



Roj: **STSJ M 8742/2019 - ECLI: ES:TSJM:2019:8742**

Id Cendoj: **28079340042019100609**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **26/09/2019**

Nº de Recurso: **141/2019**

Nº de Resolución: **767/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ENRIQUE JUANES FRAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 04 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27, Planta 3 - 28010

Teléfono: 914931953

Fax: 914931959

34016050

**NIG:** 28.079.00.4-2015/0016190

**Procedimiento Recurso de Suplicación 141/2019 C**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid Procedimiento Ordinario 363/2015

**Materia:** Reclamación de Cantidad

**Sentencia número: 767/2019**

**Ilmos. Sres**

Dña. MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

D. ENRIQUE JUANES FRAGA

Dña. ANA M<sup>a</sup> ORELLANA CANO

En Madrid a veintiséis de septiembre de dos mil diecinueve habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 4 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

**EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el Recurso de Suplicación 141/2019, formalizado por el Letrado D. IVAN GAYARRE CONDE en nombre y representación de VODAFONO ONO SAU y otros 3, contra la sentencia de fecha 26/10/2018 dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 363/2015, seguidos a instancia de D. Domingo frente a VODAFONO ONO SAU, GRUPO CORPORATIVO ONO SA, CABLEEUROPA SA y VODAFONE HOLDINGS EUROPE SL y ONO MIDCO SA, en reclamación por Reclamación de Cantidad, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. ENRIQUE JUANES FRAGA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*"PRIMERO. - El demandante D. Domingo , con DNI NUM000 , ha prestado servicios por tiempo indefinido, a jornada completa, para la empresa demandada CABLEUROPA S.A.U., del sector del metal, desde el 19 de abril de 2010, mediante suscripción de un contrato de alta dirección al amparo de lo que norma el RD 1382/1985, de 1 de agosto, para desempeñar el puesto de trabajo de Director General Financiero de CABLEUROPA S.A.U.*

*SEGUNDO.- La demandada CABLEUROPA, S.A.U. es una empresa dedicada con carácter principal a la prestación de servicios de radiodifusión televisiva y sonora, telefonía y acceso a internet, así como al desarrollo de actividades y prestación de otros servicios audiovisuales de telecomunicaciones y telemáticos o interactivos. Esta sociedad ha cambiado de denominación, pasando a llamarse VODAFONE ONO S.A.*

*VODAFONE HOLDING S.A. (anteriormente GRUPO CORPORATIVO ONO S.A.) es una sociedad titular de las acciones de ONO MIDCO S.A.U., que se dedica fundamentalmente a la construcción, instalación, gestión y explotación de cualquier tipo de redes de telecomunicaciones, así como a la prestación de todo tipo de servicios de telecomunicaciones.*

*Es pacífico que ambas mercantiles constituyen unidad de empresa a los efectos laborales respecto al demandante.*

*TERCERO. - Por el desempeño de sus cometidos como Director General Financiero, el actor percibió en los últimos doce meses trabajados un salario bruto anual fijo de 306.874,53 euros. Además, tiene reconocido en el contrato, como parte de su salario anual, una retribución variable denominada **bonus no consolidable**, determinada en función del cumplimiento de objetivos establecidos por la Compañía y siempre que se finalice el año natural correspondiente como empleado de la empresa (contrato de trabajo, folio 204 vuelta). En el año 2014, la empresa determinó que el actor tendría derecho a percibir un total de 132.500 euros, caso de alcanzar el 100% de los objetivos fijados y que fueron aprobados cuando se estableció la cuantía del bonus para 2014.*

*CUARTO.- También tiene el demandante reconocido desde julio de 2013, el llamado **Plan Titanium** inicialmente basado en el desempeño, que posteriormente se convirtió en un plan vinculado exclusivamente a la permanencia, habiéndose fijado por la Consejera Delegada y el Consejero Director Financiero la exigencia de permanecer activo en la compañía doce meses tras el cierre de la venta siempre que sea anterior al 31 de diciembre de 2105, en caso contrario hasta el 31/12/15, quedando excluidos del derecho al cobro aquellos partícipes que hubieran sido despedidos mediante despido disciplinario procedente. Por comunicación de 21-02-2014, de Dña. María Inmaculada a la sazón Consejera Delegada de la demandada se asigna al actor por dicho Plan la suma de 936.000 euros (folios 251 al 254).*

*QUINTO. - De la misma manera se señala en el contrato de trabajo suscrito que ONO hará partícipe al actor de un incentivo a 3 años sujeto al valor de la Compañía, cuyas características se plasmarán en anexo contractual, una vez sean aprobadas en el Consejo de Administración. Con fecha 22 de junio de 2011, la Junta General de Accionistas de GRUPO CORPORATIVO ONO S.A., decidió aprobar la aplicación de un plan de retribución variable que toma como referencia el valor de las acciones de la sociedad denominado, **LTIP** (folios 257 y 258). Dicho plan que se denominaba "Plan extraordinario de retribución variable ligada a la revalorización de la acción de ONO" o LTIP, había sido aprobado por el Consejo de Administración en sesión celebrada el 25 de mayo de 2011, dentro de la política retributiva de altos cargos, administradores y ejecutivos de la demandada y regulaba las condiciones de su devengo en el Reglamento del citado plan, cuyo contenido se tiene por reproducido en aras a la brevedad (folios 260 al 267). Este Plan LTIP se basaba en la revalorización del precio de las acciones de la Compañía y se retribuía en función de la diferencia entre el valor inicial de referencia de las acciones al momento de concertarse el plan y el valor final de referencia en la venta de la mayor parte de las acciones. El Plan se reconoció sólo a cuatro directivos: el Presidente del Consejo de Administración, la Consejera Delegada, el demandante Sr. Domingo - Director General Financiero- y el Director General de Residencial. A dicho Plan se añadió un Anexo III que fue aprobado por el Consejo de Administración del Grupo Corporativo el 9 de julio de 2014 (folios 269 al 271), en el que se fija el importe de los incentivos LTIP para cada uno de los directivos partícipes, estableciendo para el actor el importe de 8.849.812 euros.*



**SEXTO.** - Además de esta retribución variable, el Consejo de Administración en sesión celebrada el 13 de marzo de 2014, decidió "la aplicación y puesta en marcha de un plan de incentivos, en concreto el denominado "**bonus especial**" de reconocimiento por el trabajo y la contribución al desarrollo y beneficio de la sociedad durante los últimos años" que procede de una cantidad del LTIP, no devengada por uno de los cuatro directivos que lo tenían asignado. En virtud de ello, el 23 de julio de 2014 el actor recibió una comunicación en la que con remisión al citado acuerdo se le informaba de que por el Bono Especial le correspondía la suma de 3.699.038 euros (folio 279).

**SEPTIMO.**- El 17 de marzo de 2014, tuvo lugar la venta del 100% del capital social de ONO a VODAFONE. El 23 de julio de 2014 se perfeccionó la venta mediante elevación a pública de la operación de venta de las acciones por importe de 7.200 millones de euros.

**OCTAVO.** - En acta de la reunión del Consejo de Administración del grupo corporativo celebrada el 9 de julio de 2014, se establece que al Sr. Domingo le corresponde percibir en concepto de retribución LTIP, la suma de 8.849.812 euros. Para devengar dicha suma se establecía la condición de permanecer prestando servicios en la compañía durante los tres meses siguientes a la fecha en que se produjera la venta de la mayor parte del capital social (el denominado "evento de liquidez").

**NOVENO.** - Por carta de fecha 22 de octubre de 2014, recibida por el demandante mediante burofax el 27 de octubre, la demandada comunicó al actor la extinción del contrato basada en causa disciplinaria por haber incurrido en conductas constitutivas de trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de sus cometidos manifestada a través de una conducta continuada de negligencia en la gestión y ocultación y tolerancia de graves irregularidades con la finalidad de lograr un enriquecimiento personal. Dicho despido fue impugnado judicialmente y turnada la demanda al Juzgado de lo Social nº 35 de los de Madrid, autos 1319/14, habiendo recaído sentencia de fecha 4 de noviembre de 2015, que estima la pretensión. Dicha resolución fue recurrida en suplicación. El 7 de octubre de 2016, el TSJ de Madrid dictó sentencia (RSU 617/16), que revocando la de instancia, declara la procedencia del despido del demandante. En esta resolución la Sala fija el 27 de octubre de 2014, como fecha de efectos extintivos del despido, día de notificación de la carta al actor "al no haberse demostrado que actuara deliberadamente para obstaculizar su recepción, máxime cuando si no pudo llevarse a cabo su entrega personalmente fue porque se la había exonerado de prestar servicios en escrito de 17 de septiembre anterior".

**DECIMO.** - El demandante reclama el abono de la suma de 12.681.350 euros, en concepto de retribución variable distribuida en los siguientes conceptos:

I.- LTIP: 8.849.812 euros

II.- Bonus Especial: 3.699.038 euros

III.- Bonus 2014: 132.500 euros

**UNDECIMO.** - La empresa Cableuropa S.A.U. tiene interpuesta una demanda de responsabilidad social ante la jurisdicción mercantil contra D. Mauricio (Consejero ejecutivo y Presidente del Consejo de Administración), el demandante D. Domingo (Consejero ejecutivo y Director General Financiero) y Dña. María Inmaculada (Consejera Delegada). En dicha demanda reclama la indemnización por daños y perjuicios de 140,4 millones de euros.

**DUODECIMO.** - Se interpuso la preceptiva papeleta de conciliación ante el órgano competente, en fecha 20 de febrero de 2015, habiendo tenido lugar la celebración del acto el 12 de marzo, con el resultado de "sin avenencia", presentado demanda en fecha 31 de marzo de 2015, que ha sido repartida a este Juzgado el 1 de abril."

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"Con estimación parcial de la demanda interpuesta por D. Domingo, frente a las empresas CABLEEUROPA S.A.U. y VODAFONE HOLDING S.A., en reclamación de cantidad, debo condenar y condeno a las demandadas al abono al actor de la cantidad bruta de 12.548.850 euros, por los conceptos Plan LTIP y Bonus Especial. Cantidad que deberá ser incrementada con el recargo del 10% de interés anual por mora."

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandada VODAFONO ONO SAU y VODAFONE HOLDINGS EUROPE SL, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 15/02/2019, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.



**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurren en suplicación las empresas demandadas VODAFONE HOLDINGS EUROPE S.L. UNIPERSONAL y VODAFONE ONO S.A.U. (antes denominada CABLEUROPA S.A.U.) contra la sentencia de instancia, que estimando parcialmente la demanda del actor ha condenado solidariamente a las demandadas al abono de la cantidad bruta total de 12.548.850 euros, por los conceptos de Plan LTIP (8.849.812 euros) y Bonus especial (3.699.038 euros), cantidad que deberá ser incrementada con el interés anual del 10% por mora. El recurso ha sido impugnado por el demandante.

Los motivos 1º a 3º se destinan a la revisión de los hechos probados, al amparo del art. 193.b) de la LRJS.

En el primer motivo solicita la recurrente la modificación del hecho probado 9º, con el fin de que se añada una transcripción parcial de los fundamentos jurídicos 57º, 65º, 69º, 70º, 72º, 74º y 75º de la sentencia de esta Sala de Madrid de fecha 7-10-16 rec. 617/16, mencionada en el hecho probado impugnado, por la que se declaró la procedencia del despido disciplinario del actor, con estimación del recurso de la empresa y revocación de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid.

No se estima el motivo por lo innecesario de la adición propuesta, ya que el hecho probado da cuenta de la existencia de dicha sentencia, que es pública y obviamente conocida por esta Sala, de la que procede, y puede tenerse en cuenta la totalidad de su contenido sin necesidad de su reproducción en los hechos probados.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo se insta la adición de un nuevo hecho probado 2º bis con el siguiente texto:

*"El 13 de julio de 2011 la consultora PricewaterhouseCoopers (PWC) entregó al Grupo Corporativo ONO, S.A.U. el "Diagnóstico de la exposición al riesgo de comisión de delitos por parte de empleados y administradores" con el objeto de asegurar el cumplimiento de la normativa vigente y prevenir la eventual responsabilidad penal de Grupo Corporativo ONO, S.A.U. Su apartado 5.2.8 se dedicó a los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social.*

*En 2012 el Consejo de administración del Grupo Corporativo ONO aprobó un código ético en que se dice:*

*"el Código es de obligado cumplimiento para todos los que de alguna manera formamos parte del Grupo ONO y en particular para los administradores, directivos y empleados que desempeñan sus funciones en GRUPO CORPORATIVO ONO S.A. y demás sociedades pertenecientes a su grupo empresarial, en especial CABLEUROPA, S.A.U. y TENARIA S.A.*

*(...) En ONO debemos observar un comportamiento ético y evitar actividades que pudieran perjudicar los intereses materiales o el buen nombre de la compañía. Tampoco colaboraremos con terceros en actividades que pudieran perjudicar la confianza en ONO y su reputación.*

*(...) Todos aquellos para los que desde este código es de obligado cumplimiento, somos responsables de conocer y comprender su contenido, así como el de las normas y procedimientos relevantes para nuestra función, responsabilidad y lugar de trabajo, ya que las conductas irregulares o contrarias a los principios de conducta establecidos en el Código podrían acarrear graves consecuencias, además de para el responsable de cometerlas, para la propia compañía.*

*En concreto debemos:*

*-Conocer, entender y cumplir los compromisos de conducta recogidos en el mismo, así como las normas y procedimientos aplicables a su puesto de trabajo.*

*-Contribuir al conocimiento, comprensión y cumplimiento del Código.*

*-Solicitar ayuda en caso de duda a través de los canales establecidos al efecto.*

*-Prestar nuestra colaboración en el buen funcionamiento de los sistemas de control interno implantados por la organización para velar por el cumplimiento del Código Ético y del resto de procedimientos de la organización.*

*Aquellas personas con responsabilidades de administración, directivas o de gestión de equipos en ONO deben, además:*

*-Liderar con el ejemplo.*

*-Colaborar, en su ámbito de responsabilidad, en el conocimiento, comprensión y cumplimiento del Código Ético y las normas y procedimientos en los que éste se asienta.*



*-Prestar su apoyo a aquellas personas que, de buena fe, notifiquen conductas irregulares en las materias contempladas en el Código Ético manteniendo la confidencialidad y protegiéndolas de posibles represalias".*

Cita la recurrente los folios 577, 578, 630, 631 y 632 de las actuaciones, resaltando la existencia en la empresa de un "diagnóstico" elaborado por la consultora PWC el 13-7-11 y un Código ético aprobado por el consejo de administración de Grupo Corporativo ONO, y aunque tales datos son ciertos, no se estima el motivo por su falta de trascendencia en la resolución del recurso, como se razonará en su momento.

**TERCERO.-** En el motivo tercero la recurrente interesa añadir al hecho probado 5º un nuevo párrafo con la redacción siguiente:

*"Si se considera que a partir de junio de 2013 los actos ilícitos del Sr. Domingo que determinaron que su despido disciplinario fuera procedente impedirían exigir el LTIP, sólo le correspondería al Sr. Domingo el importe correspondiente al primer devengo contemplado en el artículo 9.1.1 del Reglamento del LTIP, es decir, un 40% del importe total, que supondría 3.539.924,80 euros para el LTIP y 1.479.615,20 euros para el bonus especial, y que coincide con la cifra máxima que el Consejo de Administración de la Sociedad podría considerar devengado en el caso de que tuvieran lugar determinados supuestos excepcionales recogidos en el párrafo 9.1.2 del Reglamento del LTIP"*

Se citan los folios 683, 684, 701, 702 y 703, de un denominado *"informe pericial sobre cuantificación del devengo del bonus LTIP y bonus especial para alta dirección de ONO"*. Pero el contenido de la redacción propuesta no es sino una valoración jurídica respecto a cómo debería aplicarse el reglamento de la retribución denominada LTIP en un supuesto determinado, y es sabido que la "pericia jurídica" no existe como medio de prueba en nuestro ordenamiento, pues el manejo de los conocimientos jurídicos y su aplicación al caso concreto constituyen el núcleo de la función de los jueces y tribunales, que en tales aspectos no necesitan auxilio pericial alguno, que la ley refiere solamente a la aportación de conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos ( art. 335.1 de la LEC). Por ello se desestima el motivo.

**CUARTO.-** Los motivos restantes se amparan en el art. 193.c) de la LRJS. En el cuarto motivo se alega la infracción de los arts. 6.3, 7, 1305, 1306 y 1124 del Código Civil, en relación con los arts. 5.a) y 54.2.e) del Estatuto de los Trabajadores y el reglamento del LTIP (Long Term Incentive Plan).

Mediante un complejo discurso, en el que se incurre en notables confusiones jurídicas como se verá, la empresa viene a mantener, en definitiva, que el demandante no tiene derecho a la retribución variable debido a la conducta que fue sancionada con el despido, declarado procedente por la sentencia de esta Sala antes mencionada. Sin embargo, el planteamiento de la sentencia de instancia es el correcto: en síntesis, el trabajador cumple los requisitos establecidos en la normativa del LTIP, y por ello es acreedor a dicha retribución, al no haberse estipulado que la conducta que diera lugar a un despido procedente determinará la pérdida del derecho al incentivo, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades que pudieran derivarse de la conducta del actor, a quien la empresa reclama elevadas cantidades en concepto de indemnización por daños y perjuicios en procedimiento civil por su responsabilidad como administrador (hecho probado 11º).

La parte recurrente no discute que el actor cumple los requisitos (1) y (2) reflejados en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia, es decir, que se ha producido el supuesto o evento de liquidez mediante la venta del 100% del capital social de ONO a VODAFONE el 17-3-14 y su elevación a escritura pública el 23-7-14 (1) y que el demandante ha mantenido su relación laboral especial de alta dirección de manera interrumpida desde la aprobación del Plan el 22-6-11 hasta el evento de liquidez que se perfecciona el 23-7-14. Sí cuestiona el requisito (3), al que nos referiremos más adelante.

Es relevante el examen de los argumentos jurídicos expuestos en el recurso y no de las digresiones sobre si el fin justifica los medios o sobre los casos ENRON, WORDLCOM o LEHMAN BROTHERS, de nula incidencia en nuestro proceso. Aunque, dada la insistencia del recurrente en la citada frase, conviene señalar que en el recurso no se explica en ningún momento de qué forma los medios (la conducta del actor merecedora de su despido disciplinario) habrían llevado a la consecución del fin (la obtención de la retribución variable). En realidad, el recurso no menciona ninguna conexión, que ciertamente no puede encontrarse, pues, en síntesis, la conducta del actor consistió en falta de diligencia como directivo de la empresa para advertir y poner coto a una actuación externa de fraude relativo al IVA, impuesto que la empresa finalmente hubo de abonar a Hacienda; y la retribución LTIP se basa en la revalorización del precio de las acciones de la compañía. No se trata, en modo alguno, de un supuesto en el que se haya logrado alcanzar unos determinados objetivos de producción mediante la realización de una conducta torticera.

Sin duda podría haberse pactado o establecido por la empresa que el devengo de una retribución ligada a la revalorización de las acciones quedara eliminado en el caso de despido procedente, pero es claro que ello no



se ha establecido en el reglamento de LTIP ni estipulado en el contrato del actor. El mero hecho de la existencia de un código ético no significa que se carezca del derecho a la retribución variable debido a su infracción, si no se ha establecido así expresamente.

El recurso cita aspectos del reglamento de LTIP que no son de aplicación, puesto que no se han producido las circunstancias previstas. El art. 6 (iii) prevé que el derecho a recibir el incentivo cesa en el momento en que termina la relación laboral o mercantil, salvo despido declarado improcedente, pero este supuesto no ha tenido lugar, pues se refiere a la extinción de dicha relación durante el curso del Plan (anticipadamente, como dice el propio recurso), pero en el caso del actor se ha producido el cumplimiento del evento de realización del Plan - el evento de liquidez, la transmisión de acciones - y es con posterioridad cuando finalizó la relación laboral.

Tampoco guarda relación con este proceso el art. 16 del reglamento de LTIP, que regula la extinción del Plan cuando resulte que a fecha de 31-12-17 no se hubiera producido ningún supuesto de liquidez, lo cual daría lugar a una remuneración parcial en lugar de la completa. En el presente caso sí se produjo ese supuesto, en concreto el 23-7-14, con la mencionada venta de acciones, y así lo reconoció el consejo de administración, atribuyendo incluso al actor en su acta de fecha 9-7-14 la cantidad de 8.849.812 euros, con la condición de seguir prestando sus servicios durante los tres meses siguientes a la venta del capital social (hechos probados 5º y 8º). También el consejo de administración reconoció al actor con fecha 23-7-14 el "bonus especial" que procedía de una cantidad del LTIP no devengada por uno de los directivos que lo tenían asignado, por importe de 3.699.038 euros (hecho probado 6º).

Respecto a la exigencia de buena fe, conforme al art. 7.1 del Código Civil que cita el recurso, ya ha sido aplicada en el proceso de despido, al haber sido declarada su procedencia por transgresión de la buena fe contractual por la conducta negligente del actor. No expone el recurrente en qué forma habría transgredido la buena fe el actor en lo relativo a la obtención de la remuneración LTIP.

Tampoco son asimilables otras argumentaciones del motivo. Dicen las recurrentes que no sostienen la nulidad del contrato de trabajo del demandante ni del reglamento de LTIP, y sin embargo alegan los arts. 1305 y 1306 del Código Civil, que regulan determinadas consecuencias de la nulidad de los contratos por ser ilícita la causa u objeto del contrato. No se alcanza a ver a qué contrato se refiere la recurrente, en el que se habría pactado una causa u objeto ilícitos. Es también confusa la referencia al art. 6.3 del Código Civil, al mantener el recurso que "*los actos unilaterales, graves, culpables, ilícitos y nulos del demandante (los que han motivado su despido disciplinario procedente)*" son nulos de pleno derecho por contravenir el código ético. La conducta del actor no fue constitutiva de infracción de norma imperativa o prohibitiva alguna - obviamente el art. 6.3 del C.C. se refiere a las normas legales - sino de un incumplimiento contractual grave del contrato de trabajo que ya recibió la sanción correspondiente con el despido procedente. Las alusiones a la inmoralidad, torpeza, pena civil de privación, la cita de sentencias del TS de 24-2-14 y 25-3-15 "*sobre un bombero que mintió a su empresa*", la cita de una norma obviamente inaplicable - la ley 10/2014 de 26 de junio - ya que la empresa demandada no es una entidad de crédito, configuran una amalgama de consideraciones, mediante las cuales se intenta persuadir a la Sala, en definitiva, de que el actor no tiene derecho a la retribución variable por su mala conducta. Con esa visión también podría sostener la empresa que el demandante carecía asimismo del derecho a la retribución ordinaria. Se ha de insistir en que si el trabajador cumple los requisitos establecidos en la normativa del LTIP, resulta acreedor a dicha retribución, en aplicación de los arts. 4.2.f) y 26 del ET, al no haberse estipulado que la conducta que diera lugar a un despido procedente determinara la pérdida de aquel derecho.

**QUINTO.-** Por otra parte alega la recurrente el incumplimiento del requisito (3) consistente en la permanencia en la empresa hasta el 23 de octubre de 2014, es decir cumpliendo un plazo de permanencia de tres meses desde el evento de liquidez, producido el 23-7-14, pues sostiene la recurrente que se ha de estar a la fecha de la carta de despido, 22-10-14, con lo que no se habría cumplido el plazo.

También en este punto acierta la sentencia de instancia, al aplicar el efecto positivo de la cosa juzgada, pues la sentencia de esta Sala de Madrid de fecha 7-10-16 rec. 617/16 fijó la fecha de efectos del despido el 27-10-14, día de la notificación al actor, y no en la fecha de emisión de la carta, ya que no se demostró que el actor hubiera actuado deliberadamente para obstaculizar su recepción, máxime cuando no pudo entregarse personalmente la comunicación porque se había exonerado al actor de su prestación de servicios. Es criterio pacífico que, al constituir el despido un acto recepticio, ya que el despido debe ser notificado por escrito al trabajador ( art. 55.1 del ET), el acto empresarial no tiene eficacia hasta la fecha de la notificación de la carta, salvo supuestos de actuación dolosa o gravemente negligente del destinatario intentando evitar la recepción ( sentencia del TS de 23-5-90), de tal forma que a todos los efectos la relación laboral ha subsistido hasta la notificación de la comunicación empresarial, debiendo estarse a esta fecha también para el cálculo de la indemnización y el inicio, en su caso, de los salarios de tramitación.



Por último dentro del motivo cuarto, se mantiene que la condena debería ser reducida teniendo en cuenta la fecha en que comenzó la conducta incumplidora del actor. Tal tesis subsidiaria (aunque en la lógica del recurso debería ser única, al anudar el incumplimiento laboral a la exclusión del devengo) se ha de rechazar toda vez que, como ya se ha expuesto, la conducta que dio lugar al despido declarado procedente no guarda relación alguna con el devengo de la retribución variable aquí controvertida.

Por todo ello se desestima el cuarto motivo.

**SEXTO.-** En el quinto motivo se alega la infracción de los arts. 26 y 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, para sostener que aun en caso de confirmación de la condena principal de la instancia, no debería imponerse el interés por mora, aduciendo para ello que se trata de un supuesto de excepcional singularidad y complejidad en el que se ha seguido un camino procesal tortuoso y complejo. A tal efecto resalta la elevada cantidad litigiosa, la diversidad de cuestiones debatidas - relación laboral especial, teoría del vínculo, incidencia del proceso de responsabilidad seguido por la empresa contra los administradores - así como el dato de la estimación parcial de la demanda, habiendo sido desestimada respecto de otros dos conceptos, sobre los que lógicamente ya no versa el recurso. Añade que el juicio fue señalado inicialmente para el 12-9-16 y que fue objeto de suspensión para el 6-9-17, y ese día nuevamente para el 15-10-18, todo como consecuencia de que se hallaba pendiente el juicio por despido que podía tener influencia sobre el presente proceso. Sostiene igualmente que las circunstancias actuales no son las mismas que cuando se promulgó el ET, respecto a la inflación existente, y que la retribución controvertida no es un "salario con relevancia vital" sino un "bonus millonario" añadido al salario ordinario.

De forma subsidiaria mantiene que al menos debería descontarse del abono de intereses el tiempo en que estuvo suspendido este proceso, de 6-9-17 a 15-10-18, un total de 769 días, con dos suspensiones, el 5-9-16 y el 6-9-17, esta última acordada por la juzgadora dejando sin efecto la vista oral que se estaba celebrando, debido a la complejidad del proceso de despido que se había entablado.

No plantea el recurrente, y por tanto no lo puede tener en cuenta la Sala, la tesis de la exclusión del interés por mora del art. 29.3 del ET debido a la naturaleza de la relación laboral de alta dirección, en la cual solamente se aplican los preceptos del ET cuando exista remisión expresa en el RD 1382/85, como establece su art. 3, lo que conduciría a aplicar el interés legal del dinero y no el del 10% del ET.

Partiendo así de la premisa no cuestionada de la aplicabilidad del art. 29 del ET, pues es pacífica la naturaleza salarial del bonus, se ha de señalar que la jurisprudencia social actual ha abandonado una línea anterior que rechazaba la imposición del interés por mora cuando se trataba de conceptos razonablemente controvertidos en el litigio. De este modo, la sentencia del TS de 14-11-14 con cita de las de fecha 29-4-13 y 18-6-13 se pronuncia en estos términos:

*"(...) Todo ello nos lleva a concluir que, "tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3ET- ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así -consideramos-, tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno ["El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado"]; cuanto por el importante elemento interpretativo -ya aludido- que significan los trabajos parlamentarios previos "para desentrañar el alcance y sentido de las normas" [ SSTC 108/1986, de 29/Julio , FJ 13 ; 109/1998, de 29/Mayo , FJ 2 ; 15/2000, de 20/Enero, FJ 7 ; y 90/2009, de 20/Abril, FJ 6], en los que claramente se pone de manifiesto -en este sentido, la Enmienda 21, de CD- la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación tradicional de la regla "in iliquidis"; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego -la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador- y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado "*

6. En suma, tratándose de créditos estrictamente salariales han de ser compensados con el interés referido en el art. 29.3 ET , se presente o no "comprensible" la oposición de la empresa a la deuda.

7. Somos conscientes que de esta doctrina nos hemos apartado en nuestra STS/4ª de 29 abril 2013 -rucd. 2554/2012 -, donde se excluyeron los intereses moratorios del ET argumentando el "tortuoso" camino que llevó al reconocimiento del plus, sujeto a un conflicto colectivo; y en la STS/4ª de 18 junio 2013 -rucd. 2741/2012 -, en materia de horas extraordinarias en el sector de seguridad que ponía de relieve la "enorme litigiosidad" producida en cuestión tan "esencialmente controvertida" y determinante de dos sucesivos Conflictos Colectivos. Pero se trataba en ambos casos de situaciones que ofrecían una excepcional singularidad y complejidad del tema que había requerido previos conflictos colectivos interpretativos, con un azar procesal que incluso se llega



a calificar de "tortuoso", de manera que sus decisiones más que romper con la doctrina general lo que hicieron fue representar una excepción confirmatoria de la propia regla".

En el caso de la sentencia del TS de 18-6-13, sobre la determinación del valor de la hora extraordinaria en las empresas de seguridad, se negó el interés por mora en atención a la necesidad de varios procesos colectivos (de impugnación de convenio colectivo y de conflicto colectivo). En el supuesto de la sentencia del TS de 29-4-13 sobre un complemento salarial se estimó que no procedía el pago de intereses "a la vista del tortuoso camino que ha seguido el plus de permanencia y desempeño hasta conseguir su reconocimiento, exteriorizado en el planteamiento de un conflicto colectivo acerca de la interpretación y alcance del precepto del convenio colectivo que regula dicho plus".

En el presente caso no ha habido procesos colectivos, pero sí un proceso de despido paralelo respecto del cual las partes y la juzgadora han estimado que tenía incidencia sobre el actual, razón por la cual se llevó a cabo la suspensión de las actuaciones en dos ocasiones durante un total de 769 días, de 6-9-17 a 15-10-18, y solamente durante este lapso es factible aplicar el criterio de no devengo de intereses, lo que resulta conforme con la doctrina jurisprudencial aludida en lo relativo a la complejidad procesal. En vista de ello se acoge la formulación subsidiaria del motivo debiendo suprimirse el devengo de interés por mora durante el mencionado período.

Conforme a lo expuesto, se ha de estimar parcialmente el recurso con revocación parcial de la sentencia de instancia, con las consecuencias establecidas en los arts. 203.2 y 3 LRJS, que se detallarán en el fallo.

Por todo lo razonado y en virtud de lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución,

## FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la demandada VODAFONO ONO SAU y VODAFONE HOLDINGS EUROPE SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid en fecha 26/10/2018 en autos 363/2015 sobre reclamación de cantidad seguidos a instancia de D. Domingo contra la recurrente y en consecuencia revocamos la parte del fallo que expresa "cantidad que deberá ser incrementada con el recargo del 10% de interés anual por mora" sustituyéndola por la de "cantidad que deberá ser incrementada con el recargo del 10% de interés anual por mora, excepto en el período de 6-9-17 a 15-10-18, en el que no se devengará interés alguno."

Se devolverá a la recurrente la totalidad del depósito y en cuanto a la consignación de la cantidad objeto de condena se efectuará la devolución parcial correspondiente a la reducción de aquélla, si se hubieran consignado los intereses por mora. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2829-0000-00-0141-19, que esta sección tiene abierta en BANCO SANTANDER sita en Pº del General Martínez Campos, 35, 28010 Madrid o bien por transferencia desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de Banco Santander. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

1. Emitir la transferencia a la cuenta bancaria IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274
2. En el campo *ORDENANTE*, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el NIF /CIF de la misma.
3. En el campo *BENEFICIARIO*, se identificará al Juzgado o Tribunal que ordena el ingreso.





4. En el campo " *OBSERVACIONES O CONCEPTO DE LA TRANSFERENCIA*", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al Procedimiento (2829000000014119 ), pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S).

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

**PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ