



Roj: **STSJ CL 1599/2016 - ECLI: ES:TSJCL:2016:1599**

Id Cendoj: **47186340012016100697**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2016**

Nº de Recurso: **633/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 00706/2016

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax: 983.25.42.04

NIG: 47186 44 4 2015 0000111

402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0000633 /2016

Procedimiento origen: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000022 /2015

Sobre: RECLAMACION CANTIDAD

RECURRENTE/S D/ña Lorenzo

ABOGADO/A: JAVIER MARIJUAN IZQUIERDO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: ELEC NOR S.A.

ABOGADO/A: ENRIQUE JOAQUIN MOYA-ANGELER CABRERA

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

Ilmos. Sres. Recursos nº 633 /2016

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente de la Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. Rafael Antonio López Parada/ En Valladolid a veinte de Abril de dos mil dieciseis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente



SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm.633 de 2.016, interpuesto por Lorenzo contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº 4 de VALLADOLID (Autos: 22/15) de fecha 4 de noviembre del 2015 , en demanda promovida por Lorenzo contra ELECENOR S.A, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD INDEMNIZACION DAÑOS Y PERJUICIOS, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. D. Rafael Antonio López Parada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Con fecha 13 de enero del 2015, se presentó en el Juzgado de lo Social de Valladolid Número 4 , demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO .- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:"

PRIMERO.- El actor, D. Lorenzo , mayor de edad, con D.N.I. número NUM000 , prestó servicios por cuenta y orden de la empresa FERROVIAL SERVICIOS, S.A., con la categoría profesional de Oficial de 2ª, desde el 29.08.2011, en virtud de contrato de trabajo temporal a tiempo completo, por obra o servicio determinado, consistente en "Servicio integral prestado en la factoría de CARROCERÍAS de Valladolid de la empresa Renault, en virtud de contrato mercantil de prestación de servicios firmado entre nuestra empresa y la empresa cliente", percibiendo una retribución salarial diaria en cómputo anual de 48,99 €, con sujeción al Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de Valladolid.

SEGUNDO.- El 01.02.2014 Renault España, S.A. y ELECENOR, S.A. suscribieron contrato de prestación del servicio de "mantenimiento de grupos de frío en plantas de motores, montaje y direcciones centrales en Valladolid" (folios 44 a 66), dándose por reproducido su contenido.

TERCERO.- El 19.12.2013 FERROVIAL SERVICIOS, S.A. comunicó al actor por escrito:

" El pasado 16 de diciembre de 2013, se le remitió comunicación vía burofax informándole de la fecha de finalización del contrato de prestación de servicios que nos une con nuestro cliente Renault España, S.A.

En la citada comunicación se le indicaba igualmente que Vd. pasaría a prestar servicios para la nueva adjudicataria del contrato de MTO del perímetro FRIO-CALOR del complejo Renault de VALLADOLID con efectos del 1 de enero de 2014, siendo el último día de prestación de servicios para Ferrovial Servicios S.A. el 31 de Diciembre de 2013.

No obstante lo anterior, en el día de hoy, 19 de diciembre de 2013, el cliente, Renault España S.A. nos ha informado de la prórroga del contrato que inicialmente finalizaba el 31 de diciembre de 2013, pasando a finalizar el próximo 31 de Enero de 2014.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, por la presente, ponemos en su conocimiento que, a la vista de la información facilitada por nuestro cliente, la comunicación de finalización de contrato remitida por burofax el pasado 16 de diciembre queda sin efecto, siendo, a todos los efectos, la nueva fecha de finalización de la relación laboral que le une con Ferrovial Servicios, el próximo 31 de enero de 2014.

A partir del día siguiente, 1 de febrero de 2014, Vd. pasará a prestar servicios para la nueva adjudicataria del contrato, Elecnor S.A.

Lamentamos las molestias que el cambio de fechas le haya podido ocasionar, rogándole firme la presente comunicación a los exclusivos efectos de su recepción "

CUARTO.- ELECENOR, S.A. (C.I.F. A48027056) subrogó a 13 de los trabajadores que prestaban servicios para FERROVIAL en la referida contrata, comunicando a otros cinco, entre los que se encontraba el actor, su derecho preferente de contratación en el servicio, durante 12 meses, en caso de necesidad de ampliación de plantilla. En concreto, el actor recibió escrito el 22.01.2014 de ELECENOR, S.A., fechado el mismo día, del siguiente tenor:

" Por la presente le comunicamos que Elecnor S.A. ha sido adjudicataria con fecha efecto 01/02/2014, del servicios de mantenimiento Grupo Frío en Plantas de Motores, Montajes y Direcciones centrales del Complejo Renault de Valladolid, en el que usted presta servicios.

Al no ser necesaria, en la actualidad, toda la plantilla que venía realizando este trabajo, tendrá usted, en caso de interesarle, durante doce meses el derecho preferente de contratación en el servicio en caso de necesidad de ampliación de plantilla, y todo ello de acuerdo con el Artículo 13 del convenio del metal de la provincial de Valladolid publicado en el BOP de Valladolid a fecha 2 de septiembre de 2013 "



QUINTO.- Los otros 4 trabajadores a los que la empresa demandada les notificó el derecho preferente indicado, presentaron sendas demandas de despido, que concluyeron con la declaración judicial de improcedencia del despido, condenando a sus consecuencias a ELEC NOR, S.A.

SEXTO.- ELEC NOR, S.A., para prestar servicios en la contrata de mantenimiento referida, concertó:

- El 14.10.2014 un contrato temporal a tiempo completo de interinidad con D. Juan Ramón , con la categoría de Oficial 2ª de Mantenimiento de Instalaciones, para sustituir a otro trabajador en situación de incapacidad temporal. El citado contrato continuaba vigente el 29.04.2015.

- El 11.11.2014 un contrato temporal a tiempo completo por obra o servicio determinado, hasta fin de obra, con D. Benigno , con la categoría de Oficial 1ª de Mantenimiento de Instalaciones, en el que se prevé una duración aproximada de 27 meses, excepto resolución anticipada del contrato total o parcialmente por Renault, prórroga del mismo o disminución del volumen de trabajos por otras causas o nuevas adjudicaciones.

- El 16.03.2015 un contrato temporal a tiempo completo de interinidad con D. Ernesto , con la categoría de Oficial 1ª de Mantenimiento de Instalaciones, para sustituir a otra trabajadora en situación de incapacidad temporal.

SÉPTIMO.- El actor no ha vuelto a prestar servicios para otra empresa desde el 01.02.2014 hasta el 29.04.2015. Durante 2014 (del 01.02.2014 al 02.12.2014) percibió la cantidad de 6.843,81 € líquidos de prestación de desempleo, y en 2015, hasta el 14 de octubre, percibió la cantidad de 2.712,20 € líquidos por 198 días en concepto de subsidio de desempleo.

OCTAVO.- Presentada papeleta de conciliación ante la S.M.A.C. frente a las empresas demandadas el 23.12.2014, fue celebrado acto conciliatorio el 12 de enero siguiente, concluyendo con el resultado de sin avenencia.

TERCERO .- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte demandante fue impugnado por la parte demandada . Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El único motivo de recurso se ampara en la letra c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y denuncia la vulneración de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil y 13 del convenio colectivo provincial de Valladolid de la industria siderometalúrgica (BOP 2 de septiembre de 2013).

El citado artículo 13 del convenio colectivo dispone lo siguiente:

"Si a la finalización del contrato de mantenimiento o servicio entre la empresa contratista y cualquier cliente, público o privado, las funciones totales o parciales de mantenimiento o servicio se continuasen por otra empresa, los trabajadores de la primera cesante por esta causa tendrán derecho a pasar a la nueva adjudicataria, la cual se subrogará en los derechos y condiciones de los mismos.

Si la nueva empresa no tuviera necesidad de toda la plantilla que venía realizando estos trabajos, deberá en estos casos subrogarse en el número de trabajadores que necesite, manteniendo el resto durante doce meses un derecho preferente de contratación en el servicio o contrata subrogada, con el salario, categoría y antigüedad que tenían en la cesante.

Esta subrogación tendrá, igualmente, las siguientes cláusulas condicionantes:

a. No se podrán subrogar trabajadores que hayan estado vinculados a la empresa cesante en otros centros distintos a los correspondientes al servicio finalizado, en el período de los últimos 12 meses.

b. Tampoco se subrogarán los trabajadores que tengan en la empresa cesante una antigüedad inferior a doce meses de prestación de servicios en la contrata.

c. La empresa cesante deberá acreditar a la nueva empresa adjudicataria relación de los trabajadores afectados con sus contratos individuales debidamente diligenciados, así como las nóminas y TC2 donde se encuentren los mismos, de los últimos doce meses.

d. Para respetar las condiciones más beneficiosas de las que establece el convenio colectivo, tendrán que tener dichas mejoras o acuerdos una antigüedad superior a doce meses.

e. El trabajador percibirá con cargo exclusivo a su anterior empresa los salarios, partes proporcionales de pagas extras, vacaciones, etc. que le pudieran corresponder hasta la fecha que la empresa cesante dejó de prestar servicio, siendo única responsable de dichos pagos.



En todo caso, la subrogación no será de aplicación a las micro-PYMES, entendiéndose como tales las empresas que tengan 10 o menos trabajadores, con anterioridad al inicio de los servicios. No obstante, en este último caso, operaría también la subrogación en el número de trabajadores de los que tuviera necesidad, siempre y cuando el servicio a prestar supere los 10 trabajadores".

En el presente caso el actor formaba parte de un grupo de trabajadores que prestaban servicios para una contrata de mantenimiento que la empresa Renault España tenía con Ferrovial Servicios S.A. y a partir del 1 de febrero de 2014 la contrata terminó con esta empresa y fue asumida por Elecnor S.A., empresa que se subrogó en los contratos de trece de los trabajadores de la contrata, pero no de cinco de ellos, incluido el actor, a los que reconoció el derecho de contratación preferente previsto en el citado artículo 13 del convenio colectivo. Cuatro de los trabajadores accionaron por despido contra Elecnor S.A., siendo su despido declarado improcedente por sentencia judicial, pero el actor, en lugar de demandar, mantuvo su derecho de preferencia a la contratación, derecho que, conforme a la sentencia aquí recurrida, fue vulnerado por Elecnor S.A., razón por la cual la sentencia de instancia le impone el pago de una indemnización de daños y perjuicios que cuantifica en 6.975,12 euros. Esa cuantificación se obtiene por la sentencia de instancia de computar el salario que hubiera percibido el trabajador durante el tiempo que dejó de ser contratado, contando desde el 14 de octubre de 2014 hasta el 29 de abril de 2015. El dies a quo de dicho periodo de cálculo lo toma el Magistrado de instancia del día en que comenzó a prestar servicios otro trabajador que fue contratado por la empresa, con preterición del mejor derecho del trabajador actor, mientras que el dies ad quem lo toma de la fecha de celebración del juicio de instancia. Por otra parte, una vez calculado el salario que hubiera percibido el trabajador actor hasta la fecha del juicio, le descuenta lo percibido por el mismo como prestación por desempleo.

El trabajador recurre pretendiendo la elevación de la indemnización a 39.681 euros, que sería el equivalente al salario correspondiente a los 27 meses de duración pactada del contrato para obra o servicio del trabajador que fue contratado con preterición de su mejor derecho. Y en todo caso, pretende que no se le descuenta del importe de la indemnización la prestación por desempleo.

SEGUNDO.- Para comenzar ha de decirse que, no constando que la actividad subcontratada se ejerza con una significativa aportación de medios materiales, sino exclusivamente con mano de obra, la asunción de la contrata por la nueva adjudicataria, contratando a la mayor parte de la plantilla, determina que estemos ante una sucesión de empresas del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a la figura denominada de la sucesión de plantillas (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/1995 ; 10 de diciembre de 1998, C-173/96, Sánchez Hidalgo ; 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, 6 de septiembre de 2011, C-108/2010, Scattolon), asumida por la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 27 de octubre de 2004, RCUUD 899/2002. La sucesión de plantilla debe apreciarse siempre que se trate de actividad prestada esencialmente con mano de obra y haya una asunción de la mayor parte o de una parte significativa de dicha plantilla que determine que, como grupo organizado de trabajadores, mantenga su identidad (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de julio de 2010, Ayuntamiento de La Línea, C 151/09). Y ello es así aunque la asunción de plantilla venga impuesta por el convenio colectivo de aplicación (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2014, RCUUD 1201/2013). Por lo cual en estos casos la empresa que se subroga en la plantilla no puede excluir lícitamente de la subrogación a cualquier trabajador que estuviera adscrito a la unidad productiva o grupo transmitido, alegando que no necesita de sus servicios, sin perjuicio de las medidas laborales de otro orden que pueda adoptar si concurre causa para ello.

De la misma manera se produce una situación de sucesión de empresas en aquellos casos en los cuales, aunque la prestación de los servicios contratados requiera del uso de maquinaria o equipos que no sean meramente marginales y sustancialmente sean de mayor importancia que la plantilla, el uso de esos elementos pase de una a otra empresa y ello aunque no haya un negocio jurídico transmisivo entre ambas, sino que tales medios sean puestos a disposición de una y otra sucesivamente por la empresa principal (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de diciembre de 1999, Allen, C-234/98 ; 20 de noviembre de 2003, Abler, C-340/2001), o bien sea la empresa principal la que recupere el uso de tales medios y se haga cargo de la actividad (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 2015 C-160/14, Ferreira da Silva ; 26 de noviembre de 2015, C-509/14, ADIF). En tales casos la sucesión se produce por la asunción de los medios materiales e impone como consecuencia obligada la asunción de los contratos de toda la plantilla adscrita al centro o actividad.

En este caso, no constando en hechos probados que la actividad se desarrollara con una aportación de medios materiales significativa y que la nueva adjudicataria no asumiera el uso de los mismos, sino que hiciese tal aportación por sí misma, estamos ante un supuesto de sucesión empresarial, lo que convierte en inaplicables las previsiones del convenio colectivo sobre ulteriores derechos de preferencia de los trabajadores



no subrogados, como claramente se ha venido establecer en el caso de los cuatro trabajadores no subrogados que demandaron por despido y obtuvieron sentencia favorable contra Elecnor S.A.

Ahora bien, quien no demandó por despido y se guió de buena fe por la previsión convencional, limitándose a ejercer su derecho de preferencia a una ulterior contratación, tiene derecho obviamente a la misma y la vulneración de tal derecho es susceptible de indemnización. Por otra parte hay que tener en cuenta que la sentencia de instancia ha aplicado el derecho al reingreso en los términos previstos en el convenio colectivo y en el marco del recurso ninguna de las partes (ni el trabajador recurrente ni la empresa impugnante del recurso) cuestionan el mismo, sino que la pretensión de la demanda ha sido estimada, reconociendo el derecho al reingreso, la vulneración del mismo y el derecho a una indemnización y este pronunciamiento no es cuestionado por vía de recurso por la empresa, mientras que el trabajador se limita a recurrir para discutir el importe de la indemnización fijada.

La Sala no puede salirse del marco del planteamiento del litigio por las partes en sede de suplicación, que se manifiesta en el escrito de recurso, en el de impugnación y, en su caso, en el de alegaciones sobre la impugnación. Hay que comprender que, a diferencia de lo que ocurría bajo la Ley de Procedimiento Laboral, tras la Ley de la Jurisdicción Social el escrito de impugnación del recurso ha cobrado una especial relevancia, puesto que en el mismo se pueden invocar por la parte que se opone al recurso de suplicación "motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia", siendo aplicables a tales alegaciones los mismos requisitos que si se tratase del propio escrito de recurso de suplicación. Esto es, en el escrito de impugnación, además de alegar sobre los diferentes motivos de recurso esgrimidos por la parte recurrente al amparo de las letras a, b y c del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, las partes recurridas pueden alegar:

a) Motivos de inadmisibilidad del recurso;

b) Pretensiones de rectificación de hechos probados esgrimidas en el escrito de impugnación, que han de cumplir los mismos requisitos que las revisiones de hecho en el recurso de suplicación, debiendo subrayarse que si no se introducen revisiones de hecho la Sala solamente podrá partir para resolver el recurso, estimando o desestimando el mismo, de los que consten probados en la sentencia recurrida;

c) Causas de oposición a las pretensiones de la parte actora, cuando sea ésta la que recurra por haber vistas desestimadas sus pretensiones en instancia, que hayan sido alegadas oportunamente en el juicio de instancia (puesto que no puede admitirse la introducción en suplicación de cuestiones nuevas, salvo que se trate de materias de orden público apreciables de oficio), pero que no hayan sido resueltas o hayan sido desestimadas en la sentencia recurrida. Esto es, la parte demandada que ha obtenido una sentencia favorable, no está limitada, a la hora de defenderse frente al recurso de suplicación de la parte actora, a defender aquellos motivos por los que el órgano judicial de instancia haya desestimado la demanda, sino que por la vía del escrito de impugnación puede volver a suscitar ante la Sala aquellas otras causas de oposición a la demanda que ya hubiera suscitado en el juicio de instancia y que no fueron analizadas o fueron rechazadas por el órgano de instancia. Esto es importante porque si la parte recurrida no suscita causas de oposición subsidiaria, la Sala, por congruencia, se verá limitada en su resolución a analizar los motivos de recurso y las causas de oposición a los mismos, sin poder introducir de oficio (salvo en materia de orden público) causas de desestimación distintas que no hayan sido alegadas por la parte recurrida.

Es evidente por tanto la importancia que, frente a la práctica procesal anterior, cobra ahora el escrito de impugnación del recurso. Por ello la Ley prevé ahora que de dicho escrito de impugnación se confiera traslado a las demás partes y el artículo 197.2 abre un nuevo trámite, anteriormente inexistente, que es la posibilidad que tienen esas partes de presentar a su vez nuevas alegaciones sobre el escrito de impugnación para combatir lo que en él se alegue respecto a esos tres extremos ("motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia"). El mero traslado a la parte recurrente del escrito de impugnación es suficiente para abrir el trámite, sin necesidad de prevención expresa sobre la posibilidad de presentar tales alegaciones, puesto que en el recurso de suplicación es preceptiva la defensa por letrado o representación técnica y dicha posibilidad resulta del texto de la ley procesal.

Ocurre sin embargo que en este caso en el escrito de impugnación del recurso no se invocan ni motivos de inadmisibilidad, ni rectificaciones de hechos, ni causas de oposición subsidiarias al recurso. Por tanto para la sentencia de esta Sala hemos de partir inexcusablemente del planteamiento de que el actor tenía un derecho de preferencia en la contratación que ha sido vulnerado por la contratación de D. Juan Ramón el 14 de octubre de 2014 y que la indemnización por tal derecho se fija libremente por el órgano judicial a partir de la valoración del daño causado.



TERCERO.- Los supuestos en los que se discute sobre el derecho al reingreso de un trabajador al servicio de la empresa, habiendo sido éste en un periodo anterior trabajador de la empresa y habiendo vista extinguida su relación laboral, quedando en su favor un mero derecho al reingreso en caso de producirse vacante adecuada, deben seguir el patrón sustantivo y procesal del derecho al reingreso tras la situación de excedencia voluntaria. Hay que tener en cuenta que la situación es completamente análoga, puesto que la situación de excedencia voluntaria no es una situación de suspensión del contrato, sino, como en este caso, un mero derecho al reingreso al servicio de la empresa de quien fue trabajador de la misma condicionado a la existencia de vacante adecuada (en los términos que en cada caso se hayan establecido), conforme a la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencias de 25 de octubre de 2000, RCUUD 3606/98 , 26 de octubre de 2006, recurso 4462/05 ó 31 de enero de 2008, RCUUD 5049/2006).

Pues bien, ante la vulneración del derecho de reingreso del excedente voluntario, las posibles acciones de que dispone el trabajador son dos, según las circunstancias del caso:

- a) Ejercer la acción de despido, cuando la empresa niegue el propio derecho al reingreso (la situación de excedencia);
- b) Ejercer una acción de reingreso, cuando la empresa no niega el derecho en sí, pero niega que concurren las circunstancias (vacante adecuada) que permiten hacerlo efectivo.

En este caso hemos de partir de que la situación era la segunda, puesto que así se ha declarado en la sentencia de instancia y ello no es cuestionado en vía de recurso.

En ese segundo supuesto hay que tener en cuenta que la acción no es meramente declarativa del derecho, sino que incorpora un pronunciamiento de condena, siendo posible acumular la acción de reclamación de daños y perjuicios, quedando la empresa obligada a una readmisión frente a la cual la empresa no tiene opción indemnizatoria, como ocurriría en el caso de la acción de despido, siendo el plazo de prescripción de la acción de un año, que desde luego no puede empezar a computarse hasta, por lo menos, el momento en el cual el trabajador tenga conocimiento de la existencia de vacante (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1988 , 21 de mayo de 1990 , 2 de octubre de 1991 , 3 de octubre de 1995 , 24 de noviembre de 1998 ó 22 de marzo de 1999, RCUUD 2438/1998). En cuanto a la pretensión de condena a la indemnización de daños y perjuicios, deben valorarse dichos daños en la cuantía de los salarios dejados de percibir por la reincorporación tardía y hasta la efectiva reincorporación, daños que derivan de forma cuasi automática del reconocimiento del derecho y de su vulneración, debiendo el trabajador acreditar cualesquiera otros daños si pretendiese una indemnización superior (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2015, RCUUD 148/2014).

Ahora bien, el trabajador no tiene la opción de no ejercitar la acción de reingreso y reclamar solamente daños y perjuicios, incluyendo como tales los salarios futuros que le correspondería percibir si hubiera ocupado ad futurum el puesto de trabajo para el que ha sido contratado el trabajador en favor del cual se ha preterido indebidamente el mejor derecho del actor, como aquí pretende. Si no exige su derecho al reingreso no puede pretender sustituirlo por la percepción salarial que hubiera tenido si lo hubiera exigido y hubiera sido concedido. Aunque se admita (como en este caso, en el que no se discute por las partes) que puede pedir solamente la indemnización, desvinculada del derecho al reingreso, a pesar de que en el momento de su ejercicio subsista el puesto de trabajo, esa indemnización solamente compensará el salario perdido hasta el momento en que se omitió la exigencia del derecho al reingreso pudiendo haberla esgrimido. En este supuesto no se cuestiona por las partes que la fecha a tomar en consideración sea la del 29 de abril de 2015. En este punto el recurso es desestimado.

Lo que sí debe estimarse, sin embargo, es la no procedencia de descontar de la indemnización el importe de las prestaciones por desempleo percibidas, puesto que la incompatibilidad del desempleo con los eventuales salarios o indemnizaciones sustitutorias de los mismos ha de resolverse siempre mediante la devolución de las prestaciones, no debiendo el servicio público de empleo asumir a su costa el pago de una parte de la indemnización (artículo 111.1.b de la Ley de la Jurisdicción Social), debiendo recordarse a este respecto la equiparación que la jurisprudencia de la Sala Cuarta ha realizado con los salarios de tramitación a efectos del descuento de los salarios percibidos en otro empleo (sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 2015, RCUUD 148/2014). Incluso, aunque en este caso pudiera llegar a estimarse que no existiera una eventual incompatibilidad entre la prestación percibida y la indemnización que se reconoce (no equiparándola a salarios de tramitación), tampoco debería descontarse la prestación, porque en ese caso no habría cotización sobre esas cantidades y el subsidio de desempleo que el trabajador ha consumido cuando debería estar contratado por la empresa no podría recuperarlo en el periodo de desempleo posterior y por tanto el daño se produce igualmente, aunque diferido en el tiempo.



En cuanto al interés legal del dinero objeto de condena, el mismo debe mantenerse en idénticos términos sobre la cantidad reconocida en la instancia, puesto que desde que se dictó la sentencia de instancia y sobre dicha cantidad opera el interés procesal de demora. En relación con la diferencia el interés legal del dinero debe reconocerse desde la misma fecha pero hasta esta sentencia y desde la fecha de la misma comienza a correr el interés procesal de demora sobre tal diferencia.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso.

Por lo expuesto y

EN NOMBRE DEL REY

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por el letrado D. Javier Marijuán Izquierdo en nombre y representación de D. Lorenzo contra la sentencia de 4 de noviembre de 2015 del Juzgado de lo Social número cuatro de Valladolid, en los autos número 22/2015. Revocamos el fallo de la sentencia de instancia para elevar la indemnización objeto de la condena a Elecnor S.A. a 9.700,02 euros, más el interés legal del dinero desde el 29 de abril de 2015 hasta la fecha de la sentencia de instancia, calculado sobre 6.975,12 euros (fecha a partir de la cual se devengan intereses procesales sobre dicha cantidad) y el interés legal del dinero sobre la diferencia (2.724,90 euros) desde el 29 de abril de 2015 hasta la fecha de esta sentencia de la Sala, aplicándose desde ahora el interés procesal de demora sobre esa diferencia.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 633 16 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco de Santander, acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.