



Roj: **STS 1555/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1555**

Id Cendoj: **28079140012019100288**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/04/2019**

Nº de Recurso: **433/2018**

Nº de Resolución: **271/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 12363/2017,**
STS 1555/2019

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **433/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 271/2019

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 2 de abril de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.^a Melina Perugini Kasanetz, en nombre y representación de D. Elias , contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 866/2017 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de fecha 28 de marzo de 2017 , recaída en autos núm. 276/2016, seguidos a su instancia contra la Ingeniería y Economía del Transporte, S.A. (INECO), en reclamación de derechos y cantidad.

Ha sido parte recurrida Ingeniería y Economía del Transporte, S.A. (INECO), representada y defendida por el letrado D. Ignacio Corchuelo Martínez de Azúa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 28 de marzo de 2017 el Juzgado de lo Social nº 14 de Madrid dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:



" 1º. - El actor D. Elias prestaba sus servicios en la empresa demandada desde el 10/11/2004, con categoría profesional de Titulado Superior (Ingeniero de Caminos Canales y Puertos), percibiendo un salario anual de 36.673,00 euros. Y relación laboral indefinida a tiempo completo. (No controvertido)

2º. - Con fecha 18.01.2013, la empresa demandada INECO y la comisión negociadora del procedimiento de despido colectivo, alcanzaron el acuerdo por el que se acuerda la extinción de 390 contratos de trabajo, correspondientes a los puestos y centros que se detallan en el anexo y el calendario de extinción de los contratos es desde el cierre del periodo de consultas hasta el 31.07.2013. Se establece una indemnización para los trabajadores afectados de 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y con un máximo de doce mensualidades, más otra indemnización equivalente a 8 días de salario bruto por año de servicio, sin límite de mensualidades y prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, indemnización esta última que se abonará una vez concluido sin éxito del programa de recolocación e INECO asume el compromiso de que, en caso de recolocación, el trabajador no tenga que reintegrar las cantidades percibidas en concepto de indemnización. (No controvertido)

3º. - INECO comunica al actor la extinción de su contrato con efectos del día 12/6/2013 en aplicación del Acuerdo alcanzado con la representación de los trabajadores el 18/1/2013 en el marco del procedimiento de despido colectivo. Señalándose en la carta que, en su caso la causa de verse afectado radica en estar adscrito a uno de lo proyectos que cesan o se reducen la actividad, identificado en la Memoria explicativa del ERE como afectados. (Documental de ambas partes. Carta de cese que se tiene por reproducida en su contenido). Abonándole la indemnización acordada y se le informa que se le incluirá en el plan de recolocación, sin coste alguno y, en caso de que dicho plan no resulte efectivo, se le abonarán una cantidad adicional de indemnización según lo pactado (no controvertido).

4º.- Entre las medidas que se pactaron en el Acuerdo de 18/1/2013 está la creación de una bolsa de empleo a la que, "...se puedan adscribir todos los trabajadores designados forzosamente y que se les haya extinguido el contrato con las siguientes condiciones: - La empresa ofertará al personal adscrito a dicha bolsa cualquier vacante que se produzca en la empresa antes de ofrecerla al mercado laboral, y se adjudicará conforme a los principios de mérito y concurrencia. - El personal adscrito a la bolsa tendrá durante los tres años siguientes a la firma del presente acuerdo el derecho preferente de recolocación para cualquier vacante que se produzca en la empresa. - Las condiciones de la oferta realizada al trabajador adscrito a la bolsa deben ser las mismas que la empresa ofrezca al mercado laboral en caso de no ser cubierta por la bolsa. - El puesto de trabajo ofrecido debe ser puesto en conocimiento de la comisión de seguimiento para su vigilancia y concreción. En caso de reingreso, la antigüedad debe ser respetada a todos los efectos, excepto los indemnizatorios. En caso de que el nuevo contrato se extinguiera con derecho a indemnización, el trabajador tendrá derecho a percibir el importe de la indemnización que legalmente le corresponda, más la que hubiese dejado de percibir en virtud de este acuerdo. - La comisión de seguimiento vigilará el correcto funcionamiento de la bolsa de empleo. Para ello, la empresa facilitará la información que se considere necesaria para ello. Todas estas condiciones serán revisadas por la comisión de seguimiento" (no controvertido y documental ambas partes)

6º. [sic]- El 11/2/2013 el comité de empresa remitió a los empleados un mail en el que les informa de algunas cuestiones sobre el ERE y finalmente les recuerda que "...en el caso de los trabajadores a los que se despida forzosamente, os podéis acoger a dos modalidades de pago de finiquito: todo de una vez, o en doce mensualidades, y en ambos casos, pasaréis a estar en la bolsa de trabajo de INECO durante los próximos 3 años, teniendo preferencia los que se acojan el pago mensual de su indemnización. (documental de la parte actora, ratificada por un testigo) El actor presentó escrito en julio de 2013 por el que optaba por ejercitar su derecho al pago fraccionado de la indemnización que se había puesto a su disposición, en base a lo previsto en la cláusula 1.3 del apartado A4 del Acuerdo ERE de 18/1/2013. (no controvertido) En el Apartado A4 del referido Acuerdo se dice "El trabajador designado de manera forzosa por la empresa podrá optar por el pago fraccionado de las cantidades acordadas, bajo las siguientes condiciones: a) los que opten por esta modalidad de pago tendrán prioridad en la recontractación en INECO frente a la modalidad de pago único(...).

7º. - El actor se inscribió a la bolsa de empleo el 3/8/2013 remitiendo también su currículum vitae actualizado (documentos 7, 8, 9 y 10 de la parte actora).

8º.- El día 09.07.2015 se realizó por INECO el informe seguimiento de gestión del talento, en el que consta el procedimiento de selección de personal que está siguiendo para la cobertura de vacantes, que consiste en que primero busca personal que cumpla los requisitos de experiencia y conocimientos dentro de la empresa y, a falta de cobertura interna, busca dentro en la bolsa del ERE, en el que están incluidas las 381 personas afectadas por el mismo, empleando como criterio de búsqueda los que cumplen los requisitos de titulación, años de experiencia y nivel de inglés requeridos para el puesto. Una vez identificadas las personas de la bolsa que cumplen el perfil, se les informa de la vacante para verificar su interés en la plaza y adecuación al perfil de la misma. En caso de que estén interesados, se presenta al área el CV para que valoren su idoneidad y si se



obtiene la aptitud, se realiza una oferta de trabajo. En caso de que finalmente no se encuentre en bolsa se abre un proceso de selección externo. Si bien, por razones de necesidad y urgencia, se abre en paralelo la búsqueda por canales externos. (Doc. Nº 8 parte demandada y testifical de la responsable del departamento de gestión del talento, Sra. Virginia , miembro de la comisión de seguimiento) En los documentos 9 a 13 de la empresa se incluye la documentación remitida a los representantes de los trabajadores sobre vacantes y seguimiento de incorporaciones de febrero de 2015 a marzo de 2016, que se tiene por reproducida.

9º .- De los 381 afectados (206 forzosos) a enero de 2015 sólo estaban inscritos en la Bolsa 78. (Informe de la Inspección de Trabajo de 7/1/2015 que se tiene por reproducido y documento nº 4 de la empresa, en el que se refleja los trabajadores que han actualizado su CV), se los que han sido contactados para algún puesto 26 y de ellos sólo 16 han sido finalmente contratados tras el proceso selectivo y haberse aceptado por el trabajador. La bolsa se preveía estuviera abierta del 18/1/2014 a 18/1/2016. (No controvertido)

10º .- Se aporta por la parte actora informe del Defensor del Pueblo de 23/9/2015 en el que se acuerda dar por finalizadas las actuaciones al estar el asunto planteado pendiente de procedimiento judicial en trámite, conforme al art 17 de la LO 3/1981 del Defensor del Pueblo , que se tiene por reproducido al obrar en autos. En el informe que remitió la empresa a requerimiento del Defensor del Pueblo se hace constar que los trabajadores que vieron extinguido su contrato de trabajo forzosamente podían adscribirse a la bolsa de empleo siendo necesario un acto volitivo por parte del empleado.

11º .- En el documento nº 11 de la parte actora se refleja las ofertas de empleo que se ha realizado por INECO a través de INFOJOBS desde 3/1/2014 a 15/4/2016.

12º.- En septiembre de 2013 el actor fue propuesto junto con otros dos compañeros inscritos en la bolsa para ocupar un puesto de jefe de servicio o adjunto al jefe de servicio en el proyecto ITE Ineco-Sener en Guipúzcoa. Finalmente no resultó seleccionado (doc. 26 empresa). El 28/7/2015 se contrató a una trabajadora Sra. Ana María para una plaza de experto, ingeniero jefe de obra, con salario de 46.662 euros año (documento nº 21 empresa ratificado por la Sra. Virginia). En el documento nº 22 se recoge un listado de trabajadores en puestos que se relacionan en la demanda, como puestos que se podían haber ofrecido al actor y características de los mismos

13º .- Se intentó el preceptivo intento de conciliación ante el SMAC".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por D. Elias , frente a la empresa INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE SA, en reclamación de Derechos Y Cantidad, debo condenar a la empresa a abonar al actor una indemnización por daños y perjuicios por importe diario de 127,84 euros, desde el 28/7/2015 hasta el día que se cerró la Bolsa de empleo. De la que se deberá descontar lo percibido por la prestación de desempleo así como el salario percibido en otra empresa en ese mismo periodo".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales del actor y de la empresa demandada, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 15 de noviembre de 2017 , en la que se modifica el hecho probado décimo segundo, y consta de la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando los recursos de suplicación interpuestos por el letrado de la empresa demandada INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE SA, así como por la Letrada del demandante D. Elias , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de esta ciudad en autos nº 276/2016, debemos mantener y mantenemos la resolución impugnada confirmándola íntegramente. Se condena en costas a la empresa demandada a pagar 500 euros a la Letrada del demandante en concepto de abono de los honorarios profesionales causados por la impugnación del recurso de suplicación interpuesto por aquélla".

TERCERO.- Por la representación letrada de la parte actora se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para el primer motivo, se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2011 (RCUD 188/2011). La parte recurrente considera que la sentencia impugnada infringe el art. 1.901 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de mayo de 2016 (RSU 226/2016). El recurrente considera que la sentencia censurada infringe los artículos 1.101 y 1.103 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince



días. Evacuado el traslado de impugnación y alegaciones, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 2 de abril de 2019, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión objeto del recurso de casación unificadora reside en determinar si debe descontarse, de la indemnización de daños y perjuicios a cuyo pago ha sido condenada la empresa por no contratar al trabajador inscrito en la bolsa de trabajo, la prestación de desempleo percibida por el mismo durante el periodo en el que debió de haber prestado servicios.

La sentencia del juzgado de lo social estima parcialmente la demanda del trabajador, rechaza el reconocimiento del derecho a la reincorporación, pero condena a la empresa al pago de una indemnización de daños y perjuicios de 127,84 euros diarios, desde 28/7/2015 hasta el día en que se cerró la bolsa de empleo -por ser la fecha en la que terminó el compromiso de recolocación asumido por la empresa-, de la que deberá descontarse lo percibido por la prestación de desempleo así como el salario percibido en otra empresa en ese mismo periodo.

Frente a dicha resolución recurrieron ambas partes en suplicación.

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 15/11/2017, rec. 276/2016 , desestima ambos recursos y confirma en sus términos la sentencia de instancia.

2 .- Es el trabajador el que recurre en casación para la unificación de doctrina y articula dos motivos diferentes.

En el primero de ellos invoca de contraste la STS 28/11/2011, rcud. 188/2011 , para sostener que las prestaciones de desempleo percibidas durante el periodo al que abarca la condena no deben descontarse de la indemnización.

Para el segundo alega como referencial la sentencia del TSJ de Madrid de 17/5/2016, rec. 347/2016 , y defiende que el periodo a indemnizar debe extenderse más allá del momento en el que se cerró la bolsa de empleo para alcanzar hasta la fecha de celebración del acto de juicio.

SEGUNDO.1.- El examen de la sentencia invocada para el primero de los motivos del recurso nos lleva a concluir que efectivamente concurre el presupuesto de contradicción.

De las diversas cuestiones que aborda la sentencia recurrida, es objeto de este primer motivo la relativa a la deducción de las prestaciones de desempleo de la indemnización de daños y perjuicios a la que ha sido condenada la empresa por no haber contratado al trabajador que se encontraba inscrito en la bolsa de trabajo.

Ha quedado firme el derecho a percibir la indemnización de daños y perjuicios, que nadie cuestiona, y tampoco hay discusión posible sobre el verdadero alcance de la obligación empresarial para determinar las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento. Como venimos diciendo, la sentencia recurrida ha establecido que de tal incumplimiento se deriva el deber de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la infracción del pacto de recolocación. Ninguno de tales pronunciamientos ha sido recurrido por la empresa.

Lo mismo sucede en lo relativo a la fórmula aplicada por el órgano judicial para calcular el importe de tal indemnización, que cifra en la cantidad resultante de pagar el salario diario que debería de haber percibido durante todo el periodo transcurrido desde que debió de haber sido recolocado hasta que se cerró la bolsa de trabajo.

En definitiva, el único punto litigioso es el de determinar si pueden o no descontarse del importe de la indemnización las prestaciones de desempleo percibidas por el trabajador durante ese periodo.

2.- La sentencia de contraste resuelve un asunto en el que se condenó a la empresa a pagar una determinada indemnización, por haber preterido a los demandantes en el orden de preferencia que les correspondía en las listas de contratación de las que fueron postergados en beneficio de otros trabajadores con peor puesto en las mismas.

Al igual que en el caso de la sentencia recurrida, los demandantes habían percibido prestaciones de desempleo y la sentencia de suplicación ordenó el descuento de tales cantidades de la suma indemnizatoria a pagar por la empresa.



La sentencia de esta Sala IV que se invoca como referencial estima el recurso de casación para la unificación de doctrina de los demandantes, y concluye que no debe descontarse la prestación de desempleo de la indemnización a pagar por la empresa.

3. - Concorre sin duda el presupuesto de contradicción entre las sentencias en comparación, puesto que en ambos casos estamos ante la condena a pagar una indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones de contratación de trabajadores que se encuentran inscritos en una bolsa de empleo vinculante para la empresa, y en los dos supuestos coincide la circunstancia de que habían percibido prestaciones de desempleo durante el periodo en el que debieron de haber sido contratados.

Ante esa misma situación jurídica la sentencia recurrida ha entendido que las prestaciones de desempleo deben deducirse de la indemnización a pagar por la empresa, mientras que la referencial ha concluido lo contrario.

4. - Respecto al segundo motivo del recurso debemos negar tajantemente la concurrencia de contradicción, puesto que en el supuesto de autos la sentencia del juzgado de lo social establece de forma expresa en su parte dispositiva que el periodo al que se extiende la indemnización finaliza en el día que se cerró la bolsa de empleo, sin que este pronunciamiento hubiere sido objeto del recurso de suplicación del demandante.

Eso determina que la solución aplicada en este punto por la sentencia de instancia haya quedado firme, sin que de esa cuestión haya conocido la sentencia recurrida que no contiene ningún pronunciamiento a tal efecto.

Se trata por lo tanto de una cuestión nueva que no fue objeto de suplicación y que se suscita por vez primera en la fase de recurso de casación, lo que no solo es óbice para que podamos pronunciarnos en este momento sobre la misma, sino también para apreciar la existencia de contradicción, puesto que nada se dice sobre este particular en la sentencia recurrida que por este motivo no establece una doctrina que pudiese resultar contradictoria con la aplicada en la sentencia referencial.

TERCERO . 1 .- El primer motivo del recurso denuncia infracción del art. 1901 del Código Civil para sostener, con acierto, que la deducción de las prestaciones de desempleo del importe de la indemnización supondría un enriquecimiento injusto de la empresa.

2.- La doctrina de esta Sala IV en la materia se encuentra perfectamente recogida en la sentencia de contraste, cuyo criterio debemos mantener por no existir razones que lleven a considerar lo contrario.

En dicha sentencia aplicamos la misma solución de la STS 19/7/2010, rec. 540/2009 , que se invocó de contraste en aquel asunto, en la que razonamos que en este tipo de indemnizaciones de daños y perjuicios que se imponen a las empresas por incumplir las obligaciones de contratación derivadas de las listas o bolsas de empleo que resultan vinculantes para las mismas, no puede deducirse lo percibido por los trabajadores en concepto de prestaciones de desempleo, por cuanto "lo cobraron a causa de una conducta de la empresa que no estuvo ajustada a derecho, ya que durante el tiempo al que las aludidas percepciones por desempleo se refieren aquéllos debieron haber estado trabajando, de tal manera que, al privárseles de la ocupación durante ese tiempo, han experimentado un doble perjuicio: por un lado, que se han visto obligados a solicitar una prestación que de otra forma no habrían tenido que pedir, y han consumido tiempo de tal prestación o subsidio, tiempo que verán restado del de otras a las que pudieran tener derecho en el futuro; y por otro, que la percepción correspondiente durante ese tiempo por la situación de desempleo es cuantitativamente menor que la que les habría correspondido por el salario del que se vieron privados por la conducta de la empresa".

A lo que añadimos ahora que la deducción de tales prestaciones vendría a suponer que sería la empresa la verdadera beneficiaria de las mismas, al ver minorada de esta forma el importe indemnizatorio a cuyo pago fue condenada, a cargo, precisamente, de lo percibido por el trabajador como prestación de desempleo.

A la empleadora le corresponde afrontar en exclusiva el pago de la indemnización de daños y perjuicios que le ha sido impuesta en concepto de responsabilidad civil derivada del incumplimiento de aquella obligación, sin que pueda detrarse de la suma indemnizatoria las cantidades percibidas por el trabajador por prestaciones de desempleo durante el mismo periodo a cuya duración se vincula el importe de la indemnización, porque eso supondría que el propio perjudicado estaría contribuyendo con su patrimonio al pago de la suma indemnizatoria a cuenta del perjuicio que le supone la pérdida de unas prestaciones de desempleo a las que pudiese tener derecho en el futuro.

3. - Cuestión distinta es la del posible enriquecimiento injusto del trabajador, que habría percibido en concepto de indemnización el salario correspondiente a ese periodo y las prestaciones de desempleo que ya le han sido abonadas.

En lo que hemos de aplicar la misma solución que dimos a esta cuestión en la sentencia de contraste, para calificar como indebidas esas prestaciones de desempleo "al ser incompatibles con el trabajo (art. 221.1 LGSS



) -y, consiguientemente, con el salario correspondiente a ese trabajo del que indebidamente se les privó- lo que procede será la devolución, a cuyo fin deberá ponerse el hecho en conocimiento del correspondiente Servicio Público de Empleo".

CUARTO . Conforme a lo razonado y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, debemos estimar el primero de los motivos del recurso, casar y anular en parte la sentencia, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar parcialmente el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador y declarar que no deben deducirse las prestaciones de desempleo del importe de la indemnización a cuyo pago ha sido condenada la empresa. Sin costas.

FALLO

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

1º) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Elias , contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2017 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 866/2017 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de Madrid, de fecha 28 de marzo de 2017 , recaída en autos núm. 276/2016 , seguidos a su instancia contra la Ingeniería y Economía del Transporte, S.A. (INECO).

2º) Casar y anular parcialmente la sentencia recurrida y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar en parte el recurso de igual clase formulado por el demandante, para revocar la sentencia recurrida en el único sentido de declarar que las prestaciones de desempleo percibidas por el trabajador no pueden deducirse de la indemnización a pagar por la empresa en razón de ese mismo periodo de tiempo. Póngase esta decisión en conocimiento del Servicio Público de Empleo, a los efectos oportunos. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.