



Roj: **STSJ M 10937/2024 - ECLI:ES:TSJM:2024:10937**

Id Cendoj: **28079340062024100608**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/09/2024**

Nº de Recurso: **363/2024**

Nº de Resolución: **624/2024**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA ISABEL SAIZ ARESES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Madrid, núm 9, 05-10-2023 (poc. 63/2023),
STSJ M 10937/2024**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 Planta Baja - 28010

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34001360

NIG:28.079.00.4-2023/0005812

Procedimiento Recurso de Suplicación 363/2024

MATERIA: DESPIDO

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 09 de MADRID

Autos de Origen: DEMANDA DESPIDO 63/2023

RECURRENTES/ RECURRIDOS: DIRECCION000 .

D. Estanislao

MINISTERIO FISCAL

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil veinticuatro.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID formada por los Ilmos. Sres. Magistrados **D. JOSE MANUEL YUSTE MORENO, PRESIDENTE, D^a MARIA ISABEL SAIZ ARESES y D^a SUSANA MARIA MOLINA GUTIERREZ** han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A nº 624

En el recurso de suplicación nº **363/2024** seguido en esta instancia ante los recursos interpuestos por la Letrada D^a Elena Esparza Alejo Letrado en nombre y representación de DIRECCION000 . y por el Letrado D. Gonzalo Blanco Montero en nombre y representación de **D. Estanislao** , contra la sentencia dictada por el



Juzgado de lo Social nº 09 de los de MADRID, de fecha **05.10.2023**, ha sido Ponente la **Ilma. Sra. D^a MARIA ISABEL SAIZ ARESES**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. -Que según consta en los autos de **DESPIDO nº 63/2023** del Juzgado de lo Social nº 09 de los de Madrid, se presentó demanda por **D. Estanislao** contra **DIRECCION000** en reclamación por **DESPIDO**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia de fecha **05.10.2023** cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

*"Que **ESTIMANDO EN PARTE** la demanda formulada **D. Estanislao** frente a **DIRECCION000**, debo declarar y declaro **NULO** el despido efectuado el 24.11.2022, condenando a la empresa a la readmisión inmediata del trabajador en las mismas circunstancias que regían la relación laboral, y al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido el 24.11.2022 hasta que la readmisión tenga lugar a razón de 288,12 €/día, debiendo descontar la indemnización ya percibida.2*

SEGUNDO. -En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.-D. Estanislao con DNI nº: NUM000, prestó servicios para **DIRECCION000** desde el 26.04.2021, categoría profesional Associate Director Asset Management (Director Asociado de Gestión de **DIRECCION000**), y retribución bruta anual de 105.163 €. (Hecho no controvertido).

SEGUNDO.-El 24 de Noviembre de 2022 fue despedido mediante entrega de carta de despido del siguiente tenor literal:

"Estimado Sr. Estanislao,

*Por la presente le comunicamos que **DIRECCION000**. (en adelante, "**DIRECCION000**" o la "Empresa") ha decidido extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas de acuerdo con el artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores ("ET"), con fecha de efectos del 24 de noviembre de 2022*

Dicha terminación se sustenta en la necesidad de extinguir su contrato de trabajo como "Associate Director Asset Management" debido a la existencia de causas organizativas y productivas, en los términos que se detallan a continuación.

1. DESCRIPCIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA Y DEL PUESTO DE TRABAJO

*Como usted sabe, **DIRECCION000**, que pertenece al grupo multinacional **DIRECCION000** (en adelante, el "**DIRECCION000**") es un proveedor global de inversiones inmobiliarias en Europa, cuya actividad incluye la adquisición, gestión, puesta en valor y venta de inmuebles residenciales y comerciales a través de plataformas de inversión propias con licencia.*

*Como una de las principales empresas de inversión inmobiliaria de Europa, **DIRECCION000** opera como un reconocido socio comercial de grandes inversores institucionales y minoristas en los principales países europeos.*

Actualmente, usted desempeña en la Empresa el puesto de trabajo de Associate Director Asset Management en el centro de trabajo en Madrid.

*Como todos los operadores del mercado, **DIRECCION000** se enfrenta a tiempos difíciles. La enorme desaceleración económica y las malas perspectivas para el próximo año afectan considerablemente a nuestro negocio. La Empresa prevé una considerable disminución de los honorarios por rendimiento y por transacción en 2022 y para 2023. Por lo tanto, la Empresa se ha visto obligada a disminuir significativamente sus previsiones de rentabilidad para el ejercicio 2022, como ya se comunicó a través del anuncio ad hoc de principios de noviembre y en el PIN.*

En los dos últimos meses, el Comité de Dirección, el Consejo de Administración y el Comité Ejecutivo han analizado a fondo la situación y han decidido conjuntamente diferentes medidas para hacer frente a esta prolongada crisis y asegurar nuestra actividad principal y mantener la flexibilidad para el crecimiento futuro.

Por lo tanto, en las últimas semanas, la Empresa ha tenido que:

- reducir significativamente las previsiones de rentabilidad para el ejercicio 2022, y*
- desplegar una estrategia de reequilibrio para el crecimiento.*



Como consecuencia de este descenso, la Empresa se ha visto obligada a reorganizar urgentemente su estructura para poder seguir trabajando en la estrategia, cuyo objetivo es evitar la pérdida de clientes como consecuencia del aumento de la competencia y el desplome de los precios en el sector.

Después de revisar los planes y estrategias para el año fiscal 23, la Empresa debe poder asegurar que los ratios de programas y de personal estén en línea con el mercado, ayudando a nuestro camino hacia un crecimiento rentable y el beneficio a largo plazo de los clientes de la Empresa.

Tras una cuidadosa revisión de nuestra estructura empresarial y después de tomar otras medidas de reducción de gastos, resulta necesario reducir los costes fijos de funcionamiento, incluidos los gastos generales y de personal, y reducir la plantilla global en aproximadamente un 5%, siempre teniendo en cuenta que todas las medidas adoptadas pretenden reducir el número de empleados afectados y redimensionar las áreas de negocio que no son críticas para la Empresa.

Por ello, la Empresa ha tomado la decisión de acometer una reorganización integral del departamento al que usted pertenece, con el fin de adaptar su estructura a las necesidades del negocio, a la situación del mercado y a asegurar la mayor rentabilidad.

Su contrato de trabajo como Associate Director Asset Management será extinguido, en base a los motivos expuestos anteriormente.

Esta nueva organización permitirá a la Empresa, entre otras cosas, (i) ganar eficiencia y racionalizar la estructura mediante una organización simplificada y unificada, (ii) reducir costes y estandarizar procesos; y (iii) garantizar la viabilidad y rentabilidad del negocio.

Por todo lo anterior, la decisión de extinguir su contrato de trabajo se basa estrictamente, como se detalla en esta carta, en motivos organizativos y productivos.

2. DESPIDO OBJETIVO

Sobre la base de cuanto antecede, la Empresa no tiene otro remedio que proceder a la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas y, en particular, causas organizativas y de producción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 c) ET.

En este sentido, cabe señalar que, tras una evaluación interna por parte de la Empresa, no existe ninguna vacante actual en la que pueda ser reasignado dentro de un puesto de trabajo que pueda encajar con su experiencia profesional y su perfil profesional.

Por todo lo anterior, y lamentablemente, no existe otra opción que la rescisión de su contrato de trabajo por causas objetivas, tal y como se detalla a lo largo de esta carta.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 53 ET, de forma simultánea a esta comunicación, la Empresa pone a su disposición mediante transferencia bancaria ordenada en el día de hoy a la cuenta en la que viene percibiendo su salario, la indemnización legal a la que tiene derecho, equivalente a 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades, la cual, salvo error u omisión (que, una vez puesto de manifiesto, sería resuelto inmediatamente), asciende a NUEVE MIL CIENTO VEINTE EUROS CON TREINTA Y CINCO CÉNTIMOS DE EURO netos (9.120,35 €).

La extinción de su contrato surtirá efectos el 24 de noviembre de 2022. A partir de esta fecha estará disponible, en las oficinas de la Empresa, el documento correspondiente a su liquidación, saldo y finiquito, que le será entregado debidamente.

Por otro lado, aprovechamos para recordarle que deberá entregar a la Empresa en la fecha de extinción cualquier documento, archivo, carpeta, tarjeta, equipo o material que pudiera estar todavía en su posesión, y que ya no operará ni tendrá acceso a las cuentas bancarias de la Empresa.

Le recordamos también su deber de confidencialidad respecto de cualesquiera datos de la Empresa, reservándose ésta su derecho de ejercitar cuantas acciones legales pudiera resultar de aplicación, en caso de incumplimiento por su parte de dicho deber de confidencialidad.

Por último, le rogamos firme una copia de la presente carta, a los efectos de dejar constancia de su recepción.

Lamentando haber tenido que tomar esta decisión y agradeciéndole los servicios prestados a DIRECCION000.

Reciba un cordial saludo".

Con la entrega de la carta de despido la empresa abonó al actor la indemnización y liquidación de la relación laboral.

(Folios 122 a 127 y 264 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido).



TERCERO.-El 21.11.2022 la empresa envía a todos los empleados el correo electrónico que obrante al folio 272 y su traducción folio 273, se da íntegramente por reproducido.

El actor es padre de cuatro hijos menores, y su mujer comenzó un nuevo proyecto profesional el 01.10.2022. (Folio 5).

El 24.11.2022 a las 07:51 h. envía un correo electrónico a su superiora Dña. Santiago : "Hemos vuelto a pasar mala noche con el bebe, mi mujer tiene un juicio y no puede faltar, si no te importa hoy teletrabajo".

A las 9:08 le contesta: "Preferiría que vinieras aunque sea para nuestro catch up por favor".

La reunión entre Dña. Santiago y el trabajador estaba prevista para las 12:00 h.

(Folio 226 por reproducido).

A las 11:58 envía el actor a su responsable el siguiente correo:

"Estimada Santiago

Como te he comentado esta semana, me gustaría poder disfrutar del derecho de reducción de jornada a partir del próximo 1 de enero de 2023.

Mi idea es poder disfrutar de una hora de reducción para el cuidado de hijo menos a cargo, como sabes mis 4 hijos a cargo tienen 11, 9, 4 y 2 años por lo que esta reducción me ayudaría enormemente a poder conciliar mejor la vida familiar con la laboral.

La reducción me gustaría que fuera al final de la jornada laboral, quedando abierto a discutir que horario conviene mejor a DIRECCION000 España y especialmente al departamento".

La empresa ofreció al actor el acuerdo transaccional que obrante a los folios 161 a 168 se da íntegramente por reproducido.

CUARTO. -Obra al folio 347 cuyo contenido se da íntegramente por reproducido relación de bajas, con indicación de fecha y motivo; y altas producidas en la Empresa en el periodo comprendido entre Noviembre de 2022 y Septiembre de 2023.

A los folios 349 a 354 igualmente por reproducidos, obran los contratos de trabajo suscritos por la empresa en el Departamento de Asset-Management en el periodo Noviembre 2022 y Septiembre 2023.

El organigrama (Departamentos de Asset-Management) es el documento del folio 456 y 457 por reproducido.

QUINTO.-El trabajador no ostenta ni ha ostentado en el último año cargo de representante de personal ni sindical alguno.

SEXTO.-Con fecha 27.12.2022 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, celebrándose el acto administrativo el 17.01.2023 sin avenencia ante la oposición de la empresa demandada."

TERCERO. -Contra dicha sentencia se interpusieron recurso de suplicación ambas partes, siendo impugnados de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala. Habiéndose señalado para **votación y fallo el día 18 de septiembre de 2024.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia que estimando en parte la demanda formulada D. Estanislao declara nulo el despido efectuado el 24.11.2022, condenando a la empresa a la readmisión inmediata del trabajador en las mismas circunstancias que regían la relación laboral, y al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido el 24.11.2022 hasta que la readmisión tenga lugar a razón de 288,12 €/día, debiendo descontar la indemnización ya percibida, se alzan ambas partes interponiendo recurso de suplicación, impugnando a su vez cada parte el recurso de la contraria. La empresa demandada articula su recurso a través de un primero y único motivo de recurso que se formula al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS solicitando que se revoque la Sentencia de instancia y, en su caso, se declare la improcedencia del despido del Trabajador con las consecuencias inherentes a tal declaración. Y por su parte el demandante formula también su recurso a través de un único motivo de recurso que también formula al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS y solicitando que se dicte resolución "por la cual se confirme que la citada Sentencia núm. 253/23 declara y califica que la extinción del contrato de trabajo y relación laboral comunicado con fecha 24/11/2022 al actor es un DESPIDO NULO, tal y como se declaró en la sentencia de instancia, pero que, también y/o, conjuntamente, se REVOQUE que el FALLO de la Sentencia núm. 253/23 y, previa estimación del presente Recurso de Suplicación, en cuanto a la solicitud o petición de la cuantificación de la indemnización



por daños y perjuicios, por la que, se condene a la mercantil a abonar al actor una INDEMNIZACIÓN ADICIONAL para la reparación de los daños y perjuicios causados - MORAL y ECONÓMICO - en la cuantía de 30.000 € - o, subsidiariamente, en la cuantía que se valore y considere más ajustada u oportuna por esta SALA -, y, todo ello, además, con las consecuencias legales inherentes a tales declaraciones que deberán incluir los intereses legales como procesales devengados desde la citada fecha de extinción de la carta de despido (24/11/2022) y, en su caso, de la sentencia dictada en las presentes actuaciones (05/10/2023)."

SEGUNDO.- 1. Teniendo en cuenta que la empresa solicita en su recurso que se deje sin efecto la declaración de nulidad del despido y que la pretensión del actor al recurrir es que se condene a la empresa al abono de una indemnización adicional vinculada a la declaración de nulidad del despido, debemos entrar a analizar en primer lugar el recurso de la empresa dada la incidencia que el mismo tiene en las alegaciones formuladas en el recurso de la parte actora.

2. Entrando a analizar el recurso de la empresa, debemos señalar que tras un primer motivo denominado " Previo" en el que la empresa realiza un resumen de los hechos probados de la sentencia y de lo resuelto en la sentencia de instancia y que por ello no merece análisis alguno por la Sala, denuncia en el único motivo de recurso formulado la infracción de lo dispuesto en los artículos 55.5 b) ET en relación con el art. 37.6 del ET, así como el art. 108.2 de la LRJS todos ellos en relación con el art. 6.4 del Código Civil y de la jurisprudencia y doctrina judicial que los interpreta. Argumenta la empresa que la Sentencia de instancia realiza una interpretación no ajustada a Derecho de dichos preceptos, y que de la sola lectura de los Hechos Probados de la Sentencia se acredita que el Trabajador solicitó su reducción de jornada a las 11:58 horas del 24 de noviembre de 2022: (i) tras haber sido informado el 21 de noviembre de 2022 de que se iba a producir una reestructuración global, (ii) tras ser convocado por su responsable jerárquica a una reunión el 24 de noviembre de 2022 a las 12:00 horas y (iii) tras insistir su superior jerárquica en que tenía que asistir presencialmente a la oficina ese día. Y frente a la interpretación de la sentencia de instancia, señala que una solicitud de reducción de jornada por cuidado de hijos menores no puede ser objeto del amparo previsto en el art. 55.b) ET si ha sido buscada por el Trabajador con el objeto de blindarse ante su inmediato despido, comportamiento que es constitutivo de fraude de ley, alegando que el actor conocía que se iban a producir despidos en el DIRECCION000 y que, a pesar de querer teletrabajar, se le insistió en que acudiera a la oficina y que la única finalidad que tenía el Trabajador al solicitar la reducción de jornada el día 24 de noviembre de 2022 a las 11:58 horas era el de proceder a su blindaje frente a una posible afectación por la reestructuración global que había sido anunciada días antes, y en concreto, frente al despido que se le comunicó a las 12:00 horas del mismo día 24 de noviembre de 2022, lo que constituye un fraude de ley al tratarse de una solicitud cuya única finalidad era buscar amparo frente al despido, que ya estaba decidido por la Empresa, pero cuya carta de despido se le entregó dos minutos después en la reunión a la que había sido convocado. Argumenta que en virtud del artículo 6-4 CC procede estimar la aplicación de la norma que el Trabajador ha tratado eludir solicitando la reducción de jornada dos minutos antes de que la Empresa procediese a su despido, de manera que si el Juzgador de instancia no ha apreciado la concurrencia de las causas alegadas en la carta de despido, el despido debe calificarse de improcedente y no de nulo, pues la interpretación realizada por el Juzgador de instancia avalaría que cualquier trabajador solicitase acogerse a las medidas de conciliación de manera fraudulenta y con la mera finalidad de blindarse frente a un despido. Y se citan al respecto varias sentencias de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de otros Tribunales y también del Tribunal Supremo en relación al fraude de ley. Concluye la parte recurrente señalando que de los hechos acreditados en el proceso, se desprende una presunción clara de la existencia del fraude de ley en base a los Hechos Probados de la Sentencia, solicitando que se aprecie por esta Sala el fraude de ley cometido por el Trabajador al solicitar la reducción de jornada y que se califique de improcedente el despido del Trabajador.

3. Para resolver sobre las cuestiones planteadas en el recurso en el que no discute la empresa la improcedencia del despido que debería declararse en el caso de no apreciarse causa para declarar la nulidad del despido, debemos partir del relato fáctico que hemos mantenido inalterado, de acuerdo con el cual resulta acreditado que el actor que venía prestando servicios para la demandada desde el 26.04.2021, fue despedido por causas objetivas al amparo del artículo 52 c) ET el día 24 de Noviembre de 2022 y con efectos de ese mismo día. El 21.11.2022 la empresa envía a todos los empleados un correo electrónico que se da por reproducido en la sentencia indicando el folio concreto en el que obra así el folio 272 y su traducción folio 273, indicando concretamente dicho correo que la empresa había planificado una serie de medidas para enfrentar el entorno desafiante y asegurar su negocio principal, que como primer paso ya habían reducido significativamente sus proyecciones de rentabilidad para el año 2022, que además debían reducir los costos operativos fijos, que las medidas que habían tomado para educir gastos generales no serán suficientes por sí solas y que aunque se han mantenido las reducciones de personal al mínimo necesario, algunas reducciones son esenciales para proteger y preparar su negocio para el futuro, que algunos equipos se verán más afectados que otros, y que los gerentes se comunicarán con sus equipos en los próximos días para explicar los cambios generales y gestionar



la transición. El mensaje además consta que se envía con "importancia Alta". El actor es padre de cuatro hijos menores, y su mujer comenzó un nuevo proyecto profesional el 01.10.2022. El 24.11.2022 a las 07:51 h. envía un correo electrónico a su superiora Dña. Santiago : "Hemos vuelto a pasar mala noche con el bebé, mi mujer tiene un juicio y no puede faltar, si no te importa hoy teletrabajo". A las 9:08 le contesta: "Preferiría que vinieras aunque sea para nuestro catch up por favor". La reunión entre Dña. Santiago y el trabajador estaba prevista para las 12:00 h.. A las 11:58 envía el actor a su responsable el siguiente correo: "Estimada Santiago Como te he comentado esta semana, me gustaría poder disfrutar del derecho de reducción de jornada a partir del próximo 1 de enero de 2023. Mi idea es poder disfrutar de una hora de reducción para el cuidado de hijo menos a cargo, como sabes mis 4 hijos a cargo tienen 11, 9, 4 y 2 años por lo que esta reducción me ayudaría enormemente a poder conciliar mejor la vida familiar con la laboral. La reducción me gustaría que fuera al final de la jornada laboral, quedando abierto a discutir que horario conviene mejor a DIRECCION000 España y especialmente al departamento". La empresa ofreció al actor el acuerdo transaccional que obrante a los folios 161 a 168 se da íntegramente por reproducido. Además, especifica la sentencia en el fundamento de derecho segundo, que la carta de despido y propuesta de acuerdo de transacción se produce el día 24 de noviembre del 2022 a las 12 cuando tiene lugar la reunión. Y en el fundamento de derecho cuarto, al analizar la sentencia la cuestión planteada por la empresa de que el actor conociendo que iba a ser despedido solicitó la reducción de jornada para blindarse frente al mismo, señala que ello "en nada puede afectar al caso de autos, cuando su calificación sería de improcedente; cuestión distinta hubiera sido que su calificación fuera procedente", indicando también dicha sentencia que "Es cierto, como se declara probado: Que el 21.11 recibe la carta que se cita como todos los empleados. Que intercambia el mismo día 24.11.2022 los correos con su superiora Dña. Santiago . Que solicita la reducción a las 11:58 h cuando la reunión era para las 12:00. Que en contra de lo que se dice en demanda, nunca antes había solicitado dicha reducción (Así fue testificado tanto por Dña. Santiago , como por Dña. Eugenia , como por los testigos por él propuestos Dña. Rosa y Dña. Dolores , coincidiendo ambas en que les comentó que lo iba a pedir, pero no que lo hubiera pedido). En todo caso y conforme a lo expresado en nada influye en la calificación del despido como nulo. Solicitó la reducción de jornada por cuidado de hijos menores ex art.37.6 ET ante del despido y el mismo debe ser calificado de nulo ex art.55.5.b) ET."

4. Como expone la sentencia recurrida, el artículo 55-5 ET señala que " 5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador."Indicando que también será nulo el despido en los siguientes supuestos:" a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o la notificada en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género o de violencia sexual por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. "

De acuerdo con dicho precepto y tal y como señala entre otras la STS de 25 de enero del 2013 (Rec 1144/2012) en un supuesto de despido de un trabajador en situación de reducción de jornada, dichos supuestos recogidos en el artículo 55-5 ET constituyen causas objetivas de nulidad que determinan la calificación de nulidad del despido de manera automática, sin ser necesaria una situación de discriminación, al tratarse de una causa objetiva de nulidad, señalando dicha sentencia que en estos supuestos del art. 55.5.b)ET no era necesario concurren una discriminación, una vez concedido el permiso solicitado por razones de guarda legal, el despido debía ser calificado como nulo por disposición legal existiera o no discriminación, al imponer el art. 55.5.b)ET la calificación de nulidad de manera automática.

La empresa recurrente sin desconocer tal carácter automático de tal causa de nulidad, argumenta que la situación que se ha producido en este caso no puede ser objeto del amparo previsto en el art. 55.5.b)ET , al haber sido buscada por el trabajador con el objeto de blindarse ante el despido que preveía le iba a comunicar al empresa, en un comportamiento calificable de fraude de ley, posible situación de fraude que no analiza la sentencia recurrida que lo que hace es aplicar de manera automática la consecuencia prevista en el artículo



55-5 ET ante la declaración de improcedencia del despido que en todo caso procedería. Como resulta de la *sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 4 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1587)(rec 896/1998)* : - a) el fraude de ley no se presume, y sólo puede apreciarse si aparece debidamente acreditado aunque tal acreditación puede llevarse a cabo por medio de la presunción ; b) las presunciones sólo son admisibles cuando el hecho del que hayan de deducirse esté completamente acreditado y ello es una cuestión de hecho que debe ser declarada por la sentencia de instancia, requiriéndose que entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir haya el enlace preciso y directo exigido como indispensable por las reglas de la sana crítica; c) la apreciación de la existencia o no de la presunción como prueba es competencia fundamental del juez de instancia, quien vendrá obligado a referirse en la fundamentación jurídica a los razonamientos que le han llevado a una determinada conclusión (*artículo 97.2 LPL (RCL 1995, 1144, 1563)-ahora LRJS-*); d) la convicción obtenida por el órgano judicial de instancia sólo puede revisarse en un recurso extraordinario cuando la deducción obtenida resulte ilógica o absurda, partiendo de los hechos acreditados en el proceso, o bien cuando se sustenta en hechos no demostrados; e) las presunciones , se insiste, requieren que exista un enlace preciso y directo entre el hecho probado y el inducido, de forma que el resultado a que se llegue ha de obtenerse conforme a las reglas del criterio humano y partiendo siempre de unos hechos demostrados, de los que deben deducirse necesariamente los deducidos. En esta misma línea, en la *STS de 17 de febrero de 2014 (RJ 2014, 2071)(rec. 142/2013 (LCEur 2013, 371))* se insiste en que: "el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca (*SSTS 16/02/93 (RJ 1993, 1174)-rec. 2655/91 -;... 21/06/04 (RJ 2004, 7466)-rec. 3143/03 -; y 14/03/05 -rco 6/04 -*), lo que puede hacerse -como en el abuso del derecho - mediante pruebas directas o indirectas, admitiendo las presunciones entre estas últimas el *art. 1253CC* (actualmente, *arts. 385 y 386 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892)*) (*SSTS 04/02/99 (RJ 1999, 1587)-rec. 896/98 -;... 14/05/08 -rcud 884/07 -; y 06/11/08 - rcud 4255/07 -; y aunque el fraude es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundida con la mera infracción o incumplimiento de una norma (*SSTS 04/07/94 -rcud 2513/93 -;... 16/01/96 (RJ 1996, 191)-rec. 693/95 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -*), de todas formas es suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (*SSTS 19/06/95 -rco 2371/94 -; y 31/05/07 -rcud 401/06 -*)."*

Y lo cierto es que como expone la empresa recurrente, a partir de los hechos declarados probados se advierte un enlace preciso y directo de estos con la conducta que se denuncia como constitutiva del fraude de ley, y así la intención del trabajador de blindarse ante un despido y un supuesto de abuso de derecho que impide que el trabajador pueda ampararse en el artículo 55-5 ET para que se declare la nulidad del despido. El demandante conocía pues se le había remitido al igual que al resto de personal un correo con la notificación por parte de la empresa de que se iban a producir reducciones de personal, y así el día 21 de noviembre de 2022, la intención de la empresa de proceder a la extinción de contratos de trabajo, indicando además en tal comunicación que los gerentes se comunicarían con los trabajadores afectados en los próximos días. Consta que el trabajador tenía fijada una reunión con su superior jerárquico el día 24 de noviembre de 2022 a las 12:00. El mismo día 24 de noviembre de 2022, el Trabajador envía un correo a su superior jerárquico solicitando teletrabajar, alegando que ha vuelto a pasar mala noche con su hijo y que su mujer tiene un juicio y no puede faltar. La responsable le contesta insistiendo en que prefiere que acuda y desde luego que acudiese a la reunión. Y es dos minutos antes de entrar el actor a la citada reunión, y pese a que la reducción de jornada solicitada lo era con efectos de enero del 2023, cuando el actor a las 11:58, solicita una reducción de jornada por cuidado de menor a cargo. Se trataba así de una solicitud que no era desde luego urgente pues los efectos lo eran para dentro de dos meses y que sin embargo ante la perspectiva de un posible despido que había sido ya anunciado por la empresa en el correo de 21 de noviembre, el trabajador formula la solicitud tan solo dos minutos antes de entrar a la reunión con su gerente o superior en el curso de la cual la sentencia de instancia reconoce que es donde se le hace entrega de la carta de despido por causas objetivas. A partir de lo expuesto se desprende que el actor tenía una clara intuición o sospecha de que iba ser uno de los afectados por la reestructuración anunciada por la empresa, y por ello insta la solicitud de reducción de jornada, en lo que supone un ejercicio abusivo o anormal del derecho legítimo del actor a solicitar la reducción de jornada cuya finalidad visto el desarrollo de los hechos, no era la protección de los menores y la conciliación de la vida laboral y familiar sino la de obtener unas consecuencias favorables ante la posible decisión extintiva que la empresa ya le había comunicado. Nos dice en relación al abuso de derecho la *STS 11 de diciembre de 2009 (RJ 2009, 2117)*, r.u.d. 660/2009 : "El siguiente escalón argumental necesariamente ha de descansar en el concepto del abuso del derecho -recogido por la jurisprudencia a partir de la *STS 14/01/44*, de la Sala Primera- y cuyos requisitos esenciales se concretan en: a) El uso de un derecho objetivo y externamente legal. b) El daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica y que no hubiese podido ser evitado por el sujeto pasivo que lo sufre mediante una actuación igualmente amparada en la ley. c) La inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo "ausencia de interés legítimo") o en forma objetiva (ejercicio anormal del



derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo) (de entre las más recientes, SSTS - Sala Primera- 18/05/05 (RJ 2005 , 4238); 28/01/05 (RJ 2005 , 1829); 25/01/06 ; 24/05/07 (RJ 2007, 3438) : y 21/09/07 (RJ 2007, 5079)). En este caso, es claro que antes de conocer la empresa que el trabajador iba a interesar la reducción de jornada, pues de hecho ni siquiera consta que la empresa o personas con facultades de decisión conocieran la misma cuando D^a Santiago le hace entrega de la carta de despido, ya había decidido la empresa la extinción del contrato de trabajo del actor por razones objetivas, proponiendo al trabajador un acuerdo de extinción indemnizada que el trabajador no acepta y que da lugar a que se le notifique el despido. En consecuencia, a partir de tal relato fáctico y aplicando la prueba de presunciones, dado el enlace claro y directo entre la secuencia de los hechos acaecidos y el hecho que la empresa trata de demostrar, y así la intencionalidad del trabajador de blindarse ante una decisión extintiva, apreciamos que el trabajador actuó en fraude de ley, haciendo un ejercicio abusivo del derecho a tal reducción de jornada por guarda legal al poder intuir el trabajador que podía estar afectado por la reestructuración empresarial obedeciendo así tal solicitud a un deseo de blindaje, que de acuerdo con el artículo 6-4 CC, no ha de encontrar amparo en esta vía. Apreciamos una situación de fraude de ley y abuso de derecho que debe llevar a inaplicar la consecuencia que prevé el artículo 55-5 ET ante tal solicitud de reducción de jornada por cuidado de hijo y a declarar la improcedencia del despido con las consecuencias legales inherentes a tal declaración de opción entre la readmisión y abono de salarios de tramitación o abono de una indemnización derivada de tal declaración con descuento de la suma ya abonada por tal concepto. El Magistrado de instancia como decimos no analiza ese posible fraude y aplica la consecuencia automática de dicho precepto, pero como el relato de los hechos probados nos lleva a revisar esa conclusión judicial aplicando las reglas del criterio humano y partiendo de tales hechos demostrados, y que no son desde luego buena parte de los que alega el actor al impugnar el recurso pero sin tratar de introducir nuevos hechos probados sino como meras alegaciones que no aparecen declaradas probadas, sí apreciamos el fraude de ley y abuso de derecho que nos lleva a revocar la declaración de nulidad del despido y a declarar el mismo improcedente, al no poderse desprender del relato fáctico la vulneración de derechos fundamentales que se alegaba por el actor en su demanda y entender que no procede aplicar la previsión establecida en el artículo 55 ET para los supuestos del punto 2 apartado b) del mismo.

La declaración del despido como improcedente obliga a calcular la indemnización extintiva de acuerdo con el artículo 110.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) y con el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre), ascendiendo a *"treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades"*. Ello significa que por cada mes de prestación de servicios laborales se devengan 2,75 días indemnizatorios (33 días de salario anuales divididos por los 12 meses del año), con el tope de 720 días.

El cálculo de esta indemnización debe hacerse sobre la base del periodo en que la parte actora ha prestado servicios laborales para el empleador, tomando como fecha inicial el día 24/04/2021 correspondiente a la antigüedad reconocida en esta resolución y como fecha final el día de extinción de la relación laboral 24/11/2022. El prorrateo de los días que exceden de un mes completo se computa como si la prestación de servicios se hubiera efectuado durante toda la mensualidad: se considera como un mes completo (sentencias del TS de 20 de julio de 2009, recurso 2398/2008, ECLI:ES:TS:2009:5261; 20 de junio de 2012, recurso 2931/2011 ECLI:ES:TS:2012:4645; y 6 de mayo de 2014, recurso 562/2013, ECLI:ES:TS:2014:2125). Por consiguiente, debemos contabilizar 20 meses de prestación de servicios.

Aplicando el referido criterio, la indemnización total asciende a 15. 846,48 euros. De esa cuantía debe deducirse la indemnización que como consecuencia del despido por causas objetivas haya podido percibir la parte demandante.

TERCERO.-1. Habiendo estimado la Sala el recurso formulado por la empresa demandada declarando que el despido del actor es improcedente y no nulo, debe desestimarse el recurso formulado por la parte actora que lo que pretende es que se condene a la empresa al abono de una indemnización derivada de la declaración de nulidad del despido. En este caso la sentencia de instancia no declaró la vulneración de derechos fundamentales sino que aplicó la causa de nulidad prevista en el artículo 55-2 b) ET pero en todo caso, como hemos entendido que no procede tal declaración de nulidad del despido a la que anuda el actor en su escrito de recurso la indemnización adicional interesada ni por una posible vulneración de derechos fundamentales que no se declara en la sentencia o por la aplicación de la causa de nulidad del artículo 55-2 b) ET , y la argumentación de la parte actora al recurrir se centra en considerar alegando la infracción de los artículos 55-5 b) ET en relación con los artículos 108-2, 108-3 y 183-1, 183-2 y 183-3 de la LRJS que procede como consecuencia de tal nulidad del despido la condena al abono de la referida indemnización, debe desestimarse el recurso formulado por el actor. Lo que alega el actor en su recurso es que no es razonable considerar que ante un despido nulo de carácter objetivo en el que se esté resarcido el daño de forma implícita con la readmisión y el abono de salarios de tramitación, se pueda afirmar que queda suficientemente reparado el



mencionado daño. Como expone el actor en su recurso, en la demanda presentada y en relación a la petición de indemnización adicional se señalaba: "Así, y de conformidad con lo preceptuado en los artículos 183 y 184 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se solicita, complementaria y conjuntamente a la calificación del despido nulo, la reparación de los daños y perjuicios causados como consecuencia de tal actuación vulneradora de derechos fundamentales llevada a cabo por la Dirección de la empresa DIRECCION000 . y que esta parte fija en 30.000 €. 12 En cumplimiento del Art. 183.2 LRJS, y al objeto de cuantificar la indemnización, se recurre a la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), que califica como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales los actos del empresario contrarios a la igualdad de trato y a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho y garantía de indemnidad (Art. 8.12 LISOS). La cuantía total de los 30.000 € solicitados para la reparación de los daños y perjuicios causados, se corresponden a la sanción prevista por infracción muy grave [Art. 40.1 c) LISOS], graduada dentro de las muy graves en su grado mínimo más alto (de 7.501 a 30.000 €), atendiendo como criterio agravante para la graduación de la sanción, la intencionalidad del sujeto infractor, así como el perjuicio causado al Sr. Estanislao a consecuencia de la pérdida de su empleo motivado por la finalidad de lesionar el derecho fundamental a la igualdad de trato y no discriminación del Sr. Estanislao , así como por la lesión a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho y garantía de indemnidad (ex Art. 39 LISOS)." Vista la petición interesada, y dado que la indemnización la vincula la parte actora a la petición principal de nulidad del despido que hemos indicado que no cabe declarar en este caso, desestimamos el recurso formulado por dicha parte actora, declarando por ello la improcedencia del despido con las consecuencias que hemos indicado.

CUARTO. -De conformidad con lo establecido en el artículo 235 de la Ley de la Jurisdicción Social y 204 de esa misma norma, ante la estimación del recurso formulado por la empresa no procede la imposición a la misma de las costas derivadas de su recurso y tampoco procede imponer costas al demandante dada su condición de beneficiario del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Acordamos la devolución a la empresa del depósito constituido para recurrir y que se devuelvan a la misma las consignaciones o aseguramientos de condena efectuados en el importe que exceda de la suma a la que ahora se le condena en la presente sentencia.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa DIRECCION000 y desestimamos el formulado por el demandante D. Estanislao contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 9 de Madrid en autos 63/2023 seguidos por DESPIDO a instancias de D. Estanislao frente a la empresa recurrente y M FISCAL, y en consecuencia acordamos revocar la sentencia de instancia y acordar en su lugar estimar la petición subsidiaria de la demanda declarando la improcedencia del despido de fecha 24 de noviembre del 2022, condenando a la empresa demandada a optar en el plazo de los cinco días desde la notificación de esa sentencia y ante la secretaría de esta Sala, entre la readmisión con abono de los salarios de tramitación devengados o bien la extinción indemnizada de la relación laboral por importe de 15.846,48 euros, de la que deberá descontarse a la hora de su abono la suma ya entregada al trabajador por el concepto de indemnización.

Sin costas

Acordamos la devolución a la empresa del depósito constituido para recurrir, así como de las consignaciones o aseguramientos prestados a tal efecto en el importe que exceda de la suma a la que ahora se le condena en la presente sentencia.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **0363 24** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Ángel nº 17, 28010 Madrid, o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes: 1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria (CCC) siguiente: (IBAN ES55 0049 3569 9200



0500 1274). 2. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF/CIF de la misma. 3. En el campo beneficiario, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso. 4. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2870 0000 00 0363 24), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art. 230.1 L.R.J.S.). Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ