

El empresario debe escuchar al trabajador antes de proceder a su despido disciplinario: un inesperado giro jurisprudencial y un aluvión de incógnitas por despejar.

Emilio Palomo Balda

Magistrado (jubilado) de la jurisdicción social.

Resumen: *En la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2024, aprobada en Sala General, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, corrigiendo la posición fijada a finales de los años ochenta del pasado siglo, declara que el empleador, antes de extinguir la relación laboral invocando una causa disciplinaria, debe ofrecer al trabajador la oportunidad de defenderse de los cargos formulados en su contra, obligación de la que únicamente se le puede exonerar si median motivos razonables que lo justifiquen. La decisión adoptada encuentra apoyo en el art. 7 del convenio 158 de la OIT de 1982 (vigente en España desde 1986), que el órgano de casación, rectificando la interpretación inicial, considera de directa aplicación, sin que sea necesario un desarrollo normativo para su cumplimiento, entendiendo, además, que esa disposición debe prevalecer sobre lo previsto en el artículo 55.1 ET, que no impone la realización de ese trámite. A la espera de la regulación legal y convencional colectiva que concrete la forma en que las empresas han de garantizar el derecho de audiencia, el nuevo criterio jurisprudencial plantea una serie de interrogantes a los que se intenta dar respuesta en el apartado final del presente comentario. En lo que respecta al alcance temporal de la nueva concepción doctrinal, el tribunal advierte que no afecta a los despidos disciplinarios efectuados con anterioridad a la publicación de la sentencia, al concurrir la salvedad que contempla la norma internacional objeto de exégesis, que permite valorar la causa por la que el empleador no da audiencia previa al trabajador. Acogiéndose a esa excepción, argument*

Palabras clave: *Despido disciplinario. Requisitos de forma. Audiencia previa al trabajador. Control de convencionalidad. Convenio 158 OIT.*

Abstract: *As declared by the Spanish Supreme Court, it is mandatory to hear the employee before proceeding with dismissal on disciplinary grounds. This ruling modifies its previous doctrine in accordance with article 7 of ILO Convention 158.*

Keywords: *Processing of disciplinary dismissal. Preliminary hearing; Conventionality control. ILO Convention 158.*

I. Introducción

La exposición estructurada del contenido de la sentencia reseñada^[1] aconseja identificar y sintetizar los tres problemas básicos que aborda. En primer lugar, el tribunal reflexiona sobre la exigibilidad en nuestro derecho interno del requisito formal de la audiencia previa del trabajador a la luz de lo dispuesto en el art. 7 del convenio

158 de la OIT, lo que le lleva a replantearse su doctrina anterior y a admitir, de un lado, que dicho precepto, dado su carácter concreto, completo y autosuficiente, es directamente aplicable (FJ 3º, 3 a 5) y, de otro, que el derecho que consagra no puede confundirse con otros que le corresponden al trabajador tras la extinción de su contrato (FJ 3º, 6), apartándose en ambas cuestiones del posicionamiento precedente. En segundo término, el órgano de casación efectúa el control de convencionalidad de la disposición mencionada y de la interna que fija los requisitos formales para la validez del despido disciplinario - art. 55.1 ET - que no contiene la exigencia controvertida, ejercicio hermenéutico de selección de la norma aplicable que le lleva a concluir que la de carácter internacional es la que ha de aplicarse de modo preferente, colmando la regulación en la materia (FJ 3º, 7 y 8).

La decisión sobre esos dos primeros puntos no ha suscitado especial controversia, que si ha generado la referida al alcance temporal del pronunciamiento, al dotarle únicamente de eficacia pro futuro, esto es, respecto de aquellos despidos que se produzcan a partir de la fecha de la publicación de la sentencia (FD 3º,9).

Junto a los temas indicados, la sentencia incorpora consideraciones de gran interés sobre la razón de ser de la audiencia previa (FJ 3º, 4 a 6).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Sala Cuarta del Tribunal Supremo (Pleno).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1250/2024, de 18 de noviembre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 4735/2023.

ECLI:ES:TS:2024:5454

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luz García Paredes

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La sentencia anotada resuelve el RCUUD interpuesto por la entidad demandada en el proceso contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Baleares que, estimando el recurso de suplicación formulado por el trabajador, calificó como improcedente el despido disciplinario notificado el 31 de marzo de 2021. El actor, que ejercía funciones docentes en la Escuela de Arte Dramático regentada por una Fundación del sector público, fue despedido por transgresión de la buena fe contractual, que se concretaba en haber incurrido en comportamientos inapropiados con sus alumnas, cargados de connotaciones sexuales o sexistas. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda, pero el órgano de suplicación revocó el fallo de instancia fundando su resolución en que el demandante no había sido oído previamente a la notificación de la medida extintiva, audiencia que estimó preceptiva conforme a lo establecido en el art. 7 del convenio 158 de la OIT.

Mediante auto de 8 de mayo de 2024, la Sala decretó la inadmisión parcial del RCUUD, en lo concerniente a la denuncia de incongruencia "extra petita", razonando que del hecho de que la sentencia impugnada hubiese considerado aplicable el precepto mencionado, en lugar del art. 98 del EBEP alegado por el recurrente, no derivaba el vicio aducido. En esa misma resolución, acordó la admisión del recurso en lo que respecta a la segunda materia de contradicción para la que se aportó como términos de contraste la sentencia de la Sala 4ª, de 15 de septiembre de 2008, que dictaminó que la garantía del art. 7 del convenio queda cubierta con el sistema formal que configura el artículo 55.1 ET. De ese modo, el debate casacional se centró en

dilucidar si el empleador debe dar audiencia al trabajador como formalidad previa al despido disciplinario en cumplimiento de la disposición supranacional aludida.

IV. Posición de las partes

Las posiciones de las partes se corresponden con el tenor de las doctrinas opuestas.

V. Normativa aplicable al caso

La cuestión a la que se enfrenta el Tribunal Supremo está sujeta a un marco normativo amplio y complejo que involucra disposiciones de carácter supranacional (arts. 1 y 7 del Convenio núm. 158 de la OIT), constitucional (art. 96.1 CE) y de legalidad ordinaria interna, incluyendo normas generales relativas a la aplicación de los tratados internacionales (arts. 23, 29, 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre) y de índole laboral (art. 55.1 ET)

VI. Doctrina básica

A) Aplicabilidad directa del art. 158 Convenio 158 OIT y juicio de convencionalidad

Esta disposición goza de aplicabilidad directa, al merecer la calificación 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*", de manera que su cumplimiento puede ser analizado en el proceso judicial, como sucede con el resto de requisitos formales que rodean la decisión de despedir disciplinariamente.

Una vez asentada la premisa de la operatividad automática del mandato que se establece en el susodicho artículo 7, y constatada su falta de recepción en el ordenamiento jurídico interno, que tras la publicación del convenio no lo incorporó al art. 55.1 ET, el Tribunal Supremo efectúa el juicio de convencionalidad, colmando la laguna normativa, proclamando la aplicación directa de la disposición internacional.

B) Función del trámite de audiencia

El art. 7 del convenio núm. 158 de la OIT reconoce y garantiza el previo derecho del trabajador de defenderse de las imputaciones que pudieran dar lugar a la adopción de la medida de despido disciplinario, refutándolas o desmintiéndolas. La finalidad de ese requisito es que el trabajador sea escuchado sobre los hechos que el empleador considera merecedores de ser sancionados antes de que adopte una decisión que, con ese conocimiento, a lo mejor no hubiera tomado

C) Excepción a la exigibilidad de la audiencia y su aplicación en el caso

El carácter preceptivo de la audiencia previa del trabajador cuenta con una excepción recogida en el propio art. 7, que legitima su inobservancia cuando al empleador no se le pueda pedir razonablemente que cumpla ese trámite, cláusula abierta que resulta ser el portillo que abre el Tribunal Supremo para cimentar la conclusión de que dicha exigencia no alcanza a despidos anteriores a la fecha en que la sentencia fue publicada.

VII. Parte dispositiva

Dejando al margen los pronunciamientos accesorios, la sentencia estima el RCUO interpuesto por el empleador, casando parcialmente la sentencia impugnada, decisión que encuentra su fundamento y justificación en la apreciación realizada en la sentencia de suplicación en torno a la insuficiencia fáctica y la falta de motivación sobre la valoración de la prueba de la que adolecía la dictada por el Juzgado de lo Social. Por ello, el Tribunal Supremo, descartada la existencia de defectos formales en la adopción del despido, declara la nulidad de la sentencia de instancia y acuerda la devolución de las actuaciones al Juzgado para que profiera una nueva en la que, una vez subsanadas las irregularidades advertidas, resuelva la cuestión de fondo.

VIII. Pasajes decisivos

A) Aplicabilidad directa del art. 7 del convenio 158 de la OIT y juicio de convencionalidad

"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 tanto, no se puede decir que tal disposición requiera de un desarrollo legislativo". (FJ 3º, 3).

Estando ante un requisito exigible por norma incorporada a nuestro ordenamiento interno, debe ser aplicada sin que ello implique que estemos derogando norma interna alguna sino seleccionando el derecho aplicable, cumpliendo con ello la función jurisdiccional que a los jueces atribuye la CE, *ex art. 117.3 (FJ 3º, 7)*

B) Función del trámite

"(...) En orden a la forma de activar la medida disciplinaria de 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". (FJ 3º, 4).

C) Excepción a la exigibilidad de la audiencia y su aplicación en el caso

La previsión que contiene el art. 7 del convenio 158 de la OIT referida a que el empresario puede liberarse de la obligación de escuchar previamente al trabajador responde a *"un 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 "* (FJ 3º 3).

Al despido enjuiciado le resulta aplicable tal excepción, pues la jurisprudencia no había entendido que el art. 7 fuera directamente aplicable. *"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"*.

IX. Comentario

El tema central que analiza y resuelve la sentencia reside en determinar si la resolución impugnada vulneró el art. 7 del Convenio 158 OIT y quebrantó la doctrina jurisprudencial que sobre dicha disposición fijó el órgano de casación poco después de que ese instrumento internacional fuese ratificado por España. Al respecto, la Sala 4ª, modificando su posición inicial, sostiene que el precepto indicado resulta directamente aplicable, complementando lo dispuesto en el art. 55.1 ET, sin que dicha garantía quede cubierta por otras de diferente naturaleza previstas en el ordenamiento interno.

Hasta aquí, la sentencia, si bien se aparta del criterio mantenido anteriormente, cambio siempre posible por el carácter dinámico de la jurisprudencia, se enmarca dentro de los previsibles cánones interpretativos y ha gozado del beneplácito de la doctrina. Es a partir de ese momento, una vez constatado que la sentencia impugnada es la que ofrece la respuesta correcta, cuando la Sala 4ª da un giro argumental sorprendente, con importantes consecuencias prácticas, anclado en la excepción que prevé el art. 7 del convenio 158 (*"a menos que no pueda pedirse razonablemente al*

empleador que le conceda esta posibilidad"), así como en el principio de seguridad jurídica, para alcanzar la conclusión de que la falta de audiencia del demandante obedeció a una causa justificada, cuál fue que en la fecha en que la empresa adoptó la medida extintiva seguía vigente la doctrina jurisprudencial que declaró inaplicable la norma internacional mencionada, por lo que la omisión de ese trámite no puede viciar de improcedencia el despido. Al respecto, se cuida de señalar que no está estableciendo cánones de irretroactividad, sino, simplemente, aplicando la excepción que la propia norma objeto de análisis contempla.

Ante ese pronunciamiento, es preciso dilucidar, atendiendo a apreciaciones estrictamente técnicas e intentando evitar sesgos apriorísticos, si la salvedad que contiene el art. 7 del convenio permite liberar a los empleadores del cumplimiento del trámite de audiencia respecto de los despidos comunicados con anterioridad a la publicación de la sentencia o si, por el contrario, su invocación no justifica tal exoneración. La respuesta al dilema enunciado choca con el obstáculo que representa la forma abierta en que aparece configurada la excepción, sin que el precepto dé ninguna pista sobre el tipo de supuestos en los que se puede considerar razonable que el empleador no dé cumplimiento al mandato que el precepto establece^[2] (2). Sí arroja cierta luz el informe presentado por la Comisión de Expertos de la OIT en aplicación de convenios y recomendaciones en la Conferencia Internacional n° 82, celebrada en 1985, en la medida en que después de señalar que "el Convenio no precisa cuáles podrían ser esos motivos ni qué podría considerarse razonable", y de afirmar que. "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", añade que "*corresponderá a los órganos responsables de la aplicación de las disposiciones nacionales velar por que esta disposición del Convenio sea aplicada de buena fe*" (&149).

A la espera de que lo resuelva el TC en el caso de que admita a trámite la demanda de amparo que ha interpuesto el trabajador, cabe sostener que la decisión adoptada por el TS se ajusta al criterio de la buena fe que, según el informe referenciado, debe presidir la aplicación de la excepción, solución que se ve reforzada por el juego de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica a cuya preservación contribuye. Desde esa perspectiva de análisis, el empleador actuó de forma razonable y de buena fe, en la creencia sólidamente fundada de que las formalidades que debía cumplir para despedir al actor eran las previstas en el art, 55.1 ET, convicción compartida por el trabajador que, ni en el proceso ni en el recurso de suplicación denunció la omisión del trámite previsto en el art. 7. Con todo, no cabe ignorar que la solución plasmada en la sentencia ha sido objeto de crítica por ciertos sectores doctrinales^[3].

Un problema que requiere especial atención es el que se plantea cuando el empresario que llevó a cabo el despido antes de la publicación de la sentencia del TS, no esgrime la excepción examinada, lo que sí hizo en el caso que nos ocupa (FJ 3º, 9). La duda que surge es si los órganos jurisdiccionales puedan aplicarla de oficio o lo tienen vedado so pena de incurrir en incongruencia "extra petita".

X. Apunte final

La nueva doctrina jurisprudencial abre numerosos e importantes interrogantes, cuya superación exigirá una reforma legal y/o el concurso de la negociación colectiva. Al margen del referido a su eficacia temporal, ya descrito, seguidamente se exponen alguno de los que se plantean⁰. *Por razones del espacio disponible para este comentario sólo se abordan, de manera sucinta, lo que se consideran más relevantes.*

1. Forma y contenido de la audiencia

El art. 7 del convenio 158 y la sentencia comentada no hacen ninguna especificación en cuanto al modo en que el empleador ha de dar cumplimiento a la obligación que le incumbe, limitándose el susodicho precepto a instarle para que

ofrezca al trabajador "la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él", sin exigir la forma escrita con valor "ad solemnitatem", ni configurar un procedimiento estandarizado al que se deba ajustar, sin perjuicio de los que se puedan establecer legal o convencionalmente.

Sin desconocer lo anterior, a la hora de evaluar la adecuación de la fórmula utilizada en cada caso, es necesario partir de una doble consideración. La primera guarda relación con la razón de ser de esta garantía formal, consistente en que el trabajador tenga conocimiento del propósito del empresario de proceder a su despido y pueda efectuar las alegaciones que estime pertinentes antes de que se materialice la medida, desmintiendo o matizando los cargos formulados y/o negándoles la trascendencia disciplinaria asignada, permitiendo al empleador valorar sus manifestaciones, llevar a cabo las averiguaciones pertinentes para el completo esclarecimiento de los hechos y, potencialmente, cambiar su posición al respecto. En línea con lo señalado por el TS en las sentencias 524/1990, de 4 de abril y 31 de enero de 1991 (Rec.. 277/1990), la finalidad esencial que la ley se propone alcanzar con este trámite no es la comprobación de los hechos, diferida al posterior control judicial de la medida extintiva, sino garantizar la adecuada defensa preventiva del trabajador, posibilitando que el empresario, antes de poner fin a la relación, tenga conocimiento de su parecer y pueda formar su definitiva convicción sobre los hechos y su alcance. Parafraseando lo dicho por el TS en la sentencia de 31 de enero de 2001 (Rec. 148/2000), la función institucional de la audiencia no es la mera notificación de un acuerdo empresarial pendiente de ejecución, sino la comunicación de un proyecto de despido en cuya decisión en firme puede influir la información suministrada por el afectado sobre determinados aspectos o particularidades de su conducta y situación, dando lugar a una reconsideración de la medida planeada.

Es importante subrayar que la audiencia del trabajador constituye una manifestación del derecho de defensa. Así lo entendió la Comisión de Expertos en el informe señalado al indicar 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" (&145)..A lo expuesto hay que añadir que la apertura del trámite posibilita la intervención de los representantes del personal, que puede adoptar diversas formas y contribuir a la eventual revisión de la decisión extintiva.

La segunda consideración tiene por objeto precisar que el empresario, para satisfacer dicha exigencia, debe concretar suficientemente los hechos cuya realización imputa al trabajador, de forma que cuente con los elementos precisos para combatirlos, evitando cualquier sombra de indefensión. En este punto, cabe traer a colación la doctrina sentada por el TS a propósito del contenido mínimo de la carta de despido, requisito orientado a ese mismo objetivo de garantizar el derecho de defensa, de la que es exponente la sentencia de 7 de junio de 2022 (Rec. 1969/2021). Adoptando el mismo enfoque, la Comisión de Expertos de la OIT advierte que "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" (&146).

De las precedentes observaciones se infiere que aunque ni la ley ni la sentencia glosada imponen la obligatoriedad de la forma escrita como requisito esencial para la validez de la audiencia, por lo que su agotamiento, así como la información facilitada, se pueden acreditar por otros medios, si el relato de los hechos objeto de inculpación debe ser claro, integral y suficiente, de manera que el asalariado esté en condiciones de ejercer en plenitud su derecho de defensa antes de que el empleador le imponga la máxima sanción disciplinaria, la comunicación deberá producirse preferentemente por escrito, tanto para la debida constancia de su remisión como de su contenido, en el que además de los hechos, se deberá indicar el plazo del que dispone el trabajador para presentar alegaciones respecto de los cargos formulados.

En definitiva, si bien la literalidad del art. 7 no permite descartar "a priori" la validez de otras formas de dar cumplimiento a la obligación que impone, como la audiencia verbal o la exposición oral de los cargos en el curso de la reunión mantenida con el interesado, no hay que olvidar que el objetivo perseguido con esta exigencia es garantizar el derecho del trabajador a pronunciarse con el debido conocimiento de causa, antes de perder su ocupación laboral, sobre las imputaciones que se le hacen, por lo que a efectos de verificar la idoneidad del concreto medio escogido, habrá que ponderar si el empleado hizo posible que ejerciese eficazmente su derecho de defensa, o le produjo indefensión material, dando la relevancia que tiene a un requisito que cumple una importante función tuitiva y reequilibradora y que contribuye a fortalecer el principio de estabilidad en el empleo en tanto favorece la implementación de soluciones distintas del despido, así como a asegurar el respeto de la dignidad del trabajador [4].

2. Plazo de audiencia

A falta de previsión específica en el art. 7 sobre la antelación mínima con la que el empleador ha de comunicar los cargos al trabajador cabe acudir, a modo orientativo, a los criterios fijados por la Sala 4ª a propósito de la audiencia que debe darse a los delegados sindicales antes de acometer el despido de un trabajador afiliado, por existir identidad de razón entre ambos supuestos, pero no para aplicarlos miméticamente dada la singular naturaleza y finalidad del trámite analizado.

La orientación básica que ofrece el TS se sintetiza en la afirmación de que el plazo ha de tener una duración razonable que se compagine con el objetivo que se persigue con esta exigencia de influir de manera preventiva en la decisión disciplinaria. En aplicación de esa pauta, en sentencias de 16 de octubre de 2001 (Rec. 3024/2000), 7 de junio de 2005 (Rec. 5200/2003) y 12 de julio de 2006 (Rec. 2276/2005) calificó de insuficiente un plazo previo a la efectividad del despido de un día, o inferior a 24 horas, razonando que *«en tan breve plazo no es presumible que por parte de los delegados sindicales se pueda razonablemente articular una efectiva defensa preventiva de los intereses del trabajador afiliado que pudiera dar lugar a un cambio de la decisión proyectada por el empresario [...], y, por el contrario, evidencia que lo que se ha efectuado por la empresa ha sido simplemente "la notificación de un acuerdo empresarial meramente pendiente de ejecución"»*.

Al criterio principal expuesto cabe añadir otro que de alguna forma, matiza la solución dada en las sentencias reseñadas, relativo a que a efectos de determinar la razonabilidad del plazo que transcurre entre la comunicación al delegado sindical y el despido no basta con atender al dato cuantitativo, sino que es menester valorar todas las circunstancias concurrentes, consideración que explica la dificultad de que en esta materia se pueda apreciar el presupuesto de contradicción, de lo que constituyen muestra las sentencias de 12 de enero y 15 de marzo de 2022 (Rec. 97/2019 y 884/2019).

A la hora de trasladar estos criterios a la audiencia previa al trabajador, es preciso tener en cuenta que para que no quede reducida a un mero formulismo sin incidencia real alguna y pueda cumplir la función garantizadora del derecho de defensa de la parte más débil de la relación con que fue concebida, es preciso que el afectado disponga de un tiempo prudencial que guarde la debida proporción con el número y las características de los hechos imputados, de forma que pueda analizarlos con detalle y desarrollar los argumentos que considere oportunos para intentar evitar el despido, lo que en determinados supuestos puede hacer necesario recabar asesoramiento legal. Cada caso tiene particularidades propias que impiden establecer un plazo mínimo de obligada observancia. Y por esa misma razón, no es posible establecer una regla general a efectos de valorar la posible insuficiencia del plazo concedido, lesiva del derecho de defensa, lo que exigirá ponderar circunstancias tales como su duración, el mayor o menor nivel de complejidad de los cargos formulados, la reacción del interesado antes e inmediatamente después del agotamiento del plazo, etc..

3. Excepciones a la exigencia de la audiencia previa

En este punto, el art. 7 del convenio núm. 158 de la OIT presenta una redacción abierta, fuente de inseguridad jurídica, al exonerar al empleador de la obligación de escuchar al trabajador antes de proceder a su despido *cuando no se le pueda "pedir razonablemente" que lo haga*, expresión que hace referencia al estándar de conducta que, atendidas las circunstancias del caso, resulta adecuado. A la hora de aplicar la excepción no hay que olvidar tres aspectos extremos importantes: de un lado, que por tener un carácter limitativo del derecho de defensa que a través de la audiencia se intenta garantizar ha de ser objeto de interpretación restrictiva; de otro, que la necesidad de que el interesado abandone de manera inmediata su puesto de trabajo no justifica por sí misma la elusión del trámite dada la facultad que asiste al empleador para adoptar medidas cautelares que le eximan e la obligación de acudir al centro de trabajo durante el plazo concedido, sin que ello suponga una carga excesiva dada su duración ordinaria; y, por último, que la carga de la prueba de la excepción invocada recae sobre el empresario.

4. Efectos de la omisión o defectuosa cumplimentación del trámite

Aun cuando la sentencia anotada no aborda directamente ese extremo, de sus razonamientos se colige que la consecuencia de la absoluta falta de audiencia es la declaración de improcedencia del despido, calificación que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 ET es la que corresponde a los despidos que, en su forma, no se ajustan a lo establecido en el apartado 1. Igual consecuencia tiene el defectuoso cumplimiento del trámite de audiencia que impida alcanzar sus fines. En tal sentido se pronunció el TS en sentencias citadas "ut supra" 16 de octubre de 2001 (Rec. 3024/2000), 7 de junio de 2005 (Rec. 5200/2003) y 12 de julio de 2006 (Rec. 2276/2005).. No obstante, y sin perjuicio de la salvedad referida a los supuestos enumerados en el art. 55.2 ET en que el despido deberá ser declarado nulo, algún autor plantea una tesis sugestiva acerca de la posibilidad de que la privación del derecho de defensa previo al despido aboque a la calificación de nulidad por vulneración del art. 24 CE, aunque se refiera a un momento pre-procesal^[5].

5. Virtualidad suspensiva de la prescripción

Para dirimir esta cuestión, cabe acudir también a la jurisprudencia elaborada en torno a la audiencia del delegado sindical, contenida en las sentencias de 31 de enero y 6 de marzo de 2001 (Rec. 148/200 y 2227/2000) cuando señalan que el plazo de la "prescripción corta", de 60 días contados a partir de que la empresa tiene conocimiento de la comisión de una falta muy grave, queda suspendido el tiempo empleado en ese trámite, con reanudación posterior de su curso tras su terminación, lo que supone que al efecto expresado hay que descontar los días invertidos en su realización, siempre que el período asignado o consumido para su evacuación sea razonable.

6. Retracción del despido por omisión del trámite y notificación de uno nuevo una vez cumplimentado

La Sala 4ª ha tenido la oportunidad de pronunciarse en múltiples ocasiones sobre la posibilidad de que el empresario deje sin efecto, de manera unilateral, sin la aquiescencia del trabajador, un despido ya comunicado y hecho efectivo, incluso antes de que se lleve a cabo alguna actuación preprocesal o procesal. Y lo ha hecho en sentido negativo, entre otras, en la sentencia, de Pleno, de 7 de octubre de 2009 (Rec. 2694/2008, solución que procede acoger cuando el empleador se retracta del despido por haber omitido el trámite de audiencia y, una vez cumplido, acuerda uno nuevo. Cuestión distinta es la referida a la posibilidad de que el empleador se acoja al art. 55.2 ET, que le faculta para realizar un nuevo despido, sin dejar sin efecto el primero, cumpliendo los requisitos omitidos en el precedente. Y ello, en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del despido inicial, poniendo a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios y manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social, plazo que conforme a la doctrina fijada por

el TS en la sentencia de 10 de noviembre de 2004 (Rec. 5837/2003) ha de computarse por días naturales.

7. Declaración de improcedencia del despido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del trámite y nuevo despido

El art. 110.4 LRJS reconoce al empleador que opta por la readmisión el derecho a realizar un nuevo despido, dentro del plazo de siete días, a contar desde la notificación de la sentencia, en el que se subsanen los defectos formales que dieron lugar a la improcedencia del anterior, advirtiendo que la posterior resolución contractual no constituirá en ningún caso una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha. En relación con el ejercicio de esa facultad interesa dejar constancia sucinta de la doctrina jurisprudencial acuñada en torno a los extremos que se detallan a continuación, que resulta aplicable al supuesto de improcedencia del despido por falta de audiencia previa al trabajador: A) el cómputo del plazo de los 7 días debe realizarse descontando los inhábiles (sentencia de 5 de noviembre de 2019 (Rec. 1860/2017); B) de dicho cómputo deben excluirse los días que se hayan invertido en el trámite de audiencia realizado después de que la sentencia declarase la improcedencia del despido por ausencia de ese requisito formal (sentencia de 8 de junio de 2009, Rec. 2059/2008;) C) el tiempo transcurrido desde la fecha del primer despido y hasta la declaración judicial de su improcedencia no es computable a efectos del plazo de prescripción de las faltas imputadas cuando estas, en el segundo despido, fueran las mismas que las achacadas en el primero (sentencia de 22 de julio de 1996, Rec. 2539/1995); D) la nueva resolución contractual se puede efectuar sin necesidad de que se produzca, previamente, una efectiva prestación de servicios (sentencia de 7 de septiembre de 2021, Rec. 1864/2018).

8. Otros aspectos

Con la anterior exposición no se pretende agotar toda la problemática que la aplicación de la doctrina sentada en la sentencia comentada puede generar. A modo de ejemplo y centrándonos en algunas de las cuestiones a las que se ha enfrentado el TS en relación con otra exigencia formal del despido disciplinario - la incoación de expediente contradictorio a los representantes de los trabajadores -, pero sentando doctrina que se puede trasladar al requisito que aquí se analiza, cabe señalar las siguientes: A) la citada garantía opera cuando la extinción contractual se produce al amparo de la cláusula de rendimiento mínimo pactada en el contrato de trabajo, que a estos efectos debe equipararse al despido (sentencia 812/1987, de 28 de abril), criterio que resulta aplicable con mayor razón si cabe al requisito objeto de estudio, dado el tenor del art. 7 del convenio 158 de la OIT que lo impone en los ceses relacionados con el rendimiento del trabajador, cabiendo incluso plantearse la posibilidad de considerar incluidos los despidos basados en las causas objetivas referidas en los apartados a) y b) del art. 52 ET; B) dicha garantía no alcanza a la realización o práctica de pruebas (sentencia 32/1991, de 22 de enero), lo que, cabe agregar, no impide al trabajador aportar la documentación que considere de interés para respaldar su posición; C) la circunstancia de que el interesado no haga uso de la oportunidad que se le brinda no priva de virtualidad al trámite (sentencias 863/1990, de 4 de junio, 277/1991, de 31 de enero, y 582/1991, de 16 de octubre); D) entre los hechos atribuidos al trabajador en el pliego de cargos y los consignados en la carta de despido debe existir sustancial coincidencia, resultando controvertido si la divergencia trae como consecuencia que las nuevas imputaciones deban tenerse por no formuladas (sentencia 106/1988, de 3 de febrero) o la nulidad del trámite (sentencia 849/1989, de 28 de septiembre); E) la alegación por primera vez en el acto de juicio sobre la falta de tramitación del expediente contradictorio (exigible en los casos enjuiciados por previsión convencional constituye una variación sustancial de la demanda (sentencias de 5 de diciembre de 2019, Rec. 1849/2017 y 25 de marzo y 27 de abril de 2022, Rec. 4395/2019 y 179/2021), pero resulta admisible denunciar su omisión en la demanda aunque no se adujese en la papeleta de conciliación (sentencia de 2 de diciembre de 2024, Rec. 3354/2023), o en el escrito de ampliación de la demanda presentado antes de celebrar el juicio y con traslado a la parte demandada, de conformidad con la

doctrina sentada en las sentencias de 29 de mayo y 10 de septiembre de 2024 (Rec. 3869/2022 y 1636/2021).

•

Referencias:

1. ^ *El núm. 10/2024 de la Revista de Jurisprudencia Laboral contiene una recensión de urgencia de la sentencia, a cargo de su Director.*
2. ^ *Una aproximación a la tipología de supuestos que justifican la aplicación de la excepción la efectúan Álvarez Cuesta, H., "El resucitado derecho de audiencia previa al despido disciplinario (..)", Revista de Derecho Social, 2024, 108, pp. 175-185, y Gómez Abilleira, F.J., "Tres dudas sobre la audiencia previa al despido", El Foro de Labos, 28/01/25.*
3. ^ *Alfonso Mellado, C.L., "Audiencia previa en materia de despido disciplinario: una necesaria, aunque incompleta, rectificación de la jurisprudencia precedente", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, 484, pp. 175-284 y Molina Navarrete, C. "Un juicio de convencionalidad debido, justicia salomónica de ocasión: audiencia previa al despido sí, pero ex nunc", Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024, núm.,101.*
4. ^ *En este punto resultan de interés los argumentos que desarrolla el profesor Sanguinetti Raymond, W., en "El derecho a la defensa previa frente al despido: el final de treinta y ocho años de soledad", Brief de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2024, núm.,106.*
5. ^ *Agustí Maragall, J., "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", Jurisdicción Social, nº 261, pp.16-30.*