



Roj: **STS 1578/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1578**

Id Cendoj: **28079140012019100292**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2019**

Nº de Recurso: **682/2018**

Nº de Resolución: **286/2019**

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

Ponente: **MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 682/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 286/2019

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 4 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. Anselmo , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 17 de noviembre de 2016, recaída en el recurso de suplicación núm. 831/2017 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de los de Madrid, dictada el 31 de marzo de 2017 , en los autos de juicio núm. 280/2016, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Anselmo , contra la empresa INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE S.A., sobre derechos y cantidad.

Ha sido parte recurrida la empresa INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE S.A. representada por el letrado D. Ignacio Corchuelo Martínez de Azúa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 31 de marzo de 2017, el Juzgado de lo Social nº 14 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por DON Anselmo 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 70,62 desde el 6/8/2014 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.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: " **PRIMERO** .- El actor DON Anselmo prestaba sus servicios en la empresa demandada desde el 15/2/2000, con categoría profesional de Técnico, Vigilante de Obra (Titulación de Técnico Superior de prevención., riesgos laborales), percibiendo un salario anual de 32.34350 euros. Y relación laboral indefinida a tiempo completo. El actor ha prestado servicios en distintas direcciones de la empresa: D. de Obra, Vía y Explotación, D. de Obra ferroviaria, de Ingeniería Civil etc. Habiendo estado desplazado a obras en el extranjero Venezuela, Méjico. (Documentos 1 a 4 de la parte actora y nóminas aportadas por la empresa y documento 20 empresa)

SEGUNDO .- 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)

TERCERO.- INECO comunica al actor la extinción de su contrato con efectos del día 31/7/2013 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 los 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).

CUARTO.- 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)

QUINTO .- 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 despidan 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)

SEXTO.- El actor se inscribió a la bolsa de empleo el 17/2/2014, remitiendo su currículum vitae actualizado (no controvertido).

SÉPTIMO .- 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. N° 8 parte demandada y testifical de la responsable del departamento de gestión del talento, Sra. Loreto , 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.

OCTAVO. - 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 n°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)

NOVENO. - 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.

DÉCIMO. - En el documento n° 12 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.

DECIMOPRIMERO. - El 6/8/2014 se contrató a una trabajadora para una plaza Técnico en Dirección de Ingeniería Civil, con salario de 25.779,00 euros/año. En el documento n° 21 de la empresa se relacionan los puestos que entiende similares a la categoría del actor y circunstancias profesionales del actor; siendo todos de la categoría de asistente y con salario muy inferior al del actor. En el documento n° 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.

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

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D. Anselmo y la representación letrada de la empresa INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE S.A., formularon recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en fecha 17 de noviembre de 2017, recurso 831/2017 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por DON Anselmo y por la empresa INGENIERIA Y ECONOMIA DEL TRANSPORTE, S.A., contra la sentencia dictada en 31 de marzo de 2.017 por el Juzgado de lo Social núm. 14 de los de MADRID , en los autos núm. 280/16, seguidos a instancia de DON Anselmo , contra la empresa INGENIERIA Y ECONOMIA DEL TRANSPORTE (INECO), en materia de reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad y, en su consecuencia, debemos confirmar, como confirmamos, la resolución judicial recurrida. Se decreta la pérdida del depósito que la empresa recurrente realizó como requisito de procedibilidad de la suplicación, al que se dará el destino legal, así como de In consignación del importe de la condena. Se imponen las costas causadas a dicha empresa, que incluirán la minuta de honorarios de la Letrada impugnante, que la Sala fija en 400 euros (CUATROCIENTOS EUROS). Sin costas, en cuanto al recurso del trabajador".

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la letrada D.ª Melina Perugini Kasanetz, en nombre y representación de D. Anselmo , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 28 de noviembre de 2011, recurso 188/2011 .

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, la empresa INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE S.A., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de desestimar el recurso interpuesto.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 2 de abril de 2019, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.-1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina se ciñe a determinar si, de la indemnización por daños y perjuicios -cifrada en el importe de los salarios que hubiera debido percibir desde que se produjo la primera vacante hasta que se cerró la Bolsa-fijada a favor del trabajador, por incumplimiento de la empresa de una de las medidas del acuerdo alcanzado el 18 de enero de 2013, en el periodo de negociación del despido colectivo, -creación de una bolsa de empleo a la que se pueden adscribir los trabajadores despedidos, comprometiéndose la empresa a ofertar las vacantes que se produzcan en la misma- ha de detraerse la cuantía correspondiente a la prestación por desempleo que hubiese percibido.

2.- El Juzgado de lo Social número 14 de los de Madrid dictó sentencia el 31 de marzo de 2017, autos número 280/2016, estimando en parte la demanda formulada por D. Anselmo contra INGENIERIA Y ECONOMIA DEL TRANSPORTE SA sobre DERECHOS y CANTIDAD, condenando a la demandada a abonar al actor una indemnización por daños y perjuicios, por importe diario de 70,62 € desde el 6 de agosto de 2014 hasta el día que se cerró la bolsa de empleo, de la que se deberá descontar lo percibido por la prestación de desempleo, y, en su caso, el salario percibido en otra empresa en ese mismo periodo.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor prestó servicios para la empresa demandada desde el 15 de febrero de 2000, con categoría de técnico vigilante de obra y relación laboral indefinida a tiempo completo. El 18 de enero de 2013 la empresa y la comisión negociadora alcanzaron un acuerdo en el seno del procedimiento de despido colectivo, acordándose la extinción de 390 contratos, siendo el actor uno de los afectados por la extinción, que se efectuó el 31 de julio de 2013. Entre las medidas que se pactaron en el acuerdo figura la creación de una bolsa de empleo a la que se puedan adscribir los trabajadores designados forzosamente y que se les haya extinguido el contrato, con determinadas condiciones. Se pacta que 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 actor se inscribió en la bolsa de empleo el 17 de febrero de 2014. De los 381 afectados sólo estaban inscritos en la bolsa de empleo 78. El 6 de agosto de 2014 se contrató a una trabajadora para una plaza de técnico en dirección de ingeniería civil.

2.- Recurrída en suplicación por la Letrada Doña Melina Pergini Kasanetz, en representación de D. Anselmo, y por el Letrado D. Ignacio Corchuelo Martínez-Azúa, en representación de INGENIERIA Y ECONOMIA DEL TRANSPORTE SA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 17 de noviembre de 2017, recurso número 831/2017, desestimando los recursos formulados.

La sentencia, reproduciendo el razonamiento contenido en sentencia de la propia Sala de 17 de mayo de 2016, consigna: "**de las estipulaciones del acuerdo alcanzado en el período de consultas del despido colectivo no puede inferirse una promesa o un compromiso de contratar, sino solamente de ofrecer las vacantes que en su caso se produzcan** -adecuadas, naturalmente, a las características profesionales de los trabajadores- y de esta forma convocar a los interesados a un proceso de selección que ha de resolverse conforme a los principios de mérito y concurrencia. La empresa no se ha comprometido a contratar sino a ofertar las vacantes que surjan con preferencia a la contratación externa en el mercado laboral, pudiendo después el convocado ser contratado o no". Continúa razonando "(...) De ahí que no resulte factible condenar a la empresa a ofrecer una vacante, ni fijar una indemnización que se dilata indefinidamente hasta que esa oferta se produzca. Pero sí se ha de establecer una indemnización por el indudable incumplimiento empresarial, que la propia recurrente no cuestiona, limitándose a aducir que la parte actora no ha probado que se le hayan irrogado daños y perjuicios. Sin embargo es evidente que si un trabajador ha sido despedido y la empresa no cumple su obligación de llamarle o convocarle para la posible cobertura de una vacante, ello le produce un perjuicio para cuya cuantificación es factible tener presente la cuantía del salario que hubiera podido obtener en ese puesto para el que no ha sido ni siquiera llamado, como ha hecho el demandante. Tampoco es dudoso que el perjuicio sufrido disminuye si el trabajador ha estado prestando servicios para otra empresa o percibiendo prestaciones de desempleo."

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por la Letrada Doña Melina Pergini Kasanetz, en representación de D. Anselmo, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 28 de noviembre de 2011, recurso número 188/2011.

El Letrado D. Ignacio Corchuelo Martínez-Azúa, en representación de INGENIERIA Y ECONOMIA DEL TRANSPORTE SA, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que no concurre el requisito de la contradicción entre las sentencias comparadas, por lo que el recurso ha de ser desestimado.

SEGUNDO.-1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 28 de noviembre de 2011, recurso número 188/2011, estimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto



por la representación letrada de CGT y otros frente a la sentencia de fecha 10 de noviembre de 2010, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede Sevilla, en el recurso de suplicación número 2319/2010, interpuesto por Doña Rosa y por Correos y Telégrafos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Sevilla, en autos número 647/2007, casando y anulando la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación respecto al extremo del importe de la indemnización que corresponde a los actores, desestimó el recurso formulado por Correos y Telégrafos, confirmando la sentencia de instancia.

Consta en dicha sentencia que las actrices prestaban servicios para la demandada. Ambas trabajadoras se encontraban incluidas en una lista ordenada por puntos a través de la cual se contrataba en Correos y conforme a las mismas eran contratadas. Igualmente solicitaron y fueron incluidas en las nuevas listas de contratación, creadas por la entidad demandada por convocatoria de 22-7-05. El 2 de noviembre de 2006 fueron cesadas, habiendo presentado demanda por despido, pendiente de resolución de recurso de suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. En desarrollo del Convenio Colectivo de Correos (BOE 13 de febrero de 2003) se han publicado diversos acuerdos, en uno de los cuales se exige como requisito para formar parte de las listas "no haber sido despedido ni indemnizado por despido en Correos y Telégrafos". En virtud de tal acuerdo se dejó de contratar a las actrices desde el 2 de noviembre de 2006. El 1 de junio de 2008 fueron incluidas en las nuevas listas de contratación. Han sido contratados otros trabajadores con peor puesto en las listas o fuera de las listas desde el 2 de noviembre de 2006 hasta 1 de junio de 2008, sumando 576 días en relación a ambas trabajadoras. Las actrices han percibido prestación por desempleo. Habiendo presentado demanda contra la exclusión de las listas de contratación, recayó sentencia declarando la nulidad de los despidos, por vulneración de derechos fundamentales, ordenando a la demandada el cese de tal conducta y el abono de las indemnizaciones señaladas.

La sentencia ahora invocada de contraste, resolviendo la cuestión de si de las indemnizaciones fijadas hay que detraer la cantidad percibida por las actrices en concepto de prestación por desempleo, entendió que: "La cuestión ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de 19 de julio de 2010, recurso 540/09, invocada como contradictoria, en la que se razona lo siguiente: "La doctrina correcta en este punto es la contenida en la resolución recurrida. Los trabajadores que percibieron la prestación (o el subsidio) de desempleo 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.

Respecto del enriquecimiento injusto que -se dice- experimentarían los trabajadores si no se detrajera de sus salarios las cantidades percibidas en concepto de desempleo, ello solamente tendría lugar si, además de la percepción salarial, quedaran definitivamente formando parte de su patrimonio las percepciones por desempleo. Pero como esas percepciones han llegado a convertirse en indebidas, 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".

TERCERO.-1.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales", [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)]. La contradicción no surge, en consecuencia, de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, [sentencias de 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015)].



2.- A la vista de las anteriores exigencias, se ha de concluir que entre las sentencias comparadas concurren las identidades legalmente establecidas cumpliéndose el requisito de la contradicción.

3.- 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.

Es irrelevante, a efectos de la contradicción, que en la sentencia recurrida se parta de que el trabajador, incluido en la bolsa de empleo creada por la empresa, tenía derecho a que le ofrecieran las vacantes que se produjeran y en la de contraste las actoras habían sido injustamente expulsadas de la bolsa de empleo, procediendo la empresa a contratar a personas con puesto posterior en la bolsa o, incluso, que no estaban incluidas en la citada bolsa, pues lo cierto es que en la sentencia recurrida consta que la empresa no procedió a ofertar al trabajador los puestos que la propia empresa reconoció que encajaban en su perfil -fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia con valor de hecho probado- procediendo ambas sentencias a fijar una indemnización de daños y perjuicios. Dicha indemnización en ambos supuestos se cifra en el importe de los salarios que hubieran debido percibir los trabajadores durante el tiempo que debieron estar contratados, pero, mientras en la sentencia recurrida se detrae de dicho importe lo percibido por prestación de desempleo, en la de contraste se mantiene que no ha de realizarse dicha detracción.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

CUARTO.-1.- El recurrente alega infracción del artículo 1901 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta, alegando que, en su caso, se produciría un enriquecimiento injusto del que sería beneficiaria la empresa, en caso de descontar de la indemnización de daños y perjuicios, por el incumplimiento efectuado por la empresa, las cantidades obtenidas en concepto de prestaciones por desempleo.

2.-Cuestión similar a la ahora planteada ha sido resuelta por esta Sala en un asunto deliberado en el mismo día, sentencia de 2 de abril de 2019, recurso número 433/2018, en la que se contiene el siguiente razonamiento:

"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 pudiere 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".

3.- Aplicando la anterior doctrina al supuesto examinado, lo que ha de realizarse en aras de la seguridad jurídica y de que no se ha producido variación alguna que pudiera conducir a un cambio jurisprudencial, procede la estimación del recurso formulado.

QUINTO.- Procede, por todo lo razonado, la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Melina Pergini Kasanetz, en representación de D. Anselmo , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 17 de noviembre de 2017, recurso número 831/2017 . No procede la condena en costas en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS .

FALLO

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

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Melina Pergini Kasanetz, en representación de D. Anselmo , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 17 de noviembre de 2017, recurso número 831/2017 , habiendo sido interpuestos sendos recursos de suplicación por la ahora recurrente y por el Letrado D. Ignacio Corchuelo Martínez-Azúa, en representación de INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE SA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 14 de los de Madrid, autos número 280/2016, seguidos a instancia de D. Anselmo contra INGENIERÍA Y ECONOMÍA DEL TRANSPORTE SA sobre DERECHOS y CANTIDAD.

Casar y anular en parte la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimar el recurso de tal clase interpuesto por la Letrada Doña Melina Pergini Kasanetz, en representación de D. Anselmo , revocar la sentencia recurrida en el extremo relativo a que las prestaciones por desempleo percibidas por el trabajador no pueden deducirse de la indemnización a pagar por la empresa correspondientes a dicho periodo de tiempo, manteniendo el resto de la sentencia tal y como se consignó.

Comuníquese esta resolución al 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.