso de suplicación en cuanto a la exigencia de la audiencia previa.

### **3. La importancia de la STS 18.11.24: “rectificación”, que no “evolución”, de la anterior doctrina**

La importancia de la sentencia, al margen de la regla de temporalidad que analizaré al final, es incuestionable por diversas razones:

En primer lugar, por cuanto pocas veces el Tribunal Supremo explicita con tanta claridad que rectifica su criterio anterior y, menos aún, por mandato de una norma internacional, al reconocer su prevalencia y aplicación directa.

Lo hace, además, asumiendo íntegramente la tesis de la sentencia recurrida, la STJIB 13.2.23, y en contra la doctrina mayoritaria más reciente de las Salas de Suplicación que

-con la excepción de los TSJ de Asturias, Extremadura y Madrid- planteada la cuestión de la aplicación directa de la exigencia de la audiencia previa por la referida sentencia balear, habían optado por mantener el criterio de la antigua doctrina del Tribunal Supremo.

Y lo hace, en segundo lugar, si se me permite el lenguaje llano, desestimando dos posibles “salidas” menos rompedoras:

- Una, de carácter procesal, al inadmitir -por falta de contradicción- el primer motivo del RCUD, de carácter procesal, que denunciaba que la invocación del art. 7 del COIT 158 por parte de la sentencia balear constituía una cuestión nueva, ya que dicho precepto y su aplicación directa no se habían alegado ni en la instancia ni en suplicación (aunque sí se invocó la exigibilidad del expediente disciplinario regulado en el EBEP).
- La segunda, ya de fondo, al descartar presentar el cambio doctrinal como una mera “evolución” del anterior criterio, en razón de *“los cambios habidos en nuestro ordenamiento durante todo este tiempo”* (identificados en el apartado 8º del Iller FJ), sino que reitera que *“estamos ahora rectificando la doctrina acuñada por la sentencia de contraste”*.

El matiz no me parece baladí por cuanto el Tribunal Supremo, en razón de dichos cambios legislativos, podía haber tenido la tentación de evitar rectificar explícitamente la doctrina antigua, invocando incluso el art. 1º del Convenio 158 de la OIT -que admite la vía judicial como mecanismo de transposición de sus mandatos- para justificar que, ante la pasividad del legislador en transponer un mandato tan claro y concreto como el de la audiencia previa, debía ser el máximo órgano judicial quien lo hiciera mediante la sentencia que comentamos, con eficacia “ex tunc” (eficacia a la que, como veremos, también llega pero por otra razón).

Me parece relevante destacar todo ello -el descarte de la tesis de “la cuestión nueva” planteada por la recurrente y la explicitación de la “rectificación doctrinal” frente a la posible “justificación evolutiva”- por cuanto denota la clara voluntad del Tribunal Supremo de fijar doctrina muy clara sobre la prevalencia y aplicación directa de la norma internacional. Y también en orden a matizar la “solución de temporalidad” alcanzada por el Tribunal Supremo al final de su sentencia, solución que -ya lo adelanto y en mi opinión- debe ser entendida no como una regla absoluta sino que -atendiendo a su origen (la doctrina anterior del TS), razón de ser (la inexigibilidad “razonable” de la audiencia previa y finalidad (preservar la seguridad jurídica), deberá permitir una aplicación casuística, con admisión de excepciones.

En todo caso, y sin perjuicio de mi parcial objeción -que no frontal discrepancia- a la cuestión de la fecha de eficacia temporal de la exigencia, mi valoración de la sentencia que analizamos es claramente positiva, por claridad y valentía al afrontar una indispensable rectificación doctrinal, de mayor valor cuando la mayoría de las Salas de Suplicación se habían mostrado refractarias a la propuesta balear.

Ello invita a reflexionar sobre el papel que deben jugar las Salas de Suplicación en la necesaria evolución doctrinal: la tendencia a aplicar sistemáticamente la doctrina del Tribunal Supremo, ante escenarios cada vez más cambiantes y la concurrencia de normas de distinto nivel, pudiera privarle de un papel indispensable como motor de aquella evolución.

## 4. La relevancia de la audiencia previa al despido disciplinario

Desde diversos sectores de la doctrina científica -y de la defensa jurídica tanto de empresas como de trabajadores/as- se ha cuestionado la relevancia práctica o el beneficio que comportará la exigencia de audiencia previa para todo despido disciplinario.

Para determinados sectores vinculados al asesoramiento empresarial supone “burocratizar” el despido, al imponer un trámite previo sin efecto práctico alguno que no sea complejizar la facultad extintiva unilateral. Y para algunos sectores vinculados a la defensa jurídica de los trabajadores/as, supone complicar su defensa jurídica al tener que tutelar o asesorar a las mismas en dicha fase previa al despido, en orden evitar que -sin dicho asesoramiento- puedan comprometer su ulterior defensa judicial.

Debo discrepar: ambos criterios comparten, sin duda por la inercia aún existente de décadas de banalización de la causa extintiva disciplinaria, la consideración del despido disciplinario como un acto estrictamente unilateral y potencialmente acausal, esto es, considerando la causa como un mero requisito formal, no condicionado a la concurrencia de una causa disciplinaria cierta y suficiente.

Durante las dos últimas décadas, y por causa de la Ley 45/02 que estableció el denominado “despido improcedente exprés”, hemos visto -ciertamente- la absoluta banalización de la exigencia causal, reducida a una mera exigencia formal, cuyo incumplimiento -aún después de la teórica expulsión de tal engendro jurídico en la Ley de Reforma Laboral 3/2012 (expulsión inoperante en la práctica, como se ha visto)- no alteraba la insoslayable calificación de improcedencia, con exoneración de los salarios de tramitación (salvo los supuestos de nulidad o por condición de representante unitario o sindical).

La exigencia de la audiencia previa puede comprometer este escenario al no poder desvincularse la misma de otra exigencia tan relevante como es la de invocar una causa cierta y suficiente para despedir disciplinariamente, establecida en el artículo 4º del Convenio 158 de la OIT y en el art. 54 ET y reconocida por la doctrina constitucional como una manifestación del derecho al trabajo ex art. 35 CE (“*a no ser despedido sin justa causa*”). Y quizás sea esto lo que, en el fondo, incomode a determinados sectores.

Supone, ciertamente, una mayor exigencia para todos los operadores jurídicos (defensas de empresas y de las personas trabajadoras, y órganos judiciales), por cuanto comporta un cambio de escenario al reforzar, incuestionablemente, la exigencia causal en el despido disciplinario. Igual me equivoco pero creo que difícilmente seguiremos viendo cartas de despido disciplinario con la simple invocación genérica de “bajo rendimiento voluntario”, por cuanto -ante el nuevo escenario de reinterpretación del marco normativo interno derivado no solo de la sentencia que comentamos sino de los pronunciamientos del CES sobre la reparación adecuada del despido injusto- no puede descartarse la recuperación, más pronto que tarde, de la calificación judicial de nulidad o la condena a la readmisión (desde la simple improcedencia) como “reparación adecuada preferente” establecida en el art. 10 del Convenio 158, al poderse entender, desde la prevalencia de la norma internacional, que la misma debiera “desplazar” la normativa nacional que impida tal calificación o consecuencia (más allá de un criterio jurisprudencial establecido en un contexto normativo -el del “despido improcedente exprés”- ya superado), y ello en plena congruencia, por otra parte, con los pronunciamientos del CES en relación a



Francia (2022) y España (2024), a la espera de la inminente respuesta a la reclamación colectiva formulada por CCOO que, posiblemente, pudiera apuntar a la indispensable recuperación, ni que sea parcial y casuística, de la condena al abono de los salarios de tramitación.

## 5. El sentido o finalidad de la audiencia previa

El escueto art. 7 del Convenio 158 de la OIT explicita claramente su finalidad al disponer 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.”*

En el apartado 4º del Iller FJ la sentencia que analizamos explica que con la exigencia de audiencia previa al despido *“lo que se introduce es un principio básico, una medida de equidad, al incluir, junto a las disposiciones relativas al recurso frente a la decisión de despido, un claro mecanismo previo, que ha de activarse antes o con ocasión del despido”,* especificando, a continuación, que *“Su finalidad... viene dada por el propio contenido de la citada disposición cual es que el trabajador sea escuchado sobre los hechos por el empleador antes de que éste pueda adoptar decisiones definitivas al respecto que, con ese conocimiento, a lo mejor no hubiera tomado.”*

En un apartado posterior, el 6º, del mismo Iller FJ, la sentencia -una vez establecida la finalidad de la garantía- razona que *“al contrario de lo que estuvo entendiendo esta Sala, no puede confundirse con otros derechos que le corresponden al trabajador tras la extinción del contrato, como es la impugnación de la medida extintiva disciplinaria con acceso a la vía judicial que es una expresión del art. 8 del Convenio núm. 158 y que en nuestro derecho viene atendido por el art.24.1 de la CE ...Como tampoco puede entenderse cumplido ese derecho con la exigencia preprocesal que la LRJS recoge para poder acudir ante los tribunales de justicia, ... vías de mediación o conciliación previas al proceso o incluso dentro de él pero para evitarlo, lo que nada tiene que ver con la defensa que el trabajador pudiera hacer ante el empleador para refutar o desmentir lo imputado”.*

La sentencia recurrida, la STJIB de 13.2.23, en su sexto fundamento jurídico, se extendió más en la explicación de la razón de ser de esta garantía, remitiéndose a los apartados 145-147 del Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR, presentado en la 82ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, celebrada el año 1985), que, por su relevancia hermeneútica, reproduzco:

*144. El artículo 7 del Convenio 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».*

*145. 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 (...).*

*150. Conviene señalar que el trabajador debe poder defenderse antes de que termine la relación de trabajo . 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».*

Dos apuntes personales en relación a estos razonamientos de la Comisión de Expertos:

- En primer lugar, que así como el Tribunal Supremo califica la exigencia de audiencia previa como *“una medida de equidad”*, dicha Comisión afirma -apartado 145- que este derecho de audiencia *–“que el trabajador tenga la posibilidad de defenderse antes de darse por terminada la relación de trabajo”- “está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa”*, lo cual sugiere la posibilidad de que la privación de tal derecho de defensa previo al despido pudiera determinar no ya la calificación de simple improcedencia, ex art. 55.4 ET, por incumplimiento “formal” en el despido, sino la calificación de nulidad por vulneración del art. 24 CE., aunque se refiera a un momento pre-procesal.
- En segundo lugar, quería apuntar -enlazando con lo razonado en el apartado anterior- que este derecho de defensa previo al despido disciplinario no debe ser considerado como una entelequia o un brindis al sol, sin ninguna relevancia práctica. Desde el dictado de la STJIB de 13.2.23 he participado en diversos foros comentando dicha sentencia y son varias las ocasiones en las que asesores/as de empresas, que aplican dicha garantía desde el conocimiento de dicha sentencia (previando la rectificación doctrinal finalmente producida), han reconocido que, en ocasiones, la empresa ha reconsiderado su intención inicial de despedir.

## 6. Los requisitos esenciales para el cumplimiento de la garantía

Lo expuesto en el apartado anterior en relación a la finalidad de la garantía de audiencia, orienta respecto a la forma en que debe articularse la misma, que puede ser cualquiera que garantice el cumplimiento de la finalidad explicitada en el art. 7 del Convenio 158: *“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”*.

La STS de 18.11.24 que analizamos, en su 4º apartado, señala que *“precisamente por esa finalidad, el art. 7 del Convenio no dice nada más, ni exige nada especial en orden a la forma de articular ese dialogo o audiencia del trabajador de manera que, aunque se pudiera entender que está introduciendo un criterio flexible para los Estados puedan perfilar una concreta forma de hacer efectiva esa disposición, no impide que, como requisito mínimo y suficiente, baste con que se le dé oportunidad al trabajador de ser oído, lo que no requiere de mayor precisión.”*

Creo que este razonamiento sí que “*requiere de mayor precisión*”, por cuanto “*la oportunidad al trabajador de ser oído*” no equivale, necesariamente, a “*la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él*”. Una cosa es ser oído o escuchado antes de ser despedido y otra cosa distinta, más garantista, es poder defenderse de los cargos formulados contra él.

Ejemplificando la diferencia: el habitual interrogatorio prospectivo “en caliente” al trabajador/a, recién producidos o detectados los posibles incumplimientos, a cargo de la empresa y en lógico proceso de investigación sobre los mismos, podría entenderse que cumple con “*la oportunidad al trabajador de ser oído*” pero no con “*la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él*”. Tampoco, lógicamente, las también habituales entrevistas sorprendidas, ni que sea ante un/a representante laboral, en las que se ofrece al trabajador/a la elección entre una carta de despido disciplinario consentida o la dimisión voluntaria. Dicha opción de elección, en un contexto sorpresivo y -en ocasiones- coactivo, es incompatible, también, con el derecho de defensa de los cargos formulados previo al despido.

El ya referido Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), presentado en la 82ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, en sus apartados 146 y siguientes, da mayor claridad de como debe garantizarse el derecho de audiencia por lo que, a la espera de la ineludible y urgente intervención del legislador en relación a como articular el derecho de audiencia, desde la función jurisdiccional debiéramos estar a sus criterios, de incuestionable valor hermenéutico:

*“146. El artículo 7 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.”*

*148.- Aparte de los términos del artículo 7 y de su significado, que es permitir que el trabajador pueda exponer su caso al empleador, el objetivo de este artículo es asegurar que la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes.*

*151. El derecho del trabajador a defenderse establecido el artículo 7 del Convenio es uno de los aspectos más importantes de los requisitos de procedimiento que deben satisfacer los empleadores de muchos países antes de poder adoptar una decisión de terminación de la relación de trabajo, y su objetivo fundamental es que el trabajador tenga la oportunidad de expresar su punto de vista.*

*157. Según el párrafo 9 de la Recomendación, «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. . . se defiende 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».*

Sin perjuicio de la aportación hermenéutica de estos criterios, el propio tenor literal del art. 7 explicita los requisitos indispensables para garantizar el cumplimiento de la finalidad de la audiencia previa: “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”.

Tal mandato integra los siguientes requisitos esenciales:

- Formulación de cargos disciplinarios: la norma no exige que sea por escrito, pero sí la seguridad jurídica de ambas partes, tal como entiende el informe de la CEACR (para acreditar el cumplimiento de la garantía, la empresa, para el exacto conocimiento de los cargos, el trabajador/a).
- La posibilidad real de defenderse: no basta el “*ser oído*” o “*ser escuchado*”, sino que debe “*poder defenderse*”, lo cual requerirá un análisis casuístico desde la función jurisdiccional para constatar el cumplimiento de la garantía, esto es, la posibilidad real y efectiva -y no sólo formal- de defenderse, lo cual comporta que el plazo conferido para ejercer tal derecho mediante un escrito de descargo o alegaciones sea suficiente y posibilite recabar asistencia de otra persona (profesional o no) para su formulación.
- Este derecho de defensa debe ser no solo previo en el tiempo al despido, sino también a la decisión sobre el mismo. O dicho en otras palabras: la empresa, en el pliego de cargos, deberá abstenerse de manifestar que la decisión de despido ya está tomada, aunque la fecha de efectos este postdatada al cumplimiento formal de la audiencia, por cuanto estaría “*dando por terminada la relación de trabajo*” sin el previo y real ejercicio del derecho de defensa.

En tal sentido, la empresa para poder acreditar haber tenido en cuenta las alegaciones del trabajador/a, debiera hacer referencia a las mismas en la posterior carta de despido.

El profesor Jesús Lahera, en un comentario de urgencia a la sentencia que analizamos, hace referencia a la necesaria “conexión de identidad” entre la audiencia previa y carta de despido, precisando que el pliego de cargos presentado debe coincidir con los hechos que motivan la carta de despido si, finalmente, el acto extintivo es materializado por la empresa, ya que -de lo contrario- las alteraciones de hechos imputados pudieran determinar que se considere no cumplido el preceptivo trámite de audiencia previa ,al quedar frustrada su finalidad conforme al art. 7 tratado nº158 OIT.

Fijados estos requisitos esenciales que fija la propia norma, tres acotaciones complementarias:

- No hay que equiparar este derecho de audiencia previa a la exigencia de expediente contradictorio para la representación laboral, sindical o preventiva regulado en el art. 68.a) ET (con nombramiento de instructor, proposición de prueba, etc).
- Tampoco puede entenderse cumplido con la “audiencia previa” a la representación sindical del trabajador afiliado e xart. 55.1 ET, ya que es él quien debe ejercer el derecho de defensa (salvo que explícitamente delegue su ejercicio en dicha representación).
- La concurrencia de los expuestos requisitos esenciales de la garantía puede ser innecesaria en determinadas ocasiones, cuando el trabajador, motu proprio y sin

esperar el “ofrecimiento” empresarial, ejerce con plenitud de garantías su derecho de defensa.

Así lo entendió el propio TSJIB en su sentencia n° 43/24 (rec. 473/23), de fecha 5.2.24, que resolvió el caso “mellizo” al de la anterior STJIB de 13.2.23 (referida al despido disciplinario del Director del mismo centro docente en base a imputaciones parcialmente coincidentes), que no apreció el incumplimiento de la garantía de audiencia previa alegado en el recurso al entender acreditado que, previamente a su despido y por propia iniciativa, remitió a la Gerencia de la entidad alegaciones de descargo de las quejas expresadas por el alumnado (que fundamentaron el posterior despido), valorando dicha sentencia que -en tal caso y a diferencia del resuelto en la STJIB de 13.2.23- *“el actor sí tuvo la posibilidad de alegar todo cuanto consideró oportuno antes de que se procediese a su despido y que su empleadora tuvo en cuenta dichas alegaciones, concluyendo que el actor había reconocido los hechos, si bien los había interpretado no como conductas de índole sexual sino didáctica”,* añadiendo *“que, en el caso de autos, 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”*. Desestimada dicha alegación, la sentencia declaró la procedencia del despido.

## 7. El ámbito de la exigencia de audiencia previa

El tenor literal de la norma -*“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”*- y la explícita disociación entre “conducta” o “rendimiento” sugiere la inclusión en el ámbito de la garantía de extinciones por bajo “rendimiento” no imputable a la “conducta” de la persona trabajadora, a pesar de que la posterior referencia a la *“los cargos formulados contra él”* parece reconducir necesariamente al ámbito disciplinario.

En todo caso, también la CEACR, en el apartado 145 del ya referido Informe de 1995 diferencia entre motivos relacionados con la conducta del trabajador (disciplinarios) de los relacionados con su trabajo (rendimiento), como por ejemplo, el desempeño insatisfactorio, excluyendo explícitamente las extinciones por causas empresariales objetivas:

*145. 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. Este artículo 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.*

Por consiguiente, es claro que habrá que integrar en el ámbito de la tutela aquellas extinciones de carácter no disciplinario, ex art. 49.1.b) ET, amparadas en cláusulas contractuales que determinan la extinción contractual por no alcanzar el rendimiento mínimo establecido en el contrato.

En cuanto a la excepción a la obligación de audiencia previa prevista en el propio art. 7 del Conveni 158 OIT para *“cuando no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”*, más allá que fundamente el criterio de temporalidad *“ex nunc”* adoptado por el TS, entiendo que debe aplicarse restrictivamente.

Discrepando en tal sentido de la STJC núm. 3689/24 de 26.6.24, considero que ni el riesgo de prescripción de los hechos imputados ni su máxima gravedad, aún ante una imputación de acoso sexual, justifica excepcionar la obligación de audiencia previa. En cuanto a la prescripción, por cuanto -como ocurre con el expediente disciplinario previo- la audiencia previa, al ser ya una obligación legal ex STS 18.11.24, interrumpe el plazo de prescripción. Y en caso de acoso sexual, como ya precisó precisamente la STJIB de 13.2.23 recurrida, el Acuerdo Marco de la Unión Europea en materia de acoso y violencia de 26.4.07 estableció que en los protocolos o procedimientos para investigar y sancionar estos comportamientos resulta indispensable que todas las partes sean escuchadas con imparcialidad.

## 8. La calificación judicial del despido incumplidor de la garantía de audiencia

La STS de 18.11.24 que analizamos, si bien -como ya he advertido- acaba revocando la STJIB de 13.2.23 en aplicación de la regla de temporalidad que veremos a continuación, deja claro, a mi entender, que la consecuencia de condena que procede ante aquel despido que incumpla la garantía de audiencia no puede ser otra que la calificación de improcedencia del despido.

La razón que me lleva a esta conclusión es que, en el apartado 5º del FJ IIIº, después de reproducir íntegramente los dos primeros apartados del art. 55 ET, reguladores -respectivamente- de las exigencias formales del despido disciplinario y de la posibilidad de subsanación en el plazo de 20 días, ubica en este concreto marco normativo -como ya hiciera la sentencia recurrida- el déficit transpositivo que corrige con la aplicación directa de la norma internacional:

*“Es evidente que la regulación legal sobre las exigencias que el precepto en cuestión impone al empleador para poder adoptar la medida de despido disciplinario no contempla en modo alguno, y en general, ese previo derecho del trabajador de defenderse de la imputaciones que pudieran dar lugar a la adopción de tal medida.*

*Por el contrario, como ya se ha indicado, sí que ese derecho está contemplado de una forma más específica para los representantes legales de los trabajadores o delegados sindicales y para los afiliados a un sindicato, ...*

*Pero, con carácter general, lo que no contempla es el requisito mínimo que impone la citada disposición sobre la audiencia previa del trabajador, sin más, con la excepción que la acompaña.”*

Esta ubicación de la omisión transpositiva en el art. 55 ET se completa en los apartados posteriores, razonando la aplicación del control de convencionalidad (apartado 7º) y *“colmar nuestra regulación con lo dispuesto en el art. 7 del Convenio 158 de la OIT”* (apartado 8º), concluyendo, ya en el apartado 9º, que *“la sentencia recurrida es la que*

contiene la doctrina correcta y no la de contraste”.

Recordemos que la sentencia recurrida, la STJIB de 13.2.23, enmarcaba también en el art. 55 ET la omisión transpositiva al no generalizar el derecho de audiencia a todo trabajador/a y restringirlo a los/las representantes laborales y sindicales.

Hemos de entender, por consiguiente, que lo que “desplaza” la STS de 18.11.24 mediante el control de convencionalidad no es ninguna norma integrada en el art. 55.1 ET, sino la referida omisión transpositiva, omisión que “sana” o “colma” aplicando directamente la norma internacional e incluyendo la audiencia previa a todos trabajador/a como uno de los requisitos formales exigibles a todo despido disciplinario ex art. 55.1 ET.

En mi opinión, por consiguiente, frente a la tesis del TSJ de Madrid (28.4.23) y TSJ de Navarra (6 y 14.3.24) que, aún compartiendo la exigibilidad de la garantía de audiencia, descartaron la calificación de improcedencia en caso de incumplimiento en favor de una solución estrictamente indemnizatoria (en razón, precisamente, de dicha omisión), el enmarcamiento por la sentencia del TS del déficit transpositivo y su sanación en el art. 55.1 ET, incluyendo en el mismo la garantía de audiencia previa “erga omnes”, determina que el incumplimiento de la misma deba sancionarse con la calificación de improcedencia del despido, como así entendió la STJIB 13.2.23 recurrida.

## 9. La regla general de irretroactividad de la exigencia de audiencia previa

Para concluir, abordo la regla o solución de temporalidad sobre la “nueva” exigencia de audiencia previa a todo despido disciplinario o por bajo rendimiento, para lo cual entiendo indispensable, por su relevancia, reproducir literalmente el apartado 9º del IIIer FJ:

*“Llegados a este punto, en el que concluimos que, para la extinción de la relación laboral por despido disciplinario, que es lo que aquí se está debatiendo, es exigible la audiencia previa del trabajador, constanding que en el caso presente no ha sido cumplida, no podemos olvidar que ese requisito va acompañado de una excepción (“a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”) por lo que también debe ser examinada.*

*Y sobre este extremo y con ese amparo normativo, debemos indicar que, en el caso que nos ocupa, es aplicable dicha excepción ya que no podía razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia al trabajador en tanto que en el momento en que activó el despido no se le podía exigir ese requisito, tal y como precisamente se viene a decir en su escrito de interposición del recurso, cuando expresamente nuestra propia jurisprudencia venía manteniendo lo contrario de lo que aquí concluimos en los años ochenta, y que pacíficamente se ha venido manteniendo hasta la actualidad, generando un principio de seguridad jurídica en la materia que amparaba su modo de proceder, al no tomar en consideración lo que expresamente no se estaba exigiendo entonces y los beneficiados por ello ni tan siquiera venían demandando en vía judicial, permaneciendo dicho criterio pacífico en el tiempo hasta la actualidad que ha vuelto a resurgir y que por vía de la presente resolución y en este momento aquella doctrina se está modificando.*

*Con esta importante advertencia, sin duda válida para los despidos acaecidos antes de que se publique la presente sentencia, no estamos alterando la doctrina en relación con el alcance del cambio de jurisprudencia, estableciendo cánones de irretroactividad, propio de las leyes, sino, simplemente, aplicando la excepción de la propia norma objeto de análisis, que permite valorar la razón por la que el empleador no ha dado audiencia previa al trabajador y que, en estos casos, se encuentra razonablemente justificada en los términos que hemos expuesto.”*

Considera el Tribunal Supremo, en resumen, que -en razón de su propia doctrina anterior, ahora rectificada, respecto a la inexigibilidad de la audiencia previa - se generó un “principio de seguridad jurídica” que determina la aplicación de la excepción a la exigencia de la audiencia previa en el caso que analiza y, como regla general, a -todos?- *“los despidos acaecidos antes de que se publique la presente sentencia”*.

Debo empezar por reconocer que este acotamiento temporal ex nunc del cambio doctrinal asumido por el Tribunal Supremo me ha generado sensaciones contrapuestas: por un lado, aprecio la ingeniosidad y razonabilidad de la argumentación en pro de la “seguridad jurídica” de las empresas, si bien -cambiando de perspectiva- entiendo que supone validar la privación retroactiva de una garantía jurídica a los trabajadores/es despedidos en el período anterior a la publicación de la STS de 18.11.24, cuando el propio TS reconoce -en dicha sentencia- que ya era directamente aplicable desde la ratificación del Convenio 158 de la OIT.

Desde el estricto rigor jurídico, cabe preguntarse si es congruente esta regla de temporalidad “ex tunc” establecida al final del Iller FJ -y el razonamiento que la fundamenta- con la previa afirmación, en el primer apartado del mismo fundamento jurídico, conforme *“en el caso que nos ocupa, los Convenios de la OIT que hayan sido ratificados por España han pasado a ser Derecho interno”*, apostillando, a continuación, *“como sucede con el Convenio núm. 158 de la OIT, sobre el que nuestra jurisprudencia no ha negado su integración en nuestro ordenamiento jurídico”*. Si, como razona la propia STS de 18.11.34, la regla incumplida es clara y concreta y, por consiguiente, directamente aplicable, cabe cuestionarse si la ignorancia de la misma por parte del Tribunal Supremo, como reconoce la sentencia, justifica el incumplimiento empresarial (si más no, en todos los casos).

La respuesta a tales preguntas debiera ser, en principio, negativa: es evidente que, incorporada la norma internacional a nuestro derecho interno desde su ratificación, en 1985, la misma devino ya exigible desde entonces y, por consiguiente, sancionable su incumplimiento. Pero, precisamente por ello, el Tribunal Supremo, razona que con su regla de temporalidad *“no estamos alterando la doctrina en relación con el alcance del cambio de jurisprudencia, estableciendo cánones de irretroactividad, propio de las leyes, sino, simplemente, aplicando la excepción de la propia norma objeto de análisis, que permite valorar la razón por la que el empleador no ha dado audiencia previa al trabajador y que, en estos casos, se encuentra razonablemente justificada en los términos que hemos expuesto.”*

Por ello, y concluyendo con ello mi devaneo, considero que la solución alcanzada por el pleno del Tribunal Supremo, además de ingeniosa, es jurídicamente asumible por su razonabilidad, *“ya que no podía razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia al trabajador en tanto que en el momento en que activó el despido no se le podía exigir ese requisito, ...cuando expresamente nuestra propia jurisprudencia venía manteniendo lo contrario de lo que aquí concluimos en los años ochenta, y que*

*pacíficamente se ha venido manteniendo hasta la actualidad, generando un principio de seguridad jurídica en la materia que amparaba su modo de proceder, al no tomar en consideración lo que expresamente no se estaba exigiendo entonces y los beneficiados por ello ni tan siquiera venían demandando en vía judicial.*

Ello no obstante, también considero que esta importante acotación en relación a la exigibilidad retroactiva de la garantía de la audiencia no puede constituir una regla absoluta sin excepciones, sino que, por el contrario, obliga al análisis casuístico, caso por caso, de *“los despidos acaecidos antes de que se publique la presente sentencia”*, por cuanto, de lo contrario, sí se incurriría en el *“cánon de irretroactividad propio de leyes”* que el propio Tribunal quiere evitar.

De hecho, así lo sugiere la propia STS de 18.11.24 analizada cuando, ya en el apartado 3º del FJ IIIº, anticipaba que *“el criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a dar la audiencia que, como excepción que es, vendrá determinada por las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla.”*

Aplicando este criterio, corresponderá a cada órgano judicial y en relación a los despidos anteriores a la fecha de 18.11.24, fecha de publicación de la STS, analizar *“las concretas circunstancias que rodeen cada caso y que permitan justificar que el empleador no podía o tenía que conceder esa posibilidad que no es lo mismo que eludirla”* para determinar si resulta aplicable la regla general de inexigibilidad que establece el Tribunal Supremo o, por el contrario, concurren circunstancias que lleven a la conclusión contraria.

Tales circunstancias puedan ser -en mi opinión- que el despido sea posterior al conocimiento público de la STJIB de 13.2.23 (que puso de manifiesto el déficit transpositivo de la normativa interna y determinó que muchas empresas empezaran ya a aplicar, ni que fuera *“ad cautelam”*, la garantía de la audiencia previa a todo despido disciplinario) y/o, sobre todo, cuando, reactivamente a su despido disciplinario, el trabajador/a denunció ya en la papeleta de conciliación el incumplimiento de tal garantía, con lo que la empresa no solo tuvo conocimiento de la potencial exigibilidad de la garantía reclamada sino que, incluso, tuvo la oportunidad de subsanar su incumplimiento al amparo de lo previsto en el art. 55-2 ET, que posibilita la subsanación de los requisitos formales incumplidos mediante un nuevo despido, previa puesta a disposición de los salarios devengados y el mantenimiento en situación de alta en la Seguridad Social hasta la fecha del nuevo despido.

Desde tal momento, marzo de 2023, se abrió el debate doctrinal y no puede mantenerse que el criterio jurisprudencial anterior del Tribunal Supremo fuera ya pacífico y no controvertido y, menos aún cuando la persona afectada reclamó -en forma inmediata y reactiva a su despido- su derecho a la garantía omitida mediante su papeleta de conciliación o demanda judicial, pudiendo la empresa reparar de inmediato tal omisión, ex art. 55.2 ET, por lo que considero -en base al propio razonamiento que la fundamenta- no resultaría de aplicación la regla general establecida por el Tribunal Supremo.