

El TS rectifica su doctrina y declara que para la extinción laboral por despido disciplinario es exigible la audiencia previa del trabajador

La cuestión suscitada en el presente recurso se centra en determinar si el despido disciplinario adoptado por el empleador debe serlo previa audiencia del trabajador despedido.

Declara la Sala que, conforme al art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT, de aplicación directa, 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. La finalidad del precepto 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. Ahora bien, ese requisito va acompañado de una excepción como es que no pueda razonablemente pedirse al empleador que tuviera que conceder tal audiencia en el momento en que activó el despido, debiendo valorarse la razón por la que el empleador no ha dado audiencia previa al trabajador.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia 1250/2024, de 18 de noviembre de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 4735/2023

Ponente Excmo. Sr. MARIA LUZ GARCIA PAREDES

En Madrid, a 18 de noviembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad Fundació per als estudis Superiors de Música i arts Esceniques de les Illes Balears (FERMAE-IB) representada por el letrado de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2023, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en el recurso de suplicación núm. 454/2022, aclarada por auto de 8 de marzo de 2023, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 4 de Palma, de fecha 9 de marzo de 2022, recaída en autos núm. 386/2021, seguidos a instancia de D. Herminio contra la entidad Fundació per als estudis Superiors de Música i arts Esceniques de les Illes Balears (FERMAE-IB), sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido, D. Herminio representado por la letrada D.ª Isabe Ripoll Bonnin.

Ha sido ponente la Excmo. Sra. D.ª María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 9 de marzo de 2022 el Juzgado de lo Social n.º 4 de Palma dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

“Primero.- El actor D. Herminio con D.N.I NUM000 ha prestado servicios en la Escuela de Arte Dramático, hoy (FESMAE-IB) con la categoría profesional del profesor del Área de Teoría teatral y

percibiendo una retribución salarial mensual de 3854,56 € brutos incluida la prorratas de pagas extraordinarias. Era miembro del equipo directivo del centro, en su condición de Secretario.

Segundo.- El actor ha prestado servicios en virtud de sucesivos contratos temporales, durante los siguientes periodos: 1.º.- Contrato de obra o servicio, de duración determinada como PROFESOR ASOCIADO y contratado por la FUNDACIÓ ESCOLA SUPERIOR D'ART

DRAMÀTIC DE LES ILLES BALEARS. A tiempo parcial, por 56 horas y por el período del 01/10/2007 hasta el 22/12/2007. En el contrato figura como Cláusula Tercera de las Adicionales: Cláusula del contrato de profesor asociado a tiempo parcial por asignaturas. Este profesorado, en atención al carácter universitario de los estudios superiores de arte dramático, se contratará por analogía con el profesorado universitario asociado, de acuerdo con lo que dispone el art. 53 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, modificada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, de universidades. La contratación será laboral de carácter temporal y con dedicación a tiempo parcial, y su duración estará sujeta a las necesidades docentes del centro. (...) Finalizado el curso 2007-2008, previo informe del equipo directivo docente del centro y en función de las necesidades lectivas, se podrá contratar de nuevo para periodos de la misma duración, siempre que el profesor contratado continúe acreditando la actividad profesional fuera del ESADIB (...)"

2.º.- Contrato de obra o servicio, de duración determinada como SECRETARIO ACADÉMICO, impartiendo una asignatura, con trabajo de duración a tiempo parcial de 2 horas semanales, por el período entre el 07/01/2008 al 30/06/2008.

3.º.- Contrato de obra o servicio, de duración determinada como PROFESOR ASOCIADO y contratado por la FUNDACIÓ ESCOLA SUPERIOR D'ART DRAMÀTIC DE LES ILLES

BALEARS. A tiempo parcial, por únicamente 108 horas y por el período del 01/10/2008 hasta el 25/08/2009. En el contrato figura como Clausula Tercera de las Adicionales, figura el mismo texto transcrito anteriormente.

4.º.- Contrato de obra o servicio, de duración determinada como PROFESOR ASOCIADO y contratado por la FUNDACIÓ ESCOLA SUPERIOR D'ART DRAMÀTIC DE LES ILLES BALEARS. A tiempo parcial, por 165 horas y por el período del 01/10/2009 hasta el 25/08/2010. En el contrato figura como Cláusula Tercera de las Adicionales, figura el mismo texto transcrito anteriormente. 5.º.- Nombramiento por la Consejería de Educación y Cultura como funcionario interino en régimen administrativo como PROFESOR ESPECIALISTA. De conformidad con la Cláusula Primera, su duración es de 35 horas semanales, por el período del 01/09/2010 hasta el 31/07/2011 (Cláusula Tercera, que añade en su apartado b) que: "la formalización de este contrato en modo alguno determinará la adquisición de la condición de personal funcionario o cualquier otro asimilables, ni de personal laboral"). Y retribución de

2.392,49 € brutos mensuales. "LAS PARTES DECLARAN I. Que, de acuerdo con los artículos 95.2, 96.3 y 98.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, de forma excepcional, en relación, respectivamente, con el profesorado de formación profesional, enseñanzas artísticas y deportivas, para determinados módulos o materias, se puede incorporar como profesor especialista, atendiendo a su calificación y a las necesidades del sistema educativo, a profesorado, no necesariamente titulados, que desarrollen su actividad en el ámbito laboral. En caso de enseñanzas artísticas superiores y de enseñanza de idiomas, los profesionales pueden ser de nacionalidad extranjera, según los artículos 96.4, 97.2 de la misma Ley. Que de acuerdo con el artículo 4 del Real Decreto 1560/1995, de 21 de septiembre, por el cual se regula el régimen de contratación de profesores especialistas, la contratación de profesores especialistas tendrá carácter temporal, a tiempo completo o parcial según las necesidades educativas, se someterán al régimen de derecho administrativo y se realizará conforme a los principios de mérito, capacidad y publicidad. II. Para el curso 2010/2011 se considera

necesario contar con una persona (...). Por esta razón, por resolución del director general de Personal Docente de 12/07/10, se convocó una plaza para contratar, en régimen de derecho administrativo, un profesor especialista para impartir enseñanzas en el centro o centros indicados en el encabezamiento. III. En la convocatoria se adjudicó la referenciada plaza de profesor especialista al señor Herminio. En atención a sus méritos y capacidad demostrada, por su experiencia y dedicación dentro del ámbito laboral de Teoría teatral (...)" 6.º.- Nombramiento por la Consejería de Educación y Cultura como funcionario interino en régimen administrativo como profesor especialista.

Contrato con las mismas condiciones administrativas y funcionarial interino temporal que el anterior. Con el mismo clausurado y retribución. Su duración lo fue del 01/09/2011 al 31/07/2012.

7.º.- A continuación, la Consejería de Educación, Cultura y Universidad, separándose de la modalidad de contratación anterior, procedió en años sucesivos a realizar nombramiento como funcionario interino por formar parte el actor de una bolsa específica para ello, dejando de lado la figura de profesor especialista, aunque manteniendo la relación con la Consejería e igualmente de carácter administrativo. Dichas relaciones como funcionario interino tuvieron las siguientes duraciones:

- Del 17/09/2013 al 31/08/2014. - - Del 01/09/2014 al 31/08/2015. - - Del 01/09/2015 al 31/08/2016. -
- Del 01/09/2016 al 31/08/2017. - - Del 01/09/2017 al 31/08/2018. - - Del 01/09/2018 al 31/08/2019. -
8.º.- Con fecha 2 de septiembre de 2019 el actor suscribió contrato laboral con FESMAE-IB, ente del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, y ello para ocupar la plaza NUM001) Área de Teoría Teatral mediante un contrato de trabajo de PROFESOR INTERI NO, de carácter temporal, de interinidad de un puesto vacante, y hasta la cobertura definitiva de las plazas mediante los mecanismos y en los términos legales previstos. La convocatoria de dicha plaza, se publicó en el BOIB n.º 73/2019, de 1 de junio, mediante

Resolución del presidente del Patronato de la Fundació per als Estudis Superiors de Música i Arts Escèniques de les Illes Balears (FESMAE-IB) de 23 de mayo de 2019 por la que se autorizan la convocatoria y las bases para la selección de profesores interinos para diferentes áreas como personal laboral docente de la Escola Superior d'Art Dramàtic de les Illes Balears de 2019, en cuya Base Tercera disponía que: "3. Características del contratoLa contratación será de carácter temporal, de interinidad en una plaza vacante, con dedicación a tiempo parcial o a tiempo completo, hasta la cobertura definitiva de las plazas mediante los mecanismos y los términos legales previstos".

Tercero.- El día 17 de diciembre de 2020 la jefa de estudios de la ESADIB pone en conocimiento del inspector de educación, que un profesor le había manifestado que el docente del centro, Herminio, estaba acosando a una alumna Flora y que había sabido que situaciones similares se habían producido en cursos anteriores.

Cuarto.- Con fecha 22 de diciembre de 2020 la alumna Flora en una reunión mantenida con la jefa de estudios, se queja del comportamiento del profesor Herminio. Con fecha 24 de febrero de 2021 las alumnas Flora, Guillerma, y Inmaculada (en representación de la asociación de los alumnos de la ESADIB) en una reunión mantenida con la jefa de estudios, se quejan del comportamiento del profesor Herminio. El 5 de marzo de 2021 los miembros de la Asociación de Alumnos de la Escuela Superior de Arte Dramático presentan una queja formal ante la Fundación por la conducta inadecuada e inapropiada del profesor para con el alumnado de género femenino. En dicho escrito hay veinticinco testimonios, de los cuales dieciséis son respecto a conductas del profesor Herminio; se suscribe con cincuenta y seis firmas. (Doc. n.º 1, 2 y 3 de la prueba de la demandada, que se tiene por reproducido)

Quinto.- El día 8 de marzo de 2021, el profesor Herminio presenta un escrito, dirigido al Consejero de Educación y Formación Profesional, Presidente de la Fundación, de conformidad con los Estatutos de la misma, y a uno de sus vocales, el Director

General de Formación Profesional y Enseñanzas Artísticas Superiores, poniendo su cargo de Secretario Académico del Centro ESADIB a disposición, en sus propios términos dichos en el escrito: "a causa de la situación actual del centro".

Sexto.- La Inspección Educativa de la Consejería, con fecha de 9 de marzo de 2021 emite informe, suscrito por el Inspector de Educación MT y con el visto bueno del Jefe de Departamento de la Inspección Educativa, AA, en el cual se hace un relato de los hechos constatados, desarrolla los fundamentos de derecho de aplicación y propone: "Por todo ello, expuestos los hechos y antecedentes donde se aprecian indicios de responsabilidad disciplinaria, de acuerdo con los fundamentos jurídicos que se han tomado en consideración y en el ejercicio de las funciones y atribuciones que la normativa en materia de educación otorgan a la Inspección Educativa, propongo: Que, previa valoración por el órgano competente, éste resuelva sancionar al Sr. Herminio de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable (art. 58 del Estatuto de los Trabajadores), así como también en relación con el incumplimiento de los principios que dan contenido a la relación laboral y que son de aplicación, previstos en los artículos 52, 53 y 54 del TREBEP. Finalmente, propongo que, ante el escrito de los alumnos citado en los antecedentes, se informe a la Fiscalía".

Séptimo.- El Instituto Balear de la Mujer fecha 26 de marzo de 2021 emite informe, en el cual tras realizar un análisis exhaustivo de los hechos denunciados, define el acoso sexual del profesorado hacia los estudiantes. Considera que el mismo produce consecuencias psicológicas y emocionales que limitan el aprovechamiento académico y obstruyen la participación del alumnado en los programas educativos, lo que constituye una manera de discriminación hacia las personas que experimentan el acoso. En el ámbito educativo o académico, el acoso pone de relieve que es una conducta que impide la igualdad y el desarrollo de la persona víctima, que le causa malestar y constituye abuso de poder, atentando contra la dignidad de la persona. (Doc. n.º 6 de la prueba de la demandada, que se tiene por reproducido)

Octavo.- El Patronato de la Fundación en la sesión de 30 de marzo de 2021 acuerda el despido del Sr Herminio.

Noveno.-Con fecha de efectos de 31 de marzo de 2021 Fundación para los Estudios Superiores de Música y Artes Escénicas de las Islas Baleares (FESMAE-IB) notificó al actor su despido disciplinario mediante comunicación del siguiente tenor literal: Muy Sr. nuestro: Por la presente, le comunicamos que el órgano de dirección competente de la Fundación para los Estudios Superiores de Música y Artes Escénicas de las Illes Balears (FESMAEIB), ha decidido extinguir la relación laboral que manteníamos con usted mediante despido disciplinario con fecha de efectos de día 31 de marzo de 2021, en virtud de lo establecido en el art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores. Las razones que motivan el despido se fundamentan en la grave transgresión de la buena fe contractual, que se concreta en un grave incumplimiento de sus funciones como empleado de un ente instrumental del sector público adscrito a la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. En concreto de los principios de conducta hacia la relación con su alumnado de género femenino. Usted forma parte de la plantilla de la Fundación como Profesor del área de Teoría teatral de la Escuela Superior de Arte Dramático de las Islas Baleares (ESADIB), que es el centro superior de docencia e investigación de artes escénicas gestionado por la Fundación; y en el momento de los hechos, además era miembro del equipo directivo del centro, en su condición de Secretario. El pasado día 5 de marzo de 2021 la Gerencia de la Fundación ha tenido conocimiento de unos graves hechos cometidos por su persona en su calidad de profesor como consecuencia de las diferentes denuncias realizadas por alumnos del centro en las últimas semanas a la Inspección Educativa, que se concretan en los siguientes antecedentes: El día 17 de diciembre de 2020 la jefa de estudios de l'ESADIB comunicó a la Inspección Educativa que un profesor le había manifestado que un docente del centro (usted) estaba acosando a una alumna (Flora), y que había tenido conocimiento de que situaciones similares se habían

producido en cursos anteriores. Dada la relevancia y gravedad de los hechos, la jefa de estudios, antes de remitir la información a la Gerencia y Patronato de la Fundación, dio traslado de la información a la Inspección para que elaborara el correspondiente informe tras la pertinente investigación. Ante esta información, desde Inspección Educativa, y mediante el Inspector MT, este solicitó a la jefa de estudios que se entrevistara con la alumna, lo que pasó el día 22 de diciembre de 2020 y que levantase acta. En esta acta se recogió la versión de los hechos de la alumna (que se adjunta a esta carta como anexo 1), donde se manifiesta que tras una tutoría que tuvo sola con el profesor "no sabía que había pasado" y que se sintió desconcertada; que tras la tutoría el profesor obtuvo su teléfono particular y comenzó a recibir mensajes de WhatsApp del profesor en los que le proponía reunirse con él o tomar un café, que durante la pandemia del curso 2019-2020 el profesor -usted- le enviaba continuamente solicitudes de amistad en Instagram hasta que la alumna tuvo que bloquearlo. Consecuencia de esta entrevista, desde la inspección Educativa se solicitó a la jefa de estudios que celebrase una entrevista con el profesor, en presencia del director, con el objetivo de recoger su versión de los hechos y requerirle que dejara de enviar mensajes a la alumna de forma inmediata. También acordó la Inspección hacer un seguimiento del caso, y que si el profesor volvía a contactar con la alumna informaran inmediatamente. El día 25 de febrero de 2021, la jefa de estudios informa a la Inspección Educativa de una nueva reunión que mantuvo el día 24 de febrero de 2021 con tres alumnas:

Flora, Inmaculada y Guillerma (anexo 2). En esa reunión Guillerma manifestó la incomodidad que sintió cuando, en una tutoría individual en el mes de enero - de 2021-, el profesor le miraba constantemente los pechos. Las tres alumnas afirman que son habituales comentarios del profesor hacia ciertas alumnas como "qué falda más corta" u "hoy vienes muy guapa". Por último, con fecha del 5 de marzo de 2021 la Asociación de Alumnos de la Escuela Superior de Arte Dramático presentó escrito de queja y denuncia, que tuvo entrada en registro del Departamento de Inspección Educativa el siguiente 8 de marzo de 2021 (se adjunta como anexo 3). Del análisis del escrito firmado por cincuenta y seis alumnos de la Escuela adjunto a la denuncia de la Asociación de Alumnos de la Escuela donde se aportan testimonios de diferentes situaciones vividas por alumnos del centro y de los anteriores hechos relatados, la inspección educativa ha concluido mediante informe de 9 de marzo de 2021 que las conductas de usted como profesor hacia las alumnas no son apropiadas y son constitutivas de responsabilidad disciplinaria. Estas conductas denunciadas son resumidas por la Inspección educativa en los siguientes hechos constatados y comprobados: Durante el confinamiento, y fuera del ámbito académico, usted le enviaba continuamente a la alumna Flora solicitudes de amistad en Instagram hasta que la alumna lo bloqueó. Usted persistió en el intento de contactar con la alumna por vías extraoficiales y pidió su teléfono móvil particular a una exalumna del centro. A través de este teléfono, usted le envió varios mensajes de Whatsapp, según consta en el acta de la entrevista (anexo 1), "siempre desde un discurso académico", en los que le propone reunirse con él o tomar un café para seguir hablando "de esto y lo otro", aprovechando, por ejemplo, las vacaciones de Navidad. Como ya se ha indicado, los mensajes tienen un discurso siempre académico, pero hay dos momentos en los que el profesor, habla de "la extraordinaria fotogenia de la alumna o de su excelente expediente académico". Además, según manifiestan las alumnas Flora, Guillerma y Inmaculada, y consta en el acta de la reunión de 24 de febrero de 2021, el profesor hace comentarios improcedentes del tipo "qué falda más corta" u "hoy vienes muy guapa". En definitiva, concluye la Inspección que dos alumnas (Flora y Pura) han mostrado una gran incomodidad por presuntas conductas y comentarios de usted y así lo han manifestado ante la jefa de estudios. Por último, la propia Inspección hace referencia al escrito presentado el 8 de marzo de 2021 en el registro de entrada del Departamento de Inspección Educativa firmado por cincuenta y seis alumnos con el testimonio de veinticinco, relativo a conductas inapropiadas de usted y del profesor y director académico, Sr. Arcadio. Estas conductas, manifestadas por los alumnos constan en el anexo 1 del escrito de denuncia presentado por la Asociación de Alumnos de la Escuela y, de este, que se adjunta a la presente carta como anexo 3 y del

que usted ya tiene conocimiento, se pueden extraer algunas de las manifestaciones de los alumnos con ánimo ejemplificativo, aunque no exhaustivo, dado que el mismo se adjunta: Benigno, actual alumno de l'ESADIB. expongo: Durante las clases de escenificación de primero de carrera impartidas por Arcadio realizó aproximaciones corporales sobre todo de la parte superior del cuerpo de una compañera. Aparte cada tanto en tanto hablaba del cuerpo de ésta para describir algo. Todo ello con una atmósfera incómoda, también descrito así por mi compañera de treinta años. Además, conociendo el caso de mi compañera Candelaria con Herminio, he presenciado algunos comentarios y situaciones hacia ella, que eran totalmente inadecuados. Conrado, actual alumna de l'ESADIB. expongo: Yo, Conrado, conozco los casos de de Flora y Antonieta, desde el primer momento, en los que Herminio hizo comentarios inadecuados y fuera de lugar en una tutoría con las dos alumnas y seguidamente les envió mensajes privados. Ariadna, actual alumna de la ESADIB, expongo: Yo, Ariadna he estado al corriente de lo que ha pasado con mi compañera Candelaria por parte de Herminio desde los inicios. Además de presenciar escenas incómodas en clase de Arcadio el año 2019. Antonieta, actual alumna de l'ESADIB, expongo: Yo, Antonieta, de veinte años y actual alumna de la ESADIB, escribo este testimonio con motivo de la explicación de los hechos sucedidos el pasado curso 2019-2020. Por un lado, a causa de la investigación abierta del profesor Herminio, me dispongo a contar mi experiencia personal. Todo comenzó con un comentario elogiando mi vestimenta de aquel día, el cual no le di mucha importancia hasta el momento de nuestra segunda tutoría, que tuvo lugar durante el confinamiento (una tutoría que me pidió previamente a la pandemia y que cuando lo hizo, me dio la sensación de que despertaba cierto interés por mi seguimiento académico, cosa que no tuvo hacia otros alumnos que también lo tienen de tutor). En esta, me hizo comentarios inadecuados del tipo "tienes una mirada muy sensual ", alabando de manera reiterada mi físico hasta un punto de incomodarme. Me pidió si nunca me había planteado hacer un book de fotos, como animándome a hacerlo, ya que podía sacar mucho provecho a esa mirada o carácter sensual. La conversación se volvió bastante repetitiva en cuanto a comentarios de ese estilo, así que le hice entender que ya podíamos dejar la tutoría, y sin ningún problema ni intento de insistencia, Herminio lo aceptó y nos despedimos por videoconferencia. Después de esta experiencia empecé a hilar historias y rumores que se comentaban entre alumnos de la ESADIB, como por ejemplo que se notaba que este profesor tenía preferencias por X alumnos de cada curso. A partir de ese momento, de la tutoría y de relacionar ciertos comentarios me sentí más desconectada de la asignatura y de él como docente. Día 19 de junio de 2020 recibí un mensaje suyo por Teams en el que me pedía una última tutoría para charlar de cómo había ido todo durante el final de curso. Yo acepté y quedamos lunes a las 11:30 para hacer la tutoría online, pero resultó que aquel horario iba muy justo, porque yo tenía que ir a la escuela a buscar las cosas que habían quedado en la taquilla. De esta manera propuse hacer la tutoría un poco más tarde o incluso dejarla para el martes, a lo que él me respondió que sobre esa hora estaría en la escuela y que podríamos quedar en el centro para ir a tomar algo y hablar por allí al lado, pero que también le iba bien hacerla el martes. Esta proposición me pareció extraña así que sencillamente respondí que mejor el martes. (...)

Enma actual alumna de l'ESADIB, expongo: Yo, Enma he estado al corriente de lo que ha pasado con mi compañera Antonieta por parte de Herminio desde los inicios. Además de presenciar escenas incómodas en clase de Arcadio en 2019.

Matilde actual alumna de l'ESADIB. expongo: (...) Respecto al profesor Herminio, a lo largo de los cursos y las asignaturas impartidas (curso 2018/19, 2019/2020, 2020/21). Utiliza de manera frecuente ejemplos sexuales para explicar cosas concretas de las asignaturas. He presenciado cómo ha hecho comentarios fuera de tono y con actitud sexualizada respecto a una alumna en clase. He presenciado actitud y comentarios sexuales respecto a tres compañeras que exponían de manera performativa un ejercicio. Comentarios respecto a su físico, a sus vestidos y a la actividad que proponían. Ha contado anécdotas de compañeros suyos de profesión donde alababa y hacía broma sobre el hecho habitual de tener sexo con actrices jóvenes o ser muy activo sexualmente con chicas jóvenes. He visto

mensajes que ha enviado a una alumna, proponiendo tutorías y quedadas fuera del horario y el contexto lectivo, donde esta chica se ha sentido incomodada y presionada por su insistencia y su actitud.

Paula actual alumna de l'Esadib. expongo: (...) Respecto al profesor Herminio: He sido testigo del intento de contactar con una compañera por las redes sociales por whatsapp. He sido testigo de la inmensa incomodidad de esta compañera en las clases y del sufrimiento que ha vivido para no encontrarse sola con este profesor. De hecho, ella nos pidió que siempre la acompañásemos a sus clases. He sido testigo de los múltiples comentarios sobre los cuerpos de las mujeres de manera sexual. Durante una presentación de su asignatura yo y unas compañeras hicimos un trabajo sobre la prostitución y espectacularización del cuerpo de la mujer. Hicimos un trabajo performativo con un baile. Al terminar el profesor hizo varios comentarios sobre nuestros cuerpos intimidándonos con su mirada. Hace constantemente comentarios sexuales.

Rosalía, actual alumno de l'ESADIB, expongo: (...) Respecto al profesor Herminio: He sido testigo de muchos comentarios respecto a los cuerpos de mis compañeras y comentarios sobre su forma de vestir. Normalmente en clase siempre vamos con ropa de deporte porque hay muchas asignaturas físicas. Bien pues, un día en que una compañera y yo hacíamos una presentación sobre el cine erótico, decidimos hacerla un poco performativa, por lo que nos pintamos los labios de rojo y nos vestimos con vestidos muy cortos y zapatos de tacón. Frente a eso recibimos el comentario de que: Debajo la ropa de deporte se disimulaba muy bien el cuerpo tan bonito que teníamos y que nos teníamos que vestir así más a menudo.

Flora, actual alumna del ESADIB, expongo: Los siguientes hechos sobre Herminio: Presenté en diciembre del 2020 una queja formal donde relataba el año y medio de mensajes privados, comentarios de carácter sexual y encuentros que he sufrido por parte de esta persona: todo comenzó en una tutoría donde tenía que presentar la temática por un trabajo. Él desembocó la conversación en un discurso sexual sobre mi persona justificando las conductas que debería tener una actriz. Consiguí mi número de teléfono por vías no oficiales y estuvo hasta noviembre pasado escribiéndome para intentar conseguir que quedase con él a solas. Además, me lo he tenido que encontrar por la calle "casualmente" en tres ocasiones teniendo que aguantar su discurso sexual y sus miradas lascivas. A pesar de haber presentado una queja formal y con una investigación abierta, repitió su conducta poco después con una alumna de primer curso. (...)

Luis Angel, actual alumno de la ESADIB. Expongo: (...) En cuanto a Herminio puedo decir que sus métodos pedagógicos son brillantes, si bien en cuanto a las evaluaciones es discutible sus criterios de evaluación, respecto al contenido y a la forma de enseñanza puedo decir que los tres años que llevo en este centro han sido plenamente satisfactorios. Sin embargo, hay que decir que mi situación de hombre ha favorecido a no sentirme nunca incomodado por este profesor, del que he recibido quejas de compañeras mías que sí han expresado esa sensación. Sí que es cierto que he podido presenciar cómo hacía comentarios sexualizados de una presentación performativa de un ejercicio, haciendo comentarios sobre sus cuerpos y sus vestidos. De igual forma he presenciado cómo ejemplificaba cosas concretas de la asignatura con ejemplos sexuales. También he presenciado cómo alababa a alumnas desde una actitud claramente con intenciones sexuales (mirada lasciva, comentarios indirectos...). Cuando menos estas actitudes se han podido presenciar dentro de las aulas, nunca han estado con la medida y frecuencia del profesor Arcadio. Finalmente, y respecto a la investigación de Herminio, puedo decir que hasta dos compañeras me han expresado la incomodidad sufrida en las tutorías de este profesor, donde les hablaba de su "presencia escénica" a partir de su "sensualidad", y he visto también cómo ha conseguido el número de una compañera del curso sin pedírselo, es decir, por otros medios, para proponerle una tutoría fuera del centro en un bar.

María Inmaculada, actual alumna de la ESADIB, expongo: (...) Respecto al profesor Herminio: He sido testigo de cómo enviaba mensajes al número privado de una compañera. Ella me explicó su incomodidad ante este profesor y me mostró el mensaje que él le había enviado a su teléfono personal, pidiéndole una tutoría en horario no lectivo fuera del centro. También me explicó que tuvo una tutoría con él en el centro sobre un trabajo de su asignatura y que se sintió muy incomodada por sus comentarios. Esta misma compañera nos ha pedido que si cualquier día la vemos a solas con este profesor vayamos a acompañarla. En sus clases online de este curso 2020-2021, nos hemos puesto de acuerdo para entrar en la reunión online todas a la vez, para que ninguna compañera tenga que estar sola con él. En las clases también pone muchos ejemplos sexualizados. Cuando tenía 19 años, en una de sus clases hizo un pequeño ejercicio de imaginación que me cogió de ejemplo para explicarlo y me hizo sentir bastante incómoda, tanto por el ejercicio como por sus miradas.

Agustina, actual alumna de la ESADIB, expongo: (...) En cuanto a Herminio: Durante el segundo curso (20 años) en la asignatura Teoría de los espectáculos y la comunicación teníamos que hacer una presentación performativa sobre el trabajo de sociología. Un grupo de compañeras trabajó "la cosificación de la mujer dentro del espectáculo", y representó un espectáculo de showgirls. Al terminar el profesor Herminio le dijo a una de las chicas: "¿Qué harás esta noche (nombre), te he de invitar a cenar?" Soy íntima amiga de la chica de nuestro curso a quien le ha estado enviando mensajes privados y hablándole constantemente, y he estado a su lado durante todo el proceso. De hecho, la primera tutoría donde ella sufrió una gran incomodidad, yo tenía que ir, pero no pude por incompatibilidad de horarios, ya que íbamos a cursos diferentes. La tutoría era para darle la temática del trabajo de sociología. Flora me contó toda la situación vivida durante la tutoría y la encontré en shock porque no sabía cómo afrontar lo que había pasado. La semana siguiente cuando volvimos a tener clase con el profesor, entré con ella para que no se sintiera sola. Su estado era muy alterado, tuve que cogerle la pierna porque no dejaba de temblar. A partir de ese día siempre pedía compañía para no encontrarse sola ante el profesor. Unos meses más tarde me contó que el profesor había conseguido su número y que le había pedido para quedar. Posteriormente fui testigo de todos los mensajes que le iba enviando y de cómo la acosaba por redes sociales. Vi las constantes peticiones de amistad a su Instagram. También conozco las experiencias vividas cuando se lo ha encontrado por la calle y cómo ha tenido que aguantar la situación tan incómoda. Sé a través de ella que intentó pedir ayuda a ciertos profesores y nadie hizo nada. Durante el verano ella y yo cursamos un intensivo de danza con un exalumno de la casa, Antonio. Justo él estaba haciendo un trabajo de investigación y estaba siendo tutorizado por Herminio, nos compartió esta información de manera social y se habló de lo que estaba sufriendo mi compañera. Antonio nos dijo que él sabía de otros casos. En setiembre fuimos a ver su espectáculo de danza "78 domingos" en Manacor y mi compañera iba con miedo de encontrarse con Herminio.

Jacinta actual alumna de la ESADIB, expongo: (...) En cuanto a Herminio: He presenciado la incomodidad y miedo de la alumna a quien le enviaba mensajes privados y a quien buscaba para tener "tutorías" fuera del centro. Nos pedía que por favor no la dejáramos sola con él, ya que había pasado los límites, pidiendo tutorías donde la incomodaba con comentarios sexuales e incluso consiguió su teléfono móvil sin que ella se lo diera. Comentarios de carácter sexual fuera de lugar en las clases. Muchas veces me ha hecho sentir mal en clase, ya que siempre me ha puesto en duda, y después cuando un compañero, hombre, decía exactamente lo mismo que yo le daba la razón a él. Cuando en alguna exposición o debate en clase salía el tema de cuestión de género o feminismo, intentaba dejarme en evidencia ante la clase desacreditando mis palabras y pidiéndome constantemente que "cuáles eran mis fuentes para decir eso" con un tono bastante hostil. Llegó a decirme retrógrada (y otras cosas que honestamente hoy en día no recuerdo) en 2.º por estar en contra de la pornografía y que a las actrices nos obliguen a hacer escenas de sexo explícito no justificadas y sin nuestro consentimiento.

Celia, actual alumna de la ESADIB, expongo: Ante todo, tengo que decir que siempre me he tomado las cosas un poco a broma hasta que fui consciente de lo que pasaba realmente. En primero siempre el profesor Herminio me hacía comentarios sobre cómo me vestía (yo siempre llevaba faldas o vestidos). Me decía "que bien te queda este vestido, me gusta mucho tu falda, que corto ese vestido" (...) En segundo tuve a Arcadio en la creación del personaje. Todo el rato me decía que mi cuerpo era muy sexy, que tenía que sacar el potencial. Soy una chica alta y con muchas curvas, grande, y me decía que tenía que explotar eso, que era un mujerón. Un día yendo en patines a clase me pararon estos dos profesores en cuestión. Se pusieron a hablar de que yo parecía sacada de un cómic (no recuerdo el nombre) y más así con los patines, volviendo a hacer referencia a que soy un mujerón, comparándome con las mujeres amazona. Estuvieron hablando entre risas sobre mi cuerpo y los cómics. Yo no entendía nada, pero les reí las gracias. Pero después busqué el cómic.... En el cómic básicamente salían mujeres, grandes, voluptuosas, totalmente sexualizadas, eran imágenes eróticas, casi pornográficas. Me sentí bastante mal al pensar que ellos me pudieran mirar de esa forma. Poco a poco me fui dando cuenta de lo que me decían mis compañeras y dejé de tomar a risa estas situaciones. Banalicé cosas que ahora con veintiséis años me doy cuenta de que no tendría que haber banalizado. (...)

Eloisa actual alumna de la ESADIB expongo: En el segundo semestre del primer curso de la ESADIB, en la asignatura de escenificación impartida por el profesor Arcadio recibí comentarios sobre mi cuerpo que me hacían sentir incómoda. Siempre llevaba ropa ancha, por lo que un día me pidió que me quitara el jersey si llevaba algo más abajo, como llevaba una camiseta deportiva me quité el jersey. Al quedarme con la camiseta (mucho más estrecha de lo que llevaba normalmente), Arcadio me miró de arriba a abajo y me dijo, con mucha sorpresa, que tenía buen cuerpo, que tenía cuerpo de deportista y me pidió si lo era. Después de mi "no" como respuesta se quedó unos segundos mirando mi cuerpo y analizando, haciéndome sentir muy incómoda. Comentarios sobre mi cuerpo y miradas de análisis que me han hecho sentir incómoda se han podido repetir más veces durante mi carrera, sobre todo en verano al ir a la escuela por alguna gestión de papeles. Tanto Arcadio como Herminio me han dedicado comentarios respecto a mi vestuario que me hacían sentir incómoda, diciendo siempre con miradas de sorpresa y atracción, al ver mi cuerpo más definido (ya que en invierno llevo ropa muy ancha), que llevaba un vestido muy guapo, que me quedaba muy bien e iba muy guapa.

Magdalena, actual alumna de la ESADIB, expongo: En el primer curso de la ESADIB se me asignó como tutor de PAT el profesor Herminio. Fue en estas tutorías cuando empezó a hacerme preguntas inapropiadas muy personales y sobre mi vida privada, haciéndome sentir muy incómoda con el pretexto de ser el profesor y una figura dentro del mundo teatral, me pedía si tenía fotografías eróticas, si había hecho ballet alguna vez desnuda y si tenía registro. Si ese era el caso, me ofreció su email para enviárselo. Por otra parte, me decía que veía en mí un perfil muy sensual y fotográfico que tenía que potenciar. Estas conversaciones se fueron repitiendo a lo largo de mi carrera, no sólo en las tutorías, sino también después de las clases y por los pasillos. A medida que pasaban los años me comenzó a seguir la pista por redes sociales, no solo a mí, sino también a mis parejas sentimentales. Aunque personalmente, a nivel psicológico no me afectó sí que es una situación bastante incómoda y que procuraba evitar. A continuación de esta denuncia, usted remitió el día 8 de marzo de 2021 a la inspección educativa, así como al Gerente de la Fundación una carta dirigida al Consejero de Educación y al Patronato poniendo su cargo de Secretario Académico de la Escuela, como miembro del equipo directivo del centro, a su disposición. Después, y mientras la Inspección Educativa estaba realizando funciones de investigación, usted remitió al Gerente de la Fundación vía correo electrónico, el día 22 de marzo de 2021, una carta dirigida al propio Gerente, así como al Consejero de Educación, al Director General de Formación Profesional y Enseñanzas Artísticas Superiores y a la Inspección Educativa que, "oponiéndose de manera contundente al ajeteo que se ha creado", manifiesta que nunca ha tenido que hacer frente a ningún tipo de queja ni de reclamación y que respecto al escrito de quejas presentado el día 5 de marzo de 2021 por la Asociación de Alumnos de la ESADIB se afirma que

las manifestaciones del mismo resultan incompatibles con las muy buenas observaciones relativas a su labor docente. No obstante, hay que decir que los hechos relatados y denunciados por alumnos concretos y por la Asociación de Alumnos de la Escuela, con el respaldo de la firma de cincuenta y seis alumnos, que conforman del total de sesenta y ocho alumnos de la Escuela, un porcentaje del ochenta y dos con cuatro por ciento, son de una gravedad extrema en el marco del centro académico sustentado con fondos públicos. Cabe destacar que la denuncia dirigida hacia su persona y la del otro profesor, el Sr. Arcadio -además Director Académico del centro-, permiten concluir al órgano de dirección de esta Fundación que ustedes se han aprovechado de su condición de profesores y miembros del equipo directivo del centro público para acosar sexualmente a sus alumnas mujeres -sus compañeros hombres corroboran el relato que éstas han denunciado de forma continuada en el tiempo. En ambos casos, usted y el Sr. Gregorio han hecho comentarios inadecuados dirigidos a sus alumnas sobre su aspecto físico, sexualizando las clases de interpretación hasta el punto de que las alumnas han tenido que buscar estrategias para no sentirse incómodas, las tutorías son intimidatorias, usted, además, ha tratado de contactar con una alumna fuera del ámbito académico mediante redes sociales, se han hecho comentarios sexuales del todo inadecuados, etc. Así pues, se reitera que nos encontramos con un escrito que incorpora testimonios de alumnos de la ESADIB, de ambos sexos, quienes denuncian que usted como profesor ha abusado de su condición para sexualizar muchas de sus clases y generar un ambiente de grave incomodidad tanto en las clases como en algunas tutorías. Para terminar la investigación realizada por la Fundación por la que usted trabaja, los antecedentes han sido trasladados al Instituto Balear de la Mujer, como organismo público con personalidad jurídica propia y especializado en esta materia, que en el marco de la Ley 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres, ha emitido informe con fecha del pasado día 26 de marzo de 2021, con la finalidad de aportar la perspectiva de género a la respuesta que debe hacer la administración educativa a las denuncias de acoso formuladas por el colectivo del alumnado del centro. El informe hace un resumen de los hechos relevantes calificando los mismos como conductas habituales de acoso, tanto por parte del Director Académico como por usted, que en su caso, se agrava porque el acoso iba más allá del centro educativo mediante whatsapps, llamadas telefónicas, consiguiendo el teléfono por intermediación de otra persona, e intentos de contactos vía instagram. Para completar la relación de hechos relevantes que contiene este informe del IBDona, en este se define el acoso en el ámbito educativo cometido por profesorado al alumnado. Así, se afirma que "el acoso sexual de profesorado hacia estudiantes de nivel educativo secundario, formación profesional y universitario produce consecuencias psicológicas y emocionales que limitan el aprovechamiento académico y obstruyen la participación del alumnado en los programas educativos, lo que constituye un modo de discriminación hacia las personas que experimentan acoso. La continuidad de estas conductas provoca en las víctimas efectos negativos como un empobrecimiento en la autovaloración, ansiedad, depresión, síndrome de estrés postraumático, irritabilidad crónica y trastorno de la conducta alimentaria entre otros". Y continúa que "la definición de acoso sexual en contextos educativos pone de relieve que es una conducta que impide la igualdad y el desarrollo de la persona víctima de acoso, que le causa malestar y constituye un abuso de poder (...) El poder diferenciador entre el personal directivo, administradores/as escolares o profesorado y los y las alumnas crea una dinámica donde en ningún caso puede considerarse el "consentimiento mutuo"". De acuerdo con las normas y recomendaciones internacionales, como también con lo dispuesto en la ley de igualdad entre hombres y mujeres, debemos concluir que intentar seducir a una alumna, elogiar su cuerpo o invadir su espacio físico puede considerarse violencia, intimidación, acoso o abuso de poder, dado que una alumna joven (aunque mayor de edad) difícilmente se atreverá a detenerlo, porque el profesor está en una posición de autoridad y porque su rechazo podría influir en sus calificaciones e incluso en su futuro profesional (caso, por ejemplo, en que el profesor tenga influencia en el medio en que debe moverse la alumna al terminar los estudios). Además, cuando se es joven es difícil llegar a comprender a partir de qué momento el profesor rebasa los límites o se aprovecha de la situación, haciendo sentir mal a la

alumna, hacerle sentir miedo o incluso hacerle sentir culpa por lo que está sucediendo. El acoso de un profesor puede producir daños psicológicos a la alumna acosada e incluso minar su confianza en sí misma y en el mundo que la rodea. Además, se puede considerar que actuaciones como las expuestas en la denuncia formulada por el alumnado de la ESADIB suponen un abuso de poder y una traición de la importantísima responsabilidad educativa que la comunidad ha depositado en los profesores, dado que aprovechar su condición de profesor y de miembro del equipo directivo para satisfacer su ego o su supuesta superioridad por razón de su sexo, es del todo inaceptable para la mayor parte de la comunidad educativa y de la ciudadanía, y no se puede tolerar ni minimizar. Se reitera que el hecho de que cincuenta y seis alumnos de la ESADIB se hayan atrevido a denunciar unos hechos que vienen sucediendo de forma continuada por su persona en la Escuela y que violenta no sólo a las alumnas sino también a los alumnos que lo han observado, pide una respuesta contundente de tolerancia cero y de carácter disciplinario de acuerdo con su gravedad no sólo respecto a los alumnos, sino como centro académico gestionado con fondos públicos. Además, la relación entre profesor y alumnos en el ámbito de la Escuela Superior de Arte Dramático es muy estrecha. La posición y preeminencia que ejerce el profesor es muy fuerte. La posición de ascendencia y jerarquía de profesor hacia el alumnado es evidente, tanto moral, como docente e, incluso, en algunos casos, profesional de cara a la carrera laboral posterior hacia el exterior y de expectativa futura que se inicia tras la etapa de estudios en la Escuela. Con todo ello, en definitiva, usted ha incurrido en incumplimiento grave y culpable en la relación de servicios que tiene con esta Fundación, aprovechándose de su condición de personal laboral de la Fundación y profesor y miembro de la Dirección del centro para prevalerse de su condición y hacer un trato que las normas nacionales e internacionales califican como acoso sexual o acoso por razón del sexo, dadas las conductas continuadas hacia las mujeres alumnas del centro de situaciones definidas por ellas como incómodas, pero que son del todo ofensivas, degradantes y/o humillantes, con clara transgresión de la buena fe contractual, lo que afectará directamente a la imagen del ente público y la confianza que los ciudadanos depositan en el centro donde los alumnos pasan muchas horas recibiendo docencia artística. Cabe recordar en este sentido que la disposición adicional primera del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP) establece que "Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán aplicables en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica". Es decir, que son de aplicación a la Fundación para los Estudios Superiores de Música y Artes Escénicas de las Illes Balears los deberes de los empleados públicos y el código de conducta, los principios éticos y los principios de conducta, que conforman deberes del trabajador en la relación laboral. En concreto, el art. 52 ("Deberes de los empleados públicos. Código de conducta") establece que: "Los empleados públicos deberán ejercer con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, deberán actuar conforme a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medio ambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes". Y añade que: "Los principios y reglas establecidos en este capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos". De los artículos 53 (principios éticos) y 54 (principios de conducta) del TREBEP, interesa destacar que la actuación de los trabajadores debe perseguir la satisfacción de los intereses generales y debe fundamentarse en consideraciones objetivas orientadas hacia la imparcialidad y el interés común, al margen de cualquier otro factor que exprese posiciones personales o cualesquiera otras que puedan colisionar con este principio (art. 53.2 TREBEP); deben ajustar su actuación a los principios de lealtad y buena fe (art. 53.3 TREBEP) y su conducta debe basarse en el respeto a los derechos fundamentales, evitando toda actuación que pueda producir

discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social -se incluye por razón de sexo- (art. 53.4 TREBEP); deben abstenerse de llevar a cabo toda actividad privada o interés que pueda suponer un riesgo de plantear conflicto de intereses con las obligaciones del puesto de trabajo (art. 53.5 TREBEP); no aceptarán ningún trato de favor o situación que implique privilegio o ventaja injustificada (art. 53.7 TREBEP); ejercerán sus atribuciones de acuerdo con el principio de dedicación al servicio público, absteniéndose no únicamente de conductas contrarias a este sino también de cualesquiera otras que comprometan la neutralidad en el ejercicio de los servicios públicos (art. 53.11 TREBEP) y su trato -en este caso con las y los alumnos- debe ser atento y respetuoso (art. 54.1 TREBEP). El incumplimiento de estos principios básicos y elementales hace que el incumplimiento grave y culpable dentro del ámbito de la relación laboral con la Fundación sea objeto de la mayor de las sanciones previstas, esto es, el despido disciplinario en aplicación del artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores con efectos del día 31 de marzo de 2021. En este sentido, hay que añadir que aunque esta Fundación no tiene convenio colectivo que establezca un régimen disciplinario, es obvio que como entes del sector público autonómico, a falta de normativa específica en la materia, y sin perjuicio de aplicar el régimen laboral a su personal laboral, lo cierto es que el incumplimiento de los principios previstos en el TREBEP ya referenciados que sí le son de obligado cumplimiento, hacen que el régimen disciplinario contenido en este texto legal deba servir, si no de aplicación directa, sí como referencia para completar el contenido de las causas de despido del art. 54 del Estatuto de los Trabajadores. De esta forma, es clara la consideración de falta muy grave el incumplimiento de los principios de conducta de todo empleado público con actitudes continuadas en el tiempo de carácter degradantes y humillantes. Con este despido se acompaña documento con la cantidad que le corresponde en concepto de saldo y finiquito hasta ese día, quedando definitivamente extinguida la relación laboral que le une con la empresa. De conformidad con lo establecido en el art. 49.2 del Estatuto de los Trabajadores, se adjunta en el documento anexo la propuesta detallada de saldo y finiquito. La adopción de esta medida disciplinaria igualmente se informa al comité de empresa a los efectos oportunos.

Décimo.- Con fecha 4 de mayo de 2021 por Decreto del excelentísimo Sr. Fiscal Superior se acuerda el archivo de las actuaciones abiertas por Fiscalía, (Procedimiento PA 40/2021). La propuesta de archivo es del siguiente tenor literal: "El Fiscal interesa el ARCHIVO de las presentes diligencias de investigación por entender que los hechos puestos de manifiesto a esta Fiscalía por la Directora de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears relativo al escrito remitido a la Inspección Educativa por diversos alumnos de la Escola Superior d'Art Dramàtic dependiente de la Conselleria de Educació no queda acreditado sean constitutivos de infracción criminal. 1º.- Con carácter general en el escrito de los alumnos de tal Centro (mayores de edad, sin denuncia expresa en ningún caso) se ponen de manifiesto en forma de quejas una serie de conductas que habrían realizado dos de los profesores durante las clases que impartían en el mismo, hoy día ya apartados de dicha actividad a consecuencia de las mismas, que prima facie son encuadradas por la entidad remitente del escrito en el tipo delictivo del acoso sexual del art 184 del CP (en concreto y durante las clases se refieren a la realización de ejercicios sexualizados, se dice "sin justificación", comentarios también de índole sexual, incómodos y obscenos, fuera de lugar y sobre la vestimenta de las alumnas, miradas intimidatorias, invasión del espacio físico durante la clase realización de fotografías no autorizadas, etc). Analizadas dichas conductas entendemos que las mismas podrían ser consideradas como los mismos alumnos refieren de altamente inadecuadas, incómodas, sexualizadas, para algunos sin justificación académica o didáctica, etc, pero todo ello no encuentra encaje en el tipo del Abuso Sexual del art 184 del CP debiendo considerarse que el derecho penal además de ser un derecho de mínimos, lo es de autor y las conductas tipificadas como delictivas deben quedar encuadradas en un tipo penal de forma expresa, exigiendo dicho precepto "La solicitud de favores de naturaleza sexual... y la provocación en la víctima de una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante", elementos que no concurren en los hechos descritos. Todo ello habiéndose valorado el ámbito educativo en el que se

producen, la relación docente entre las partes y la diferencia de edad y posición entre ellas, por un lado, y la libertad de cátedra y el deber de control de la propia institución sobre sus clases, contenidos y profesorado por otra, ámbito académico en el que entendemos procederá la adopción de las medidas que correspondan. 2º- Por otro lado, sí hemos observado que de forma indiciaría uno de los relatos podría tener encuadre en el delito del art 172 ter del CP (Hecho 15 del escrito) En este caso, acordada la citación de la presunta perjudicada la misma ha expresado su deseo de no continuar con las actuaciones, ni denunciar, requisito de perseguibilidad imprescindible según tal precepto penal. La presente propuesta de Archivo se realiza sin perjuicio del mantenimiento de las acciones académico administrativas que pudieran corresponder y que se encuentran en trámite, por lo que se interesa el traslado del mismo a dicha entidad a los efectos correspondientes".

Undécimo.- Se tiene por reproducida las conversaciones de whatsapp que obran en el móvil titularidad de Flora, que reflejan lo que el Sr Herminio le dijo a la alumna por dicha aplicación de mensajería los días 30/12/2019, 13/03/2020, 02/04/2020, 18/07/2020, 04/09/2020 y 21/11/2020. Doc 10 de la demandada y Doc. n.º 5 por la representación del actor, mediante Acta Notarial.

Duodécimo.- FUNDACIÓ PER ALS ESTUDIS SUPERIORS DE MÚSICA I ARTS ESCÈNIQUES DE LES ILLES BALEARS (FESMAE-IB) es una Fundació pertenciente al sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Es un ente creado mediante la fusión absorción de dos Fundaciones Públicas preexistentes en los términos que se fijaron en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de marzo de 2017 por el que se autorizan las actuaciones necesarias para que la Fundación para el Conservatorio Superior de Música y Danza de las Illes Balears absorba a la Fundación para la Escuela Superior de Arte Dramático de las Illes Balears (publicado en el BOIB n.º 33/2017, de 18 de marzo), y que contiene los Estatutos de aplicación a esa nueva Fundación (FESMAE-IB). De conformidad con ese Acuerdo de Consejo de Gobierno, la nueva Fundación es el resultado de una absorción fusión de dos Fundaciones pertenecientes al sector público instrumental de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, tal y como dice el preámbulo de dicho Acuerdo en los términos siguientes: "Mediante un acuerdo del Consejo de Gobierno de 1 de junio de 2001 se constituyó la Fundación para el Conservatorio Superior de Música y Danza de las Illes Balears y se aprobaron sus Estatutos (BOIB n.º 73, de 19 de junio). La Fundación tiene como objetivos fundacionales gestionar las iniciativas y las actividades relacionadas con la enseñanza de la música y la danza de grado superior en las Illes Balears, promoverlas y darles apoyo, y actúa sin ánimo de lucro. Por otra parte, mediante un acuerdo del Consejo de Gobierno de 3 de marzo de 2006 se constituyó la Fundación para la Escuela Superior de Arte Dramático de las Illes Balears (ESADIB) y se aprobaron sus Estatutos (BOIB n.º 38, de 16 de marzo). La Fundación tiene como objetivos fundacionales gestionar los estudios superiores de arte dramático en las Illes Balears, promoverlos y darles apoyo, y actúa sin ánimo de lucro. Ambas fundaciones son organismos de titularidad pública de naturaleza institucional con personificación privada, sin ánimo de lucro, que tienen afectado de manera duradera su patrimonio a la realización de los fines fundacionales. Se trata de fundaciones pertenecientes al sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.(...) Ante la posibilidad de que en un futuro la actividad docente del ESADIB se pueda trasladar a las instalaciones de la Fundación para el Conservatorio Superior de Música y Danza de las Illes Balears, tal como se expone en el plan de actuación específico en relación con la fusión de las fundaciones, la Comisión acordó en la última sesión, de 19 de mayo de 2016, considerar procedente la fusión de las fundaciones mencionadas en un solo ente, que se denominará Fundación para los Estudios Superiores de Música y Artes Escénicas de las Illes Balears (FESMAEIB), y elevar la propuesta de fusión al Consejo de Gobierno de las Illes Balears para que lo apruebe. (...) El 4 de diciembre de 2015, el Patronato de la Fundación para la Escuela Superior de Arte Dramático de las Illes Balears y el Patronato de la Fundación para el Conservatorio Superior de Música y Danza de las Illes Balears acordaron fusionar las dos fundaciones (...)"

Decimotercero.- El actor no ostenta ni ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año anterior al despido.

Decimocuarto.- Se ha celebrado ante el TAMIB, el preceptivo acto de conciliación/mediación, en reclamación de cantidad, con el resultado de SIN ACUERDO”.

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: “Que DESESTIMANDO la demanda de despido interpuesta por D. Herminio contra FUNDACIÓ PER ALS ESTUDIS SUPERIORS DE MÚSICA I ARTS ESCÈNIQUES DE LES ILLES BALEARS (FESMAE-IB), debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones formalizadas en su contra, declarando la procedencia del despido impugnado y convalidada la decisión extintiva que con él se produjo sin derecho a indemnización”.

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Herminio, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, la cual dictó sentencia en fecha 13 de febrero de 2023, en la que consta el siguiente fallo: “Que hemos de estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Herminio contra la sentencia dictada por Jutjat del Social núm. 4 de Palma de Mallorca en fecha 9.3.2022, en las actuaciones núm. 386/2021, en reclamación por despido contra la

FUNDACIÓ PER ALS ESTUDIS SUPERIORS DE MÚSICA I ARTS ESCENIQUES DE LES ILLES BALEARS (FESMAE-IB) y, con íntegra revocación de la misma, declaramos la improcedencia del despido notificado en fecha 31.3.2021 y condenamos la entidad demandada, según opción que deberá manifestar en el plazo de cinco días posterior a la notificación de la presente sentencia ante el referido juzgado, a la readmisión del demandante en las mismas condiciones que acreditaba antes del despido y al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido o, alternativamente, al abono de una indemnización de 64.178,28 €, opción esta última que comportará que la relación laboral se considere extinguida en la fecha del despido”.

TERCERO.- Por la representación de la Fundació per als estudis Superiors de Música i arts Esceniques de les Illes Balears (FERMAE-IB), se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Se invocan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictada por el Tribunal Constitucional de fecha 12/03/2007 R. 1807/05 y sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15/09/88.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 23 de mayo de 2024, se admitió parcialmente a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina y, tras dictarse el auto de inadmisión en relación con el primer punto de contradicción, por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días, respecto del segundo punto de contradicción.

La parte recurrida ha impugnado el recurso alegando, respecto de la exigencia de audiencia previa al trabajador, antes de adoptar la medida disciplinaria de despido, la falta de contradicción con la sentencia de esta Sala, de 15 de septiembre de 1988 porque los hechos objeto de despido no son similares; además, en la sentencia de contraste se interesaba la nulidad del despido mientras que en la recurrida es la de improcedencia. En todo caso, respecto de la infracción normativa, en esencia, considera que la sentencia recurrida no ha infringido precepto normativo alguno sino que ha realizado una adecuada aplicación de la normativa que se centra en el art. 7 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por España en 1985, que es claro en cuanto a la exigencia que aquí no se ha cumplido por el demandado, siendo dicha mandato prevalente, sin que se pueda tener por cubierto con otros trámites posteriores a la decisión de despido, por lo que es posible que el órgano judicial, ante la falta de cobertura en nuestro derecho interno de tal exigencia, deba aplicarla. La consecuencia jurídica de ese mandato internacional sobre las previsiones legales de nuestro derecho interno no puede ser otra que la de improcedencia del despido porque, aunque el Convenio 158 no diga nada al respecto, nuestro derecho ofrece las medidas adecuadas ante la falta de

cumplimiento de los requisitos formales que deben rodear la medida disciplinaria del despido, que en este caso sería la de improcedencia, ex art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

QUINTO. - Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado porque debe estarse a la doctrina de esta Sala, recogida en las SSTs de 4, 5 y 24 de noviembre de 1987 y 8 de marzo de 1988 que ya dieron respuestas a la cuestión aquí suscitada.

SEXTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno de conformidad con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se convocó a todos los Magistrados de esta Sala y se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 13 de noviembre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - 1. La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el despido disciplinario adoptado por el empleador debe serlo previa audiencia del trabajador despedido.

La parte demandada ha formulado dicho recurso contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Baleares, de 13 de febrero de 2023, rec. 454/2022, aclarada por auto de 8 de marzo de 2023, que estima el interpuesto por la parte actora y, revocando la dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Palma de Mallorca, de 9 de marzo de 2022, en los autos por despido seguidos bajo el núm. 386/2021, declara la improcedencia de la extinción, condenado a la demandada a las consecuencias legales que tal calificación lleva aparejada.

2. Según recoge la sentencia recurrida, el demandante ha venido prestando servicios para el Escuela de Arte Dramático (FESMAE-IB), con la categoría profesional de profesor del Área de Teoría Teatral, formando parte del equipo directivo del centro como secretario. Tras unas previas contrataciones laborales y como funcionario interino, el 2 de septiembre de 2019 suscribió un contrato de interinidad por vacante. A raíz de una serie de denuncias de alumnos respecto de la conducta del demandante, el Patronato de la Fundación acuerda, el 30 de marzo de 2021, el despido disciplinario del trabajador, lo que le es notificado el siguiente día por medio de carta que se adjuntó con la demanda, redactada en catalán (fundamento jurídico tercero). El trabajador presentó demanda, siendo desestimada por el Juzgado de lo Social que declaró la procedencia del despido. El demandante recurrió en suplicación, siendo estimado su recurso. 3. La Sala de lo Social de TSJ de Baleares resuelve el primer motivo de suplicación, en el que se denunciaba una falta de motivación de la sentencia de instancia sobre la valoración de la prueba e insuficiencia en los hechos probados, estimando dicha sala la concurrencia de la infracción procesal denunciada, si bien considera que no es preciso anular la sentencia, pudiendo entrar a resolver el resto de motivos del recurso al referirse éstos a dos defectos formales del despido que, de ser estimados, harían innecesaria la nulidad de la sentencia del Juzgado.

Respecto de los defectos formales en la adopción de la extinción del contrato por despido, desestima que existan defectos formales en la carta de despido, con las precisiones y advertencias que realiza (fundamento jurídico cuarto), y, tras haber rechazado que sea exigible la incoación de expediente disciplinario previo que impone el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), por la naturaleza jurídica de la entidad demandada, en lo que aquí interesa y que es resuelto en el fundamento de derecho sexto, señala que la cuestión no queda cerrada con lo anterior denuncia sino que se ha de estar al art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT que, como norma internacional ratificada por España en 1985 y que, por el art. 96.1 de la Constitución Española (CE), integra nuestro ordenamiento jurídico, unido al control de convencionalidad, del mandato del art. 7 citado, así como tomando en

consideración el informe del Comité de Expertos en la aplicación de los convenios y recomendaciones de la OIT, presentado en la 82.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, del año 1985, en sus apartados 144 a 148 y 150, entiende que es claro que nuestra legislación no ha dado cumplimiento al mismo por lo que, siendo de aplicación directa, sostiene que concurre un incumplimiento formal que conlleva que el despido sea calificado de improcedente.

4. En el recurso de unificación de doctrina se formula el punto de contradicción expuesto anteriormente para el que se identifica como sentencia de contraste la dictada por esta Sala, el 15 de septiembre de 1988, que resuelve una demanda por despido del trabajador que prestaba servicios para la empresa con la categoría de oficial 1.º inspector. Dicho empleado recibió escrito en el que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 54 del ET, se procede a su despido por faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo y por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, con efectos desde el día 14 de octubre de 1986. Presentó demanda que fue desestimada en la instancia, y frente a la cual formuló recurso de casación en el que denunciaba la infracción del artículo 7 del Convenio 158 de la OIT. 5. Esta Sala, con cita de anteriores sentencias, entre otras las de 4, 5 y 24 de noviembre de 1987 y 8 de marzo de 1988, reitera doctrina y expone que la forma que marca para el despido disciplinario el invocado art. 7 del Convenio 158 de la OIT -integrante de nuestro ordenamiento interno en razón a lo dispuesto por el artículo 96.1 de la CE y art. 1 número 5 del Código Civil (CC)- debe ser entendida en razón a la finalidad que persigue, consistente en garantizar la posibilidad real de defensa al trabajador despedido y afirma que dicha garantía queda cubierta con el sistema formal que establece el artículo 55 número 1 del ET, en tanto que exige que el empleador, al decidir el despido, exprese en la comunicación escrita que debe entregar al trabajador los hechos en que funda tal decisión y la fecha de sus efectos, con lo cual se facilita a aquél la preparación de su defensa, correspondiendo además al empleador la carga de la prueba. Por tanto, no considera que el incumplimiento de la audiencia previa de aquella norma constituya la infracción que se denuncia por darse cumplimiento a dicha garantía a través del sistema que dispone el art.55.1 ET.

6. Entre las sentencias existe la identidad necesaria exigida en el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) para apreciar que sus pronunciamientos son contradictorios ya que es evidente que, ante la misma normativa, la sentencia recurrida se ha apartado de la doctrina de la sentencia de contraste, haciendo exigible en el despido disciplinario la previa audiencia del trabajador.

7. A tal efecto, en respuesta a las objeciones formuladas por la parte recurrida en este extremo, debemos indicar que es totalmente irrelevante que las conductas de los trabajadores sean distintas ya que lo decisivo es que estemos ante un despido disciplinario en el que el trabajador no ha sido oído previamente a la adopción de la medida extintiva de despido que adoptó su empleador. Y, del mismo modo, resulta irrelevante que entre las pretensiones del trabajador estuviera en la sentencia de contraste la de nulidad del despido ya que esa calificación era la que, en el art. 55.3 del ET 1980 y art. 102, párrafo segundo de la Ley de Procedimiento Laboral 1980 se establecía para el incumplimiento de los requisitos formales del entonces vigente art. 55.1 del ET. Esto es, se trata de dilucidar si el requisito formal de audiencia previa del trabajador es exigible en nuestro derecho interno, sin perjuicio de que una vez dada respuesta a ese debate se pueda analizar o no la cuestión relativa a si tal requisito se ha cumplido en el caso que nos ocupa y las consecuencias jurídicas que podrían acarrear tal incumplimiento.

SEGUNDO. - 1. La parte recurrente identifica como preceptos legales infringidos por la sentencia recurrida la del art. 55.1 del ET, en relación con el art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT y el art. 1 del mismo.

Según sostiene la parte demandada, aquí recurrente, el art. 55.1 del ET es el que identifica los requisitos formales de la carta de despido, al margen de otras exigencias que, para determinado colectivo, impone como la de expediente contradictorio, y las que puedan establecerse en los

convenios colectivos de aplicación. A partir de ahí, y en relación con los Convenios de la OIT, cuya aplicación directa por los tribunales no cuestiona, entiende que ha de estarse en este caso al art. 1 del citado convenio que como cláusula principal de su aplicación impone la establecida por medio de la legislación nacional siendo excepcionales los otros medios que en él se indican. Por ello, entiende que la Sala de lo Social no puede dar efecto alguno al art. 55.1 del ET que no sea el que dicho precepto establece, como recordaba, según cita, la STS de 8 de marzo de 1988. Esto es, la aplicación del art. 7 del Convenio no encaja en las previsiones excepcionales que se recogen en su art. 1 ya que la disposición en cuestión requiere de un desarrollo normativo que abarca desde su ámbito subjetivo, ex art. 2 del propio Convenio, hasta la excepcionalidad de su exigencia en orden a la razonabilidad de la negativa empresarial a tal efecto, además de entender que con ello no se estaría reparando indefensión alguna al trabajador sino introduciendo una exigencia formal más a las que ya establece el ordenamiento español. En definitiva, y con cita de la STS de 2 de marzo de 2023, considera que el órgano judicial no puede crear el derecho. Igualmente, hace referencia a la posición que España ha venido manteniendo a lo largo de los años en esta materia, sin alterar las exigencias formales del despido disciplinario por estar debidamente acompasado con la norma internacional. En todo caso, sigue diciendo el recurrente, aunque se entendiera que es exigible ese requisito, en el concreto caso considera que se cumplió ya que el trabajador tuvo conocimiento de los hechos como se obtiene del escrito de puesta a disposición de su cargo de Secretario a la vista de los acontecimientos, así como lo que refiere la propia carta de despido, en relación con la carta que remitió el trabajador el 22 de marzo de 2021. En conclusión, mantiene que la sentencia recurrida vulnera la jurisprudencia recogida en las SSTs de 4 de noviembre de 1987 y 20 de noviembre de 1990. Como petición subsidiaria y formulando como motivo de infracción normativa, considera que se ha dado cumplimiento al derecho de defensa del trabajador y, por último y con igual planteamiento de infracción normativa, cuestiona la calificación como despido improcedente porque ni el Convenio 158 ni la regulación de nuestro derecho interno contemplan los efectos de aquel incumplimiento sino que, si acaso, sería de aplicación el art. 1101 del CC y dado que el despido sería procedente ningún daño se habría causado al trabajador.

2. Esta Sala, como se advierte en la sentencia de contraste, se pronunció sobre la cuestión que nos ocupa como punto de contradicción, atendiendo a las siguientes consideraciones, que tomamos de las SSTs de 4 de noviembre de 1987 y 8 de marzo de 1988, entre otras:

- "el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, de 22 de junio de 1982, ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1985, forma parte del ordenamiento jurídico interior desde su vigencia, el 26 de abril de 1986". - - El artículo 7 del mencionado Convenio [...] norma interna de nuestro ordenamiento jurídico que no es de aplicación directa, al exigir, que el legislador desarrolle el procedimiento adecuado que ofrezca al trabajador la garantía que postula". - - "aunque se aceptase la tesis de la sentencia recurrida sobre el carácter innovador para nuestro Ordenamiento del artículo 7.º del Convenio, en la medida en que este, a diferencia de las previsiones contenidas en los artículos 55.1 del Estatuto de los Trabajadores [...] introduce una garantía adicional en el momento anterior álcese y, por tanto, previa a la declaración extintiva empresarial que se manifiesta en la carta de despido, no por ello podría compartirse su conclusión sobre la aplicación directa del citado artículo 7.º Este debe relacionarse con el artículo 1.º del Convenio [...] con lo que está reconociendo con carácter general la naturaleza no directamente ejecutiva de sus normas, las cuales sólo por vía de excepción y de acuerdo con la práctica nacional, podrán ser aplicadas sin esa mediación normativa del Derecho interno. El artículo 7.º no puede entenderse comprendido dentro de esa excepción respecto a las resoluciones judiciales, porque ni la práctica nacional, en este caso la propia delimitación constitucional de la función jurisdiccional, autoriza una acción judicial de desarrollo normativo de una disposición internacional, que es lo que, en definitiva, se produciría dado el contenido de ésta, ni tal contenido admite en la actual situación del Ordenamiento español una aplicación directa, pues las técnicas de flexibilidad empleadas en su formulación, permiten, como ha puesto de relieve la doctrina

científica, diversas posibilidades de desarrollo y un amplio sistema de excepciones, no sólo subjetivas por la vía del artículo 2.º, sino, sobre todo, objetivas, en atención al criterio de razonabilidad de la negativa empresarial a la audiencia. - - "No obstante, e ínterin que este desarrollo legislativo tenga lugar, el trabajador que se encuentra en alguno de los supuestos que se contemplan en el precepto examinado, está garantizado con la exigencia establecida en el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores de que el empresario deberá entregarle carta de despido en la que figuren los hechos que motivan el despido y la fecha en la que tendrá efecto; de cuyos cargos puede defenderse en el Acto de Conciliación ante el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en el Acto de Conciliación previas al proceso - artículo 75 de la Ley Procesal Laboral - y en el proceso jurisdiccional". - La anterior doctrina, atiendo al momento en el que nos encontramos, con normas y criterios que refuerzan el ordenamiento jurídico interno, debe ser modificada por las razones que pasamos a exponer.

TERCERO. - 1. El art. 96.1 de la Constitución Española (CE) y art. 23.3 de la

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, señalan que los Tratados internacionales válidamente celebrados pasan a formar parte del ordenamiento jurídico español tras su publicación oficial, por lo que, en el caso que nos ocupa, los Convenios de la OIT que hayan sido ratificados por España han pasado a ser Derecho interno. Como sucede con el Convenio núm. 158 de la OIT, sobre el que nuestra jurisprudencia no ha negado su integración en nuestro ordenamiento jurídico.

Como advierte la doctrina constitucional, "de acuerdo con la ordenación constitucional, el derecho a celebrar tratados o *ius ad tractatum* (STC 198/2013, FJ 6) es competencia exclusiva del Estado, pues solo él, como sujeto de derecho internacional, puede vincular al conjunto de poderes públicos internos. Esto es así porque quien se obliga internacionalmente es el Estado en sentido amplio, comunidades autónomas incluidas, o por decirlo en los términos de la Ley de tratados, el "Reino de España" (art. 8)" 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 (art. 29 de la Ley de tratados). Igualmente, y como ya hemos visto, cuando del texto del tratado se desprenda que no es de aplicación directa sino que su aplicación precisa de la aprobación de disposiciones de Derecho interno (tratados non self-executing), uno y otras (Estado y comunidades autónomas) deben adoptar las medidas necesarias para su ejecución.." (STC 87/2019).

Esto es, no todos los Convenios internacionales o sus disposiciones, aunque se integren en nuestro ordenamiento, son ejecutivos de forma que lo en ellos recogido sea directamente aplicable por los órganos judiciales, sin necesidad de un posterior desarrollo normativo interno que exprese la voluntad de nuestro legislador, pudiendo ocurrir que ciertas normas o alguna de sus disposiciones tan solo establezcan obligaciones para que los Estados que los suscriben tomen las medidas necesarias para su ejecución y adapten su ordenamiento jurídico.

Esta Sala en relación con determinados Convenios de la OIT, y más específicamente, con algunas de sus disposiciones, ha venido manteniendo su carácter de autosuficiencia, como el Convenio 173 y 132 [SSTS de 21 de enero de 1992 (rec. 792/1991) y otras posteriores y más recientes, como las que cita la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso].

En consecuencia, procede determinar si el Convenio núm 158 de la OIT y, más concretamente, su art. 7, es de aplicación directa como refiere la sentencia recurrida.

2. El Convenio núm. 158 de la OIT 3.Su art. 1 dispone que "Deberá darse efecto a las disposiciones del presente Convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de

cualquier otra forma conforme a la práctica nacional". Iguales términos se recogen en el párrafo 1 de la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166), con el valor orientativo que se le otorga, al aportar criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios.

Del citado precepto, al señalar los diferentes métodos de aplicación de sus disposiciones, se desprende la flexibilidad que se ha otorgado a los Estados que lo han ratificado a la hora de dar cumplimiento con lo en él dispuesto ya que, junto a la legislación nacional, las citadas disposiciones pueden hacerse efectivas mediante convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, sentencias judiciales u otras formas conforme a la práctica nacional y que resulte apropiada según las condiciones nacionales.

Ahora bien, 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.

3. El art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT y su aplicación directa 4. En él se dispone lo siguiente: " 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".

A la vista de este contenido, esta Sala sostiene 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.

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.

Es cierto 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. No solo la vía legislativa, que en nuestro derecho interno la ha atendido a través de específicas reglas, en algunos casos, como en el propio ET -para los representantes de los trabajadores, e incluso para un afiliado sindical mediante la audiencia a su sindicato-, sino también en otras normas como el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, o RRDD que regulan determinadas relaciones especiales -RD 1146/2006 y 1331/2006, imponiendo incluso mayores exigencias, como las de incoar expedientes contradictorios- o por la vía de convenios colectivos en los que, en algunos de ellos, se contempla un procedimiento disciplinario previo que atiende al respeto de los derechos y garantías de defensa del presunto responsable, cumpliendo así la negociación colectiva el papel importante que le otorga nuestra Constitución. Ahora bien, esa flexibilidad no altera el hecho de que estemos ante una norma de directa aplicación, y pueda en el proceso judicial ser analizado su cumplimiento, como sucede con el resto de requisitos formales que rodean la decisión de despedir disciplinariamente.

Y para ello y en orden a su aplicación interna no es obstáculo las excepciones que puedan darse a esa exigencia, desde el ámbito subjetivo, ex art. 2 del Convenio, como entendió nuestra doctrina anterior.

Ninguna consideración al respecto fue dada por el Estado español al ratificarlo, ni en especial con la disposición que estamos tratando.

Tampoco 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 definitiva, el art. 7 del Convenio impone un derecho de audiencia del trabajador previa a la extinción por despido disciplinario que pueda adoptar el empleador y ello es exigible y debe ser cumplido.

4. El art. 7 está enmarcado en la Sección B, titulada "Procedimientos Previos a la Terminación o en Ocasión de ésta".

Esto es, 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. Su finalidad, como ya hemos dicho, 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.

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.

5. El art. 55 del ET, al regular con carácter general la forma del despido disciplinario, señala lo siguiente: " 1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.

Por convenio colectivo podrán establecerse otras exigencias formales para el despido.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

2. Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social".

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 -en cuyo caso esa audiencia se dirige a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente (art. 10.3.3.º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y art. 55.1 y 68 a) del ET)-. Esto es, en nuestro derecho interno el mandato del art. 7 sí que se respeta para aquellos y de una forma más exigente, al precisar expedientes disciplinarios. 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.

6. La audiencia previa a la adopción de la medida disciplinaria de despido, 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 en el que se reconoce el derecho de los titulares de derechos e intereses legítimos a acudir a los órganos jurisdiccionales y a obtener una decisión fundada en Derecho. Esto es, no puede calificarse esa tramitación como equivalente a la que impone el Convenio núm. 158.

Como tampoco puede entenderse cumplido ese derecho con la exigencia preprocesal que la LRJS recoge para poder acudir ante los tribunales de justicia, y que, claramente la Recomendación núm. 166 lo identifica como un recurso contra la terminación de la relación laboral y no con procedimientos previos a dicha terminación (párrafo 14), ya que son 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 y que éste no adopte la medida, no para que, con posterioridad y tras un sistema de conciliación, se revise la ya adoptada. Como dijo esta Sala, "desde la presentación de la papeleta de conciliación ya está constituida la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial calificando el acto extintivo unilateral del empresario, y en su caso, en la restauración del vínculo contractual reparando los perjuicios causados" (STS de 7 de octubre de 2009, rcud 2694/2008). Esto es, son momentos diferentes los de audiencia del trabajador previa a serle notificado el despido disciplinario y las acciones que con posterioridad se deban desarrollar en impugnación de la medida extintiva adoptada por el empresario. El que existan estas últimas no elimina la de la audiencia previa porque tanto unas como la otra están contempladas en el Convenio y no con carácter supletorio uno de la otra y su finalidad es distinta.

El hecho de que nuestro ordenamiento jurídico tenga medidas dirigidas a impedir que el trabajador se encuentre en una situación de indefensión frente al despido ya adoptado, no significa que con ellas se esté cubriendo otras exigencias impuestas por normas internacionales que también lo integran, como la que nos ocupa. Si entendemos que esa audiencia previa atiende a un criterio de equidad, permitiendo al trabajador que alegue lo oportuno en relación con hechos merecedores de ser sancionados y lo haga ante quien tiene el poder disciplinario y antes de que éste adopte la medida, no es más que cumplir con un esencial derecho de audiencia o defensa que, en el marco de la relación de trabajo y durante su vigencia, se presenta como un acto formal dentro del ejercicio legítimo del poder disciplinario del que es titular la empresa.

7. Siendo ello así, 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. Así lo ha venido manteniendo la doctrina constitucional, como recuerdan las SSTC 87/2019 y 120/2021. En esta última

se afirma lo siguiente: " "[e]l marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3, y 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de Derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3)" (STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6)".

8. Es cierto que el Estado español viene mostrando su disconformidad con las interpelaciones que viene recibiendo de la Comisión de Expertos en Aplicación de los Convenios y Recomendaciones, al considerar que nuestra legislación cubre las exigencias del art. 7 del Convenio núm. 158 y, hasta el momento, seguimos con ese régimen jurídico que recoge el art. 55 del ET, como señala la parte recurrente en su escrito de interposición del recurso, pero es evidente, como se ha expuesto, que ello 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.

Todo lo anterior significa que estamos ahora rectificando la doctrina acuñada por la sentencia de contraste y otras análogas. La razón de ello no solo estriba en el enfoque que acabamos de exponer sino que también deriva de los cambios habidos en nuestro ordenamiento durante todo este tiempo. Sin ánimo exhaustivo cabe recordar:

- a) La sentencia referencial es de 1988 y uno de los argumentos que hemos recogido viene dado por la Ley sobre Tratados Internacionales de 2014.
- b) El control de convencionalidad, como resorte judicial para desplazar el tenor de la norma interna, solo desde hace media docena de años ha recibido carta de naturaleza.
- c) La eliminación de los salarios de tramitación en caso de despido improcedente, sin readmisión, ha privado de virtualidad a las teorías sobre terminación del contrato solo cuando se dictaba el auto poniendo fin a la relación laboral.
- d) En el mismo sentido hay que subrayar la eliminación del despido nulo por deficiencias formales.
- e) La ausencia de una cláusula de mayor favorabilidad global de la regulación interna respecto de las garantías luce ahora con mayor relevancia.

9. En consecuencia, la sentencia recurrida es la que contiene la doctrina correcta y no la de contraste a la hora de postular la aplicación directa del citado precepto del convenio internacional. Pero el debate no se cierra aquí.

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.

Todo lo expuesto nos lleva estimar el motivo siendo innecesario entrar a conocer del resto de los planteado.

CUARTO. - 1. Lo anteriormente razonado, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal pero por las razones aquí señaladas, permite concluir en el sentido de entender que el recurso debe ser estimado y casar parcialmente la sentencia recurrida.

2. Al resolver el debate planteado en suplicación, nos encontramos que ante la inexistencia de defectos formales en la adopción del despido disciplinario, no solo los que la propia sentencia recurrida rechazó y no fueron impugnados por la parte demandada, sino por lo que aquí hemos descartado, lo procedente sería pasar a examinar si la conducta imputada al trabajador era constitutiva de despido disciplinario, pero dado que la sentencia recurrida había estimado el motivo primero del recurso de suplicación de la parte actora, apreciando defectos en la sentencia de instancia en orden a la motivación de la misma e insuficiencia de hechos probados que llevarían a su nulidad, y que quedaron firmes por no impugnados de contrario, lo que procede en este momento, es devolver las actuaciones al Juzgado de lo Social para que, atendiendo a lo que la sentencia de suplicación recoge en el fundamento jurídico segundo, dicte otra en la que resuelve la cuestión sobre los hechos imputados en la carta de despido que el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida identifica, partiendo de lo que la misma también resolvió en el fundamento jurídico cuarto.

3. Todo ello sin imposición de costas, a tenor del art. 235 de la LRJS, y devolución a la parte recurrente del depósito constituido para recurrir, dado a las consignaciones que se hayan podido constituir el destino legal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

1.- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la entidad Fundació per als estudis Superiors de Música i arts Escèniques de les Illes Balears (FERMAE-IB) representada por el letrado de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2023, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares, en el recurso de suplicación núm. 454/2022, aclarada por auto de 8 de marzo de 2023.

2.- Casar parcialmente la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, declarar la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Palma, de fecha 9 de marzo de 2022, recaída en autos núm. 386/2021, con devolución de las actuaciones a dicho Juzgado, para que dicte otra sentencia resolviendo la cuestión de fondo en los extremos indicados en esta resolución.

3.- Sin imposición de costas a la parte recurrente, acordando la devolución del depósito constituido para recurrir, dando a las consignaciones que se hayan podido constituir el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.