

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 4 de febrero de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 148/2014

SUMARIO:

Excedencia voluntaria al amparo del art. 46.2 del ET. Sector de la construcción. Reincorporación tardía del trabajador excedente pese a existir vacantes en la empresa de igual o similar categoría a la suya. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Da lugar a una indemnización de daños y perjuicios cuya cuantía se cifra en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento de la empresa desde la conciliación o reclamación administrativa previas a la reclamación judicial, o desde esta última si por una u otra razón se ha interpuesto antes. No obstante, debe excluirse del cálculo de la indemnización el periodo correspondiente al de servicios prestados por cuenta de otras empresas durante el tiempo en que se produjo la mora de la empleadora en su deber de reincorporación. [Vid., STSJ de Canarias/Tenerife, de 10 de julio de 2013, rec. núm. 766/2012 (NSJ049518), casada y anulada por esta sentencia].

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 46.2.

Código Civil, arts. 1.100 y 1.101.

PONENTE:

Doña Milagros Calvo Ibarlucea.

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don JESUS GULLON RODRIGUEZ

Don JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ

Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Doña MILAGROS CALVO IBARLUCEA

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Febrero de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil OBRAS Y SERVICIOS ISLA PALMA, S.L., contra de la sentencia dictada el 10 de julio de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife), en recurso de suplicación n.º 766/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife, en autos núm. 168/2011, seguidos a instancias de D. Miguel frente a CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA S.L., Amadeo Y OBRAS Y SERVICIOS ISLA PALMA, S.L.

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 28 de marzo de 2012 el Juzgado de lo Social n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando en parte la demanda formulada por DON Miguel, contra las empresas OBRAS Y SERVICIOS ISLA PALMA, S.L. y CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA, debo declarar y declaro el derecho del actor a ser reincorporado por las empresas demandadas en las vacantes existentes, de igual o similar categoría a la suya, condenando, solidariamente, a dichas demandadas a estar y pasar por esta declaración, así como a que indemnicen al actor en

la la cantidad de 30.272,16 euros, más la que resulte hasta la efectiva reincorporación, en concepto de indemnización de daños y perjuicios."

Segundo.

Con fecha 11 de mayo de 2012, se dicta Auto de Aclaración cuya Parte Dispositiva literal decía: "Aclarar el Fallo de la sentencia número 134/2012, respecto a la omisión de la absolución de Don Amadeo, quedando intacto el resto de pronunciamientos y el Fallo de la siguiente manera: "(...) FALLO: Que estimando en parte la demanda formulada por DON Miguel, contra las empresas OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL y CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNANDEZ VENTURA, SL y contra DON Amadeo, debo declarar y declaro el derecho del actor a ser reincorporado por las empresas demandadas en las vacantes existentes, de igual o similar categoría a la suya, condenando, solidariamente, a dichas demandadas a estar y pasar por esta declaración, así como a que indemnicen al actor en la cantidad de 30.272,16 euros, más la que resulte hasta la efectiva reincorporación, en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Todo ello con la absolución de Don Amadeo . (...).".

Tercero.

En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:" PRIMERO- El demandante, D. Miguel, ha prestado servicios para la empresa OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, desde el 23 de julio de 1996, con la categoría profesional de Oficial 1ª, debiendo percibir un salario mensual prorrateado a fecha de abril de 2010, de 1.262,34 euros. SEGUNDO- El actor inició su relación laboral con la empresa CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA, SL, mediante la suscripción de un contrato de trabajo temporal, para obra o servicios, de fecha 23.07.96, para prestar servicios en la obra de restauración la Quinta Verde (3ª Fase), como Peón albañil. En fecha 25.02.98, el contrato de trabajo pasó a ser indefinido. TERCERO- En fecha 12 de febrero de 2008 fue subrogado a la empresa OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL. CUARTO- El 13.03.08, el actor, con categoría profesional de Oficial de 1ª Yeso, solicita a la empresa OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, la concesión de excedencia voluntaria por periodo de 2 años, a partir del 1 de abril de 2008, al amparo de lo dispuesto en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores . Por escrito de 15.03.08, la empresa comunica al actor la concesión de la excedencia voluntaria solicitada, por un plazo de dos años con fecha de inicio el 1 de abril de 2008 y finalización el 31 de marzo de 2010. QUINTO- En fecha 2 de octubre de 2008, el demandante remite escrito a OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, del contenido literal siguiente: "Con fecha 13 de marzo de 2008, presente solicitud de excedencia voluntaria en la empresa, la cual me fue concedida desde el 1 de abril del 2008 al 31 de marzo de 2010. No deseando culminar todo el periodo de excedencia, solicito se me conceda la reincorporación en la empresa lo antes posible". El referido escrito fue recibido el mismo día 2 de octubre de 2008, por la empresa CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA, SL, firmando el recibí. En escrito de fecha 14.10.08, OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, responde al trabajador lo siguiente: "Con fecha 2 de octubre de 2008, se ha recibido en esta empresa escrito en el que nos solicita lo siguiente: <<Con fecha 13 de marzo de 2008, presenté solicitud de excedencia voluntaria en la empresa, la cual me fue concedida desde el día 1 de abril de 2008 al 31 de marzo de 2010. No deseando culminar todo el periodo de excedencia, solicito se me conceda la reincorporación en la empresa lo antes posible>>. Lamentamos comunicarle que en la actualidad esta empresa no tiene vacantes disponibles para su reincorporación a la misma". SEXTO- Por escrito de fecha 15 de marzo de 2010, el demandante solicita a OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, su reincorporación al trabajo, siendo del siguiente tenor literal: "Don Miguel, con DNI n.º NUM000, como trabajador de la empresa OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, con categoría de Oficial de 1ª de Yeso, mediante la presente, EXPONE: Que el pasado 13 de marzo de 2008 solicitó a la Empresa Obras y Servicios IslaPalma, SL, una excedencia voluntaria de 2 años (se adjunta copia). Que la empresa Obras y Servicios IslaPalma, SL, me contesta favorablemente a dicha solicitud, indicándome que la excedencia finalizará el 31 de marzo de 2010 (se adjunta copia). Que me dirijo a ustedes con la antelación suficiente para que tengan en cuenta mi reincorporación el próximo 1 de abril. Por todo ello, SOLICITA: Se tenga en cuenta el presente escrito y se me conteste por la misma vía confirmando la fecha y el centro de trabajo donde debo reincorporarme". En fecha 26 de marzo de 2010, la empresa comunica al actor lo siguiente: "Habiendo solicitado su reincorporación una vez finalizado el periodo de excedencia y de acuerdo con el apartado 3 del Art. 89 del vigente convenio General de la Construcción, rogamos aporte la siguiente documentación: vida laboral. Y en la misma fecha, 26 de marzo de 2010, OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, comunica al actor lo siguiente: "En relación a su escrito de 15 de marzo de 2010, por el que solicita su reincorporación a la empresa, con fecha de 1 de abril, tras una excedencia voluntaria, le comunico que en la actualidad no existe en la plantilla de la empresa plaza de igual o similar categoría a la suya, por lo que no es posible su reincorporación en la fecha solicitada". La referida comunicación fue recibida por el trabajador el 29 de marzo de 2010, haciendo constar "no conforme". En fecha 30 de marzo de 2010, OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, remite otro escrito al trabajador del tenor literal siguiente: "Según conversaciones telefónicas mantenidas se reitera que, en relación a su solicitud de reincorporación a la empresa, en la actualidad no existe en la plantilla de la empresa plaza de igual o similar categoría a la suya, por lo que no es

posible su reincorporación en la fecha solicitada, con independencia de su derecho a una futura incorporación, de producirse alguna vacante adecuada. A su vez le recordamos la solicitud realizada para que aporte el documento de Vida Laboral". Escrito recibido por el trabajador el 5 de abril de 2010, haciendo constar "no conforme". Remite nuevas solicitudes de reincorporación al trabajo el 28/03/10, 30/09/10, 03/12/10. El 22 de diciembre de 2010, OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, comunica al actor lo siguiente: "En relación a su carta fecha el 3 de diciembre de 2010, solicitando la reincorporación a la empresa, le comunico que su petición ha sido examinada y resuelta en el Juicio por Despido n.º 479/2010, seguido ante el Juzgado de lo Social número Siete, en el que Ud. Ha interpuesto Recurso de Suplicación contra la sentencia dictada por dicho Juzgado, que desestima su demanda. En consecuencia, estando la cuestión nuevamente suscitada por Ud., pendiente de la sentencia que dicte el Tribunal Superior de Justicia, esta empresa se someterá al pronunciamiento del referido Tribunal, sin que, por otro lado, las circunstancias examinadas en dicho procedimiento judicial hayan sufrido modificación alguna, que habilite decisiones distintas". SÉPTIMO- Obras y Servicios IslaPalma, SL, se constituyó el 4 de agosto de 2006, con domicilio social en C/Virgen de la Luz, 54 de Santa Cruz de La Palma. En su objeto social se incluye la actividad de construcción. Su capital social asciende a 6.100 euros. Son administradores solidarios Don Jose Carlos, Doña Elsa, Don Jose Ignacio y Don Jose Antonio . OCTAVO- En marzo de 2010, OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, tenía en alta a 40 trabajadores, de los cuales 13 con contratos temporales. En el mes de mayo de 2010, tenía en alta a 44 trabajadores, de los cuales 17 con contratos temporales. En el mes de junio de 2010, tenía en alta 41 trabajadores, de los cuales 19 con contratos temporales. En julio de 2010, 43 trabajadores, de los cuales 22 con contratos temporales. En agosto de 2010, 41 trabajadores, de los cuales 20 con contratos temporales. En septiembre de 2010, 38 trabajadores, de los cuales 19 con contratos temporales. En octubre, 38 trabajadores, de los cuales 21 con contratos temporales. En noviembre de 2010, 30 trabajadores, de los cuales 10 con contratos temporales. En diciembre de 2010, 30 trabajadores, de los cuales 11 con contratos temporales. NOVENO- A fecha 23 de julio de 2010, constan de alta en la empresa OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, cinco trabajadores temporales, con fecha de alta que se indica a continuación: - 15.04.10, un trabajador. - 24.05.10, dos trabajadores. -19.07.10, dos trabajadores. DÉCIMO- El actor, a partir de la fecha de excedencia voluntaria ha venido prestando servicios para las siguientes empresas: -Del 23.04.08 al 30.09.09, en virtud de contrato de trabajo temporal en Construcciones Dorador, SL, que tiene por objeto social la realización de trabajos de decoración y de revestimientos de exteriores e interiores de edificios, la contratación y ejecución de toda clase de obras públicas y privadas. -Del 16.10.08 al 19.12.08 y desde el 07.01.09, en virtud de contratos de trabajo temporal en la empresa Construcciones y Excavaciones Los Volcanes, SL, que tiene por objeto social la actividad de la construcción en el más amplio sentido; la fabricación, representación y comercialización de materias con destino a la construcción; mantenimiento de jardines y deforestación, ya se trate de bienes de la propia compañía o de terceros, tanto de personas físicas como jurídicas, públicas o privadas, pudiendo realizar por tanto obras y servicios estatales actividad de gestión de residuos, entendiéndose como "residuos" cualquier sustancia u objeto del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse, en todo caso, tendrán esta condición. UNDÉCIMO- CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA, SL, fue constituida el 31 de enero de 1992, teniendo su domicilio social en la C/Virgen de la Luz, 49, Santa Cruz de La Palma, su capital social ascendía a 300.504,32 euros, dividido en 500 participaciones de 601,01 euros, de valor nominal cada una, de las cuales 380 eran de titularidad de Don Amadeo y Doña Luisa y 120 de sus hijos Don Jose Carlos, Doña Elsa, Don Jose Ignacio y Don Jose Antonio, con 30 participaciones cada uno. Constituye su objeto social, entre otros, la promoción y construcción de edificaciones de cualquier naturaleza. Hasta el 6 de agosto de 2008, eran administradores solidarios Don Amadeo y Doña Luisa, y apoderados por tiempo indefinido, sus hijos, Don Jose Carlos, Doña Elsa, Don Jose Ignacio y Don Jose Antonio . Mediante escritura de fecha 6 de agosto de 2008, Don Jose Carlos, Doña Elsa, Don Jose Ignacio y Don Jose Antonio, donan a sus padres Don Amadeo y Doña Luisa, sus respectivas participaciones, quedando estos como únicos socios, y Don Amadeo como Administrador único. DUODÉCIMO- En el año 2010 CONSTRUCCIONES Y REPARACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA, SL, contaba con los siguientes trabajadores: Abril/10: 72 trabajadores, de los cuales 62 con contratos temporales. Mayo/10: 71 trabajadores, de los cuales 51 con contratos temporales. Junio/10: 61 trabajadores, de los cuales 41 con contratos temporales. Julio/10: 59 trabajadores, de los cuales 38 con contratos temporales. Agosto/10: 64 trabajadores, de los cuales 40 con contratos temporales. Septiembre/10: 69 trabajadores, de los cuales 49 con contratos temporales. Octubre/10: 68 trabajadores, de los cuales 49 con contratos temporales. Noviembre/10: 72 trabajadores, de los cuales 51 con contratos temporales. Diciembre/10: 68 trabajadores, de los cuales 49 con contratos temporales. DECIMOTERCERO- CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA, SL, ejecutaba con OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, obras tanto en Tenerife como en La Palma, habiendo suscrito contrato el 14/07/09 para la obra "Reparación cubierta Iglesia Parroquial San Blas" en el termino municipal de la Villa de Mazo; y en fecha 28/10/09, para la obra "Centro Cultural de Genovés", en el término municipal de Garachico. En las diferentes obras, los trabajadores recibían órdenes por parte de una u otra empresa, usando el mismo material, coincidiendo los uniformes de trabajo. DECIMOCUARTO- El Juzgado de lo Social N.º 5 de Santa Cruz de Tenerife, dicto sentencia, de fecha 3 de diciembre de 2008, en los Autos 758/08, sobre tutela de libertad sindical, en cuyo fallo condena a ambas empresas por estimar la existencia de grupo empresarial, confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, de fecha 29 de septiembre de 2009 . Se da por

reproducido el contenido de la referida sentencia aportada por fotocopia por la parte actora. DECIMOQUINTO- Por el Juzgado de lo Social N.º 7 de Santa Cruz de Tenerife, se dictó sentencia en procedimiento por despido seguido entre las mismas partes, de fecha 26 de octubre de 2010, desestimando la demanda formulada absolviendo a las empresas codemandadas, confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, de fecha 1 de diciembre de 2011 . Se da por reproducido el contenido de la referida sentencia aportada por fotocopia por la parte actora. DECIMOSEXTO- Con fecha 10 de febrero de 2011, se celebró en el SEMAC el preceptivo acto de conciliación que termino sin avenencia respecto a OBRAS Y SERVICIOS ISLAPALMA, SL, e intentado sin efecto respecto a Teofilo y CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA SL."

Cuarto.

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de la entidad mercantil OBRAS Y SERVICIOS ISLA PALMA, S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, la cual dictó sentencia en fecha 10 de julio de 2013, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por OBRAS Y SERVICIOS ISLA PALMA, S.L. contra la Sentencia 00134/2012, de 28 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife sobre Reclamación de Cantidad, la cual confirmamos íntegramente."

Quinto.

Con fecha 11 de septiembre de 2013 se dicta Auto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "LA SALA ACUERDA: Completar la Sentencia de fecha 10 de julio de 2013, añadiendo un nuevo Fundamento de Derecho con el siguiente tenor literal: <<TERCERO BIS- Al amparo de lo establecido en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social, recurre la representación de la entidad Obras y Servicios Isla Palma S.L. por infracción de los arts. 1101 y 1106 del Código Civil, pretendiendo que le sean descontados los salarios que obtuvo del trabajo para otra empresa, así como las prestaciones por desempleo.

Consta en el relato fáctico que el actor solicitó la excedencia el 1 de abril de 2008 y que la reincorporación tenía que haberse producido el 31 de marzo de 2010. sin haber transcurrido dicho período, tal y como se indicó en el fundamento segundo de la sentencia, solicitó el reingreso, el cual fue reiterado el 15 de marzo de 2010.

Según se acredita en la sentencia de instancia, a fecha de la reincorporación el actor mantenía su derecho a ser reingresado por la empresa en las vacantes e igual o similar categoría a la suya, vacantes que se estimaron existentes. Por lo tanto, al existir plazas, la empresa tenía que haberlo reincorporado, creando la misma una situación ilegítima de la que no puede salir beneficiado por ello, estando bocado el demandante a trabajar por esa situación antijurídica creada por la empresa, sin que ello suponga perder el derecho a la indemnización que se le ha reconocido, aunque sea parcialmente, como interesa la recurrente.

Todo ello nos lleva a desestimar el motivo y confirmar la sentencia de instancia.>>."

Sexto.

Por la representación procesal de la entidad mercantil OBRAS Y SERVICIOS ISLA PALMA, S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, de 3 de junio de 2008 (R. 1546/2008) y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 25 de noviembre de 2008 (R. 705/2008).

Séptimo.

Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el presente recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe considerado el recurso parcialmente procedente. E instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 28 de enero de 2015, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El demandante inició el 1-4-2008 situación de excedencia voluntaria por dos años hasta el 1-4-2010. El 2-10-2008 solicitó la reincorporación lo antes posible a lo que la empresa responde que carece de vacantes. El 15 de marzo de 2010 el trabajador solicita la reincorporación para la fecha prevista de finalización de la excedencia, recibiendo contestación negativa por carecer de vacante igual o similar, al tiempo que se le reclama la aportación del documento de vida laboral. Formuladas nuevas solicitudes el 28-3-2010, el 30-9-2010 y el 3-12-2010, el 22-12-

2010 la demandada contesta al actor que hallándose pendiente del recurso de Suplicación la sentencia que había desestimado la demanda por despido, la empresa se someterá a lo que resulte. El actor ha prestado servicios para diferentes empresas dedicadas a la construcción durante el tiempo de excedencia. Impugnada la denegación de reincorporación el Juzgado de lo Social estimó la demanda, declaró el derecho a ser reincorporado en las vacantes existentes y condenó a indemnizarle en 30.272,16 euros, resolución que fue confirmada en suplicación. Recurre la demandada en casación para la unificación de doctrina, formulando dos motivos de contradicción para lo que ofrece sendas sentencias de contraste, dictadas respectivamente el 3-6-2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid y la dictada el 25- 11-2008 por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Segundo.

El primer motivo, referido al régimen legal aplicable a la excedencia del actor, y si el mismo se corresponde con el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores o con el artículo 89.3 del Convenio Colectivo del Sector de la construcción, sustenta su viabilidad procesal en la contradicción alegada con la sentencia de 3-6-2008 del TSJ de Madrid.

En la sentencia de comparación la trabajadora había disfrutado de una excedencia durante la cual había prestado servicios para otras empresas del sector de la construcción, como lo era la demandada. Al solicitar la reincorporación ésta le es denegada debido a su actividad en el sector de la construcción, atendiendo a las previsiones del Convenio del sector. La sentencia referencial razona que al no constar que la excedencia se concediera en otras condiciones que no sean las del Convenio colectivo de la Construcción que eximieran a la demandante de cumplir sus exigencias, consistentes en no prestar servicios en empresas dedicadas a la construcción, ni un cambio de criterio en la empresa o e una condición más beneficiosa, deberá entenderse que se produjo la válida extinción de la relación laboral.

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, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007), 24 de junio de 2011, R. 3460/2010, 6 de octubre de 2011, R. 4307/2010, 27 de diciembre de 2011, R. 4328/2010 y 30 de enero de 2012, R. 4753/2010 .

Por otra parte, la contradicción no surge 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 28 de mayo de 2008, R. 814/2007 ; 3 de junio de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, 2637/2007 y 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009, 3014/2007 y 1138/2008), 4 de octubre de 2011, R. 3629/2010, 28 de diciembre de 2011, R. 676/2011, 18 de enero de 2012, 1622/2011 y 24 de enero de 2012 R. 2094/2011 .

No cabe establecer entre ambas resoluciones, el requisito de contradicción en los términos exigidos por el artículo 219 de la L.J .S. En la sentencia recurrida el actor solicita la excedencia al amparo el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores a lo que la empresa accede sin restricción alguna o invocación del artículo 89 del Convenio Colectivo el sector de la Construcción. Cuando el actor insta el reingreso la denegación viene exclusivamente fundada en la falta de vacantes sin mención de ninguna otra causa, en ninguna de las varias comunicaciones remitidas al actor. Por el contrario en la sentencia referencial la denegación de reincorporación dirigida por la empresa viene fundada como causa única en que el trabajador ha estado prestando servicios para empresas del ramo de la construcción, sin que conste la previa remisión de las partes al régimen estatutario general.

La ausencia del requisito de la contradicción en el trámite de dictar sentencia determina la desestimación del motivo, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal.

Tercero.

El segundo motivo se dirige a la censura jurídica sobre la interpretación de los artículos 1101 y 1106 de la L.J .S.. Lo cierto es que la sentencia hubo de ser complementada a petición de la parte hoy recurrente mediante

Auto de 11-9-2013 al haber omitido todo razonamiento y decisión respecto del motivo de suplicación cuya fundamentación era coincidente con lo que ahora se examina, relativo al cómputo de la indemnización descontando lo percibido por cuenta de otras empresas desde el momento en el que finalizada la excedencia se deniega al actor la reincorporación, así como las prestaciones por desempleo

El citado Auto acuerda añadir a la redacción de la sentencia un fundamento de Derecho, el Tercero Bis con el siguiente texto: "Según se acredita en la sentencia de instancia, a fecha de la reincorporación el actor mantenía su derecho a ser reingresado por la empresa en las vacantes e igual o similar categoría a la suya, vacantes que se estimaron existentes. Por lo tanto, al existir plazas, la empresa tenía que haberlo reincorporado, creando la misma una situación ilegítima de la que no puede salir beneficiado por ello, estando bocado el demandante a trabajar por esa situación antijurídica creada por la empresa, sin que ello suponga perder el derecho a la indemnización que se le ha reconocido, aunque sea parcialmente, como interesa la recurrente.

Todo ello nos lleva a desestimar el motivo y confirmar la sentencia de instancia.", sin que ello altere la parte dispositiva y sin que se haga mención alguna del trabajo prestado en otras empresas.

Para este motivo, la recurrente ofrece como sentencia contradictoria la dictada el 25-11-2008 por el T.S.J. de Cantabria.

La sentencia propuesta para la contradicción resolvió acerca de una reclamación de excedencia voluntaria formulada por quien había visto rechazada su petición de reingreso, formulada en tiempo oportuno, alegando la empresa falta de vacantes.

La demanda sobre reingreso e indemnización no se formuló hasta el 17 de octubre de 2006 y el actor durante ese tiempo prestó servicios por cuenta de dos empresas sucesivamente, del 21-11-2005 y del 19-6-2006 para la segunda hasta el 4-10-2006. Se desconoce el fallo de la sentencia del Juzgado de lo Social, que no ha sido reflejado en la de suplicación, pero en ella se da noticia de que ambas partes recurrieron y si bien no se especifica que motivos planteó cada una por su resultado hemos de colegir que el desestimar el recurso el trabajador y estimar en parte el de la empresa y que la revocación de la sentencia de instancia consiste en excluir de la obligación de ingresar en el plan de pensiones de la compañía los periodos comprendidos entre el 21-11-2005 y el 24-5-2006 y del 19-6-2006 al 4-10-2006, hay que entender que el quinto motivo pertenece al recurso de la empresa, que se supone había sido condenada a ingresar unas cantidades en el plan de pensiones por un periodo que se desconoce. El fundamento de Derecho quinto que resuelve el quinto motivo cita como infringidos los artículo 46.6. del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 1100 y 1101 del Código Civil. En el cuarto de sus fundamentos destaca que la obligación dineraria contraída es indemnizatoria y no salarial al no satisfacer una prestación de servicios sino el incumplimiento de la obligación de readmitir y por ello la indemnización debe ser cifrada, normalmente con arreglo a los salarios que el trabajador habría devengado de haber sido oportunamente atendida su petición.

No se contempla en la sentencia de contraste una petición de deducción de prestaciones por desempleo de donde resulta que la contradicción no puede establecerse en cuanto a ese extremo limitándola a comparar lo resuelto respecto a cantidades percibidas por la prestación de servicios.

Cuarto.

Por otra parte y en cuanto a la deducción de cantidades por periodos de servicios prestados para otras empresas no cabe obviar el contenido del fundamento de Derecho Primero de la sentencia recurrida ya que solicitada por la hoy recurrente la modificación del hecho probado décimo a fin de sustituir la actual redacción del párrafo para añadir el inciso del 7-01-2009 al 18- 03-2011, por ser el apartado en el que se relata la actividad desempeñada por el actor por cuenta de otra empresa, su inclusión se rechaza por ser intrascendente para el Fallo, una vez expresado que la modificación interesada se apoya en la vida laboral del actor. Con ello nos encontramos ante un hecho cuya incorporación no se rechaza por falta de prueba sino con base en un valoración que a juicio de la Sala carecía de trascendencia. Lo cierto es que no es así pues como se ve es el presupuesto para avalar una posible reducción de la indemnización solicitada. Es reiterada la posición de la Sala acerca de las consecuencias de haber negado relevancia la sentencia objeto de impugnación a unos hechos que por otra parte se considera acreditados, de suerte que ello no impide que sea apreciada en casación pasando el hecho el que ahora se dota de trascendencia a integrar el presupuesto fáctico permitiendo que la valoración (así se desprende de la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 19/02/1994.(R.283/1993), 18/4/1995 (R.1559/1994), 22/5/1996.(R.3602/1995), 26/06/1999(R.3439/1999), 28/06/2006 (R.C.U.D . 428/2005) jurídica opere sobre el mismo. En el presente recurso la acreditación de un periodo trabajado, hasta el 18- 3-2011, se torna relevante y permite establecer la contradicción con la sentencia referencial al contar ambas resoluciones con la prueba del periodo trabajado. A partir de este escenario las normas que el Código Civil dedica a lo largo de los artículos 1001 a 1106 no permiten declarar la existencia de un perjuicio durante todo el tiempo en que se produjo la mora de la empresa en su deber de reincorporación por lo que se deberá recordar la doctrina de esta Sala al respecto entre cuyos exponentes cabe citar la S.T.S. de 14-3-1995 (R.C.U.D. 1300/1994) resumida en los siguientes términos: "Abordando directamente el concreto tema litigioso aquí planteado, la sentencia de 28 de

febrero de 1989, con cita de otras anteriores (TS 17-10-84, 11-3-86, 27-10-88), considera que el daño o perjuicio a indemnizar se presume por la mera constatación de que el trabajador no obtuvo "ganancias por su trabajo", y debe ser compensado con los salarios correspondientes "desde que se reclamó judicialmente el derecho a la citada reincorporación"; esta fijación de la indemnización por vía de presunción -continúa la misma sentencia- admitiría la prueba en contrario de la existencia del daño si la empresa demostrare el hecho impeditivo de la obtención por parte del trabajador de "ganancias por su trabajo por cuantía equivalente al salario que hubiera percibido de haberse producido la reincorporación de manera tempestiva". Este sistema de fijación de la indemnización ha sido luego aceptado en la sentencia de 26 de junio de 1990, con la matización de que el 'dies a quo' para el cálculo de la indemnización por ganancias dejadas de percibir se adelanta, en su caso, desde el momento de la reclamación judicial al momento anterior de iniciación del trámite preceptivo de evitación del proceso (conciliación o reclamación administrativa previa).

Sexto.

La doctrina jurisprudencial expuesta puede ser resumida en los siguientes puntos: 1) se presume que la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios; 2) la cuantía de la indemnización se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento de la empresa desde la conciliación o reclamación administrativa previas a la reclamación judicial, o desde esta última si por una u otra razón se ha interpuesto antes; 3) corresponde al trabajador la acreditación de daños y perjuicios superiores que considere se han producido; y 4) corresponde al empresario la acreditación de los hechos impeditivos de las indemnizaciones reclamadas."

Dada la analogía sustancial entre la doctrina enunciada y el supuesto sujeto a decisión, deberá entenderse que la Sentencia de contraste aplicó la buena doctrina y en su virtud procede unificar lo resuelto excluyendo del cálculo de la indemnización, por el perjuicio causado, el periodo comprendido entre el 1-4-2010 y el 18-3-2011 correspondiente al de servicios prestados por cuenta de otra empresa.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil OBRAS Y SERVICIOS ISLA PALMA, S.L., contra de la sentencia dictada el 10 de julio de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife), en recurso de suplicación n.º 766/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 28 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife, en autos núm. 168/2011, seguidos a instancias de D. Miguel frente a CONSTRUCCIONES Y RESTAURACIONES MIGUEL HERNÁNDEZ VENTURA S.L., Amadeo Y OBRAS Y SERVICIOS ISLA PALMA, S.L. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación estimamos en parte el recurso de igual naturaleza, reduciendo el importe de la indemnización reconocida de la que deberá deducirse el período comprendido entre el 1-4-2010 y el 18-4-2011, manteniendo el resto de sus pronunciamientos, sin que haya lugar a la imposición de las costas en este recurso ni en el de suplicación y ordenando la devolución de los depósitos constituidos para recurrir así como de la parte correspondiente de las cantidades consignadas dando al resto el oportuno destino legal.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.