



Roj: **STSJ M 6618/2017 - ECLI: ES:TSJM:2017:6618**

Id Cendoj: **28079340062017100534**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/06/2017**

Nº de Recurso: **362/2017**

Nº de Resolución: **540/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 06 de lo Social

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

Teléfono: 914931967

Fax: 914931961

34016050

NIG : 28.079.00.4-2014/0054499

Procedimiento Recurso de Suplicación 362/2017

MATERIA: RECLAMACIÓN DE CANTIDAD

Jzdo. Origen: JDO. DE LO SOCIAL N. 3 de MADRID

Autos de Origen: **1208/14**

RECURRENTE/S: D. Luis Antonio

RECURRIDO/S: CABLE EUROPA SA

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE MADRID

En MADRID, a cinco de junio de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de MADRID, formada por los Ilmos. Sres. **DON ENRIQUE JUANES FRAGA, PRESIDENTE** , **DON BENEDICTO CEA AYALA, DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA nº 540

En el recurso de suplicación nº 362/17 interpuesto por el Letrado D. ANTONIO GÓMEZ RODRÍGUEZ, en nombre y representación de **D. Luis Antonio** , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de MADRID, de fecha **ONCE DE NOVIEMBRE DE 2016** , ha sido Ponente la **Ilma. Sra. DOÑA M^a JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº **1208/14** del Juzgado de lo Social nº **3** de los de Madrid, se presentó demanda por D. Luis Antonio contra **CABLE EUROPA SA** en reclamación de **RECLAMACIÓN DE CANTIDAD**, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en **ONCE DE**



NOVIEMBRE DE 2016 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente : *"Procede desestimar la demanda presentada por Luis Antonio contra la empresa demandada CABLE EUROPA SAU en reclamación de cantidad y absolver a la empresa demandada de las pretensiones formuladas en su contra."*

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- El demandante Sr. Luis Antonio con DNI NUM000 prestó servicios para la empresa demandada CABLE EUROPA SAU, con antigüedad de 18-1-2010, categoría profesional de Director Residencial y percibiendo un salario fijo mensual de 280.000 euros brutos al año distribuido en 14 pagas, mas retribución variable.

SEGUNDO.- En fecha 17-11-2009, la empresa demandada presento al trabajador oferta de trabajo, para ocupar el puesto de Director de Residencial; entre la retribución que se le ofrece, salario fijo bruto anual de 280.000 euros al año distribuidas en 14 pagas, BONUS 2010; Incentivo a Largo Plazo (LTIP), y clausula de garantía.

TERCERO.- El trabajador el 18-1-2009 suscribió con la empresa demandada contrato de trabajo, en cuya Cláusula Adicional Tercera, se establecía el derecho a participar en un Incentivo a Largo Plazo (LTIP) en el que consta que:

"ONO le hará partícipe de un incentivo a tres años(en una modalidad equivalente al que se suscriba con el Presidente o la CEO), sujeto al valor futuro de la Compañía; las características del mismo se plasmaran en Anexo contractual específico, una vez sean aprobadas en el Consejo de Administración, y no mas tarde del mes de julio de 2010.

CUARTO.- El 22 de junio de 2011 se levantó Acta de Junta General de Grupo Corporativo ONO SA, elevada a pública mediante escritura notarial, en cuyo "Acuerdo Octavo" se aprueba por mayoría de accionistas que representan el 73,49% del capital social de Grupo Corporativo Ono SA, el abono del Incentivo a largo Plazo (LTIP) por la Junta de Accionistas; a 4 partícipes de dicho plan.

QUINTO.- Los partícipes de dicho plan (LTIP), eran cuatro: el demandante el Sr. Borja , el Presidente del Consejo ; la Consejera Delegada y Consejero Ejecutivo, y Director General Financiero respectivamente.

SEXTO.- El "Acuerdo Octavo" denominado "Aprobación de la aplicación del plan remuneratorio referenciado al valor de las acciones de la Sociedad denominado como Long Tech Incentive Plan (LTIP) se recoge:

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 219 de la Ley de Sociedades de Capital , y con base a lo establecido en el artículo 25.3 de los estatutos sociales, aprobar la aplicación del Plan de Incentivos a Largo Plazo (Long Term Incentive Plan) referenciado al valor de las acciones de la sociedad en los términos aprobados por el Consejo de Administración de la sociedad en su reunión de 23 de mayo de 2011 y conforme al Reglamento que lo regula, aprobado igualmente en tal fecha.

Los partícipes en el Plan serán los aprobados en la citada reunión del Consejo de Administración, así como aquellos que en el futuro pueda incluir el citado órgano, dentro del límite máximo de Acciones Teóricas a entregar establecido en el 4,5% del capital social actual, es decir, setenta y cuatro millones ciento ochenta y tres mil seiscientos cuatro (74.183,604) Acciones Teóricas.

El Valor Inicial de Referencia (precio de ejercicio) es de cero euros (0€) para las Acciones Teóricas del Tramo A, noventa céntimos de euro (0,90€) para las Acciones Teóricas del Tramo B y un euro con veinte céntimos de euro (1,20 €) para las Acciones Teóricas del Tramo C.

El valor de las acciones que se tomará como referencia a los efectos del Plan es el definido en el Reglamento del Plan de Incentivos a Largo Plazo como " Valor Final de Referencia", que será el valor final que se da a cada una de las Acciones Teóricas para cómputo del Incentivo del Partícipe, dependiendo del Supuesto de Liquidez que haya generado el derecho a percibir el Incentivo, conforme a los siguientes criterios:

En caso de Venta Mayoritaria: el Valor Final de Referencia será igual al importe efectivamente percibido por los socios transmitentes como precio de la Venta, dividido entre el número de acciones transmitidas, incrementado en el conjunto de cantidades recibidas por los socios actuales desde la aprobación del Plan en concepto de dividendos de la Sociedad, reparto de reservas, reducciones de capital o pago de intereses de préstamos o créditos concedidos por los socios actuales a la Sociedad o a otra sociedad del Grupo ("Pagos por las Acciones") dividido entre el número de acciones que representan actualmente el capital de la Sociedad más el Número de Acciones Teóricas asignadas a los Partícipes y que den derecho al cobro del Incentivo.

Valor de Referencia final: Precio de las Acciones dividido por número de acciones transmitidas, más Pagos por las Acciones, dividido por número de Acciones de la Sociedad más nº de Acciones Teóricas.

En el caso de ulteriores transmisiones (hasta la transmisión de más del 80% del capital actual de la Sociedad, momento en el que será exigible el 100% del incentivo), el Valor Final de Referencia será el precio medio



ponderado de la Acción de la Sociedad durante los seis meses del correspondiente Período de Liquidación Semestral del Incentivo, calculado de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior.

2. En el caso de la Salida a Bolsa con Venta de más del 10% del capital: el Valor Final de Referencia será el precio de la oferta de salida a Bolsa. Cuando la transmisión de más del 10% del capital actual de la Sociedad se produzca, de forma sucesiva y acumulativa, en varias fechas, el Valor Final de Referencia será la cotización media ponderada de la acción de la Sociedad hasta la fecha en que efectivamente se transmita ese porcentaje. En caso de ulteriores enajenaciones en Bolsa (hasta la transmisión de más del 80% del capital actual de la Sociedad, momento en el que será exigible el 100% del Incentivo), el Valor Final de Referencia será la cotización media ponderada de la Acción de la Sociedad durante los seis meses del correspondiente Período de Liquidación Semestral del Incentivo.

3. En el supuesto de que a 31 de diciembre de 2017 se haya transmitido más del 65% del capital actual de la Sociedad, el Valor Final de Referencia será el precio medio ponderado de la Acción de la Sociedad que resulte de los métodos de cálculo anteriores (dependiendo de si las Acciones están admitidas a cotización o no) durante los últimos seis meses previos a esa fecha. Si no se ha producido ninguna transmisión de las Acciones en ese periodo, el Valor Final de Referencia será determinado por un experto independiente de reconocido prestigio designado por el Consejo de Administración.

e) El Plan entra en vigor desde su aprobación por la Junta General de Accionistas. No obstante, es el Consejo de Administración el que establece una fecha de referencia para cada Partícipe, en función de sus concretas circunstancias personales (la "Fecha de Referencia"). El Plan finalizará el 31 de diciembre de 2017 o en la fecha de pago del Incentivo, si es anterior."

SÉPTIMO.- El 7-7-2011 el Secretario del Consejo de Administración del Grupo Corporativo ONO SA emitió certificación, en la que fija la fecha de referencia correspondiente al demandante y se adjuntan las reglas del Plan Extraordinario de Retribución Variable Ligada a la revalorización de la acción la Acción(LTPI). En dicho documento se fija que la fecha de referencia para el partícipe demandante Sr Luis Antonio es de 1-1-2010; y el nº de acciones que le corresponden así: acciones teóricas clase A 1.813.377 euros; acciones teóricas clase B 2.967.344 y acciones teóricas clase C 1.813.377 .

OCTAVO.- La empresa demandada el 11-7-2013 entregó al actor carta despido disciplinario con efectos de dicho día. El trabajador el 18-7-2013 presentó papeleta de conciliación administrativa ante el SMAC celebrándose dicho acto el 6-8-2013, con avenencia donde la empresa "reconoció la improcedencia del despido con efectos de fecha 11-7-2013 y ofreció por los conceptos de la demanda la cantidad de 195.433,75 euros brutos (183.193,75) euros netos que se hará efectiva el 13-8-2013 mediante transferencia (acta a la que me remito) .

NOVENO.- El 9-7-2014 se levanta Acta del Consejo de Administración de Grupo Administrativo ONO SA, en el que se determinó que el porcentaje devengado por el Sr. Luis Antonio era del 40% y el importe que le correspondía en concepto de LTIP ascendía a 3.539.925 euros brutos cantidad, que le fue entregada al trabajador.

DECIMO.- El 23 de julio de 2014 se otorga escritura notarial ante el Notario de Madrid D. Jose-Miguel García Lombardía bajo el nº 3.209 de su protocolo, mediante la que se eleva a público el contrato privado de Compraventa de Acciones de Grupo Corporativo Ono SA y perfeccionamiento de Transmisión de Acciones a favor de Vodafone SA , el precio de la compra se fijó en 3.726.000.000 euros.

UNDÉCIMO.- El trabajador ha percibido el primer plazo del 40% del tramo de devengo de la retribución LTIP , por importe de 3.539.923,20 euros brutos .

DUODÉCIMO.- El trabajador de la retribución LTIP reclama la cantidad total de 5.285,697,45 euros, de las cuales el 2º tramo del 40% por importe de 3.523.798,3 euros; y el 20% restante por importe de 1.761,899,15 euros, según redujo y aclaró en el acto del juicio.

DÉCIMOTERCERO.- Ambas partes están de acuerdo en que el precio final de la acción fue de 2,0710 euros; el valor inicial de la acción clase A era de cero euros; la acción clase B de 0,90 euros y la acción clase C de 1,20 euros.

DÉCIMOCUARTO.- La parte actora el 14-10-2014 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC celebrándose dicho acto el 3-11-2014 con el resultado de celebrado sin avenencia."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, habiéndose fijado para votación y fallo el día **31 de mayo de 2017**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- El Sr. Luis Antonio ocupó el cargo de director residencial de "Cable Europa SAU" entre el 18 de enero de 2010 y el 11 de julio de 2013, fecha en la que se extinguió por despido, cuya improcedencia fue reconocida por la empresa en acto de conciliación de 16 de agosto del mismo año. El citado trabajador fue incluido en un denominado "plan de incentivo a largo plazo" (PILP), cuyos beneficios se percibían en 3 plazos. Tras la extinción de su relación laboral percibió el 40% del importe del plan, que equivalía a 3.539.923,20 euros.

En noviembre de 2014 formuló demanda de reclamación de cantidad respecto al resto del indicado plan que entendía se encontraba pendiente de pago en dos tramos, el primero de los cuales por 3.523.798,3 euros y el segundo por 1.761.899,5 euros.

Desestimada esta pretensión por sentencia del juzgado de lo social nº 3 de Madrid de 11 de noviembre de 2016, el actor ha recurrido con amparo a los apdos. b) y c) del art. 193 LRJS.

SEGUNDO.- Solicita el recurrente añadir un decimoquinto hecho declarado probado, donde se transcribe literalmente el contenido del artículo 9 del "Plan extraordinario de retribución variable fijada a la revalorización de la acción". El indicado precepto señala lo siguiente:

"El artículo 9 del Plan Extraordinario de Retribución Variable del Grupo Corporativo ONO, de 25 de mayo de 2011, contiene las condiciones de devengo y exigibilidad del incentivo, siendo éstas las siguientes:

El derecho a cobrar el Incentivo exige necesariamente que el Incentivo esté devengado y que, además sea exigible:

1.-El devengo puede ser total o parcial y depende, esencialmente, del transcurso del tiempo, en los términos señalados a continuación.

II.- La exigibilidad requiere que se haya producido un Supuesto de Liquidez, así como, en determinados casos, la permanencia del Partícipe en el Grupo durante un cierto tiempo después de producido el Supuesto de Liquidez.

9.1. Condiciones necesarias para el devengo del Incentivo.-

9.1.1. Transcurso del tiempo: plazos de devengo.-

I.- Devengo ordinario

En general, el Incentivo se devengará en los siguientes plazos y porcentajes:

-Un 40% el 31 de diciembre del tercer año natural desde la fecha de referencia que el Consejo de Administración establezca para cada Partícipe a estos efectos.

-Otro 40% durante el 31 de diciembre del cuarto año natural siguiente a la fecha de referencia que el consejo de Administración establezca para cada partícipe.

-El devengo del restante 20% no depende del transcurso del tiempo y tendrá lugar en la fecha en que se produzca un Supuesto de Liquidez, tal y como se definen en el Artículo 9.2.1 posterior.

El porcentaje del Incentivo devengado se aplicará por igual sobre el número de acciones teóricas asignadas a cada tramo A, B y C.

II.- Devengo anticipado

No obstante las reglas anteriores, se entenderá en todo caso devengado el 100% del Incentivo de forma automática en los casos en que se produzca (i) un Supuesto de Liquidez, o (ii) el cambio de control de la Sociedad entendido como la adquisición de más del 30% del capital de la Sociedad por uno o varios accionistas actuales y/o terceros, que actúen concertadamente (aun cuando no constituya un Supuesto de Liquidez), o (iii) la salida a bolsa de ONO (aun cuando no constituyas un supuesto de liquidez)

9.1.2 otras condiciones necesarias para el devengo del Incentivo.-

El incentivo sólo se devengará, total o parcialmente, si, además de los requisitos anteriores, se dan acumulativamente las siguientes condiciones:

-Que el Partícipe haya mantenido, de forma ininterrumpida, una relación laboral o mercantil con la sociedad, o con cualquiera de las sociedades pertenecientes al Grupo, desde la aprobación del Plan hasta que se produzca el supuesto de Liquidez, salvo en los siguientes supuestos (los "Supuestos Excepcionales"):

Que el Partícipe (i) haya sido declarado en situación de incapacidad permanente reconocida por la entidad competente o por sentencia judicial firme, o (ii) que fallezca.



En cualquiera de estos dos supuestos, se entenderá devengado el porcentaje que se hubiera devengado hasta ese momento por el transcurso del tiempo, y en todo caso, un 80% del Incentivo siempre y cuando tenga lugar después del tercer aniversario de la Fecha de Referencia asignada al Partícipe respectivo.

Que la extinción de la relación laboral o mercantil del Partícipe con la Sociedad o con cualquier entidad del Grupo sea consecuencia de cualquiera de los siguientes supuestos:

(i) desistimiento unilateral y sin causa por ONO o por la sociedad del Grupo a la que el Partícipe preste sus servicios.

(ii) despido declarado improcedente por sentencia judicial firme,

(iii) cuando la Sociedad reconozca, en conciliación judicial o extrajudicial, que se trata de un supuesto o extinción del contrato que da lugar al pago al Partícipe de una indemnización, tando si dicha indemnización está legalmente prevista como si es pactada de mutuo acuerdo entre las partes.

(iv) jubilación del Partícipe, a propuesta de la Sociedad o cuando sea obligatorio de acuerdo con la normativa vigente, o

(v) extinción o no renovación del vínculo mercantil como consejero por decisión de la Junta General de accionistas, salvo que dicha circunstancia se deba al incumplimiento grave y culpable de las obligaciones inherentes al desempeño de su cargo.

En cualquiera de estos supuestos, se entenderá devengado el Incentivo en el porcentaje que corresponda en la fecha en la que tenga lugar la extinción de la relación laboral o mercantil del Partícipe. Sin embargo, si el supuesto de extinción de la relación laboral o mercantil del Partícipe a los que se refiere este apartado, se produce una vez transcurridos más de dieciocho meses desde la Fecha de Referencia (pero antes del 31 de diciembre del tercer año natural desde esa Fecha) el Consejo de Administración de la Sociedad, a su sola discreción, podrá considerar devengado hasta un máximo del 40% del Incentivo. Por lo tanto, el Incentivo no se entenderá devengado anticipadamente en modo alguno si cualquiera de las circunstancias a las que se refiere este apartado 9.1.2, se produce en los primeros dieciocho meses desde la Fecha de Referencia del Partícipe correspondiente.

9.2. Exigibilidad del Incentivo: Supuestos de Liquidez y permanencia adicional.-

9.2.1. Supuestos de Liquidez.-

Los supuestos de Liquidez que determinan el derecho del Partícipe a exigir el cobro del Incentivo son los siguientes (los "Supuestos de Liquidez"):

1.- Transmisión por los actuales accionistas de más de un 40% del capital actual de la Sociedad y de los préstamos participativos a varios accionistas o terceros que no actúen concertadamente, o (ii) transmisión de más del 30% del capital actual de la Sociedad y de los préstamos participativos a uno o varios accionistas actuales y/o terceros, que actúen concertadamente, o (iii) transmisión de un número de acciones de ONO que permita a algún accionista actual (o a varios que actúen concertadamente) alcanzar más de un 30% del capital actual de la Sociedad y de los préstamos participativos (en cualquiera de los supuestos (i), (ii) y (iii), la "Venta Mayoritaria").

En el supuesto de que la transmisión de las acciones de ONO tenga lugar por un título distinto al de la compraventa, sólo se entenderá producida una Venta Mayoritaria si, además de cumplir los requisitos previstos en este apartado, la contraprestación recibida por los accionistas actuales consiste en acciones cotizadas.

2.- Salida a Bolsa de la Sociedad, precedida de una oferta de venta, pública o privada, en virtud de la cual los actuales accionistas transmitan más de un 10% del capital actual de la Sociedad (la "Salida a Bolsa con Venta de más del 10% del capital").

En aquellos supuestos en los que se hace referencia al capital actual de la Sociedad los porcentajes previstos deberán ajustarse en caso de que varíe el número de acciones representativas del capital de la compañía que, en este momento es de 1.648.524.524 de un euro de valor nominal cada una.

9.2.2. Permanencia adicional.-

En caso de Venta Mayoritaria, el Incentivo sólo será exigible si el Partícipe, salvo renuncia por parte de la Sociedad y con la salvedad también de los Supuestos Excepcionales, continúa trabajando en el Grupo de la sociedad durante tres (3) meses, contados de fecha a fecha, con posterioridad a la fecha del Supuesto de Liquidez mencionado (el "Período de Permanencia Adicional").

La revisión se estima, por su carácter relevante y el apoyo documental con que cuenta.



TERCERO.- También se pide añadir un decimosexto hecho declarado probado según el cual *"ya en el mes de septiembre de 2013, se publicaron noticias en prensa sobre la venta del grupo ONO a VODAFONE."*

Se descarta esa revisión, por carecer de prueba hábil que la sustente, ya que los recortes de prensa invocados con ese fin no son prueba documental a los efectos del art. 193 b) LRJS .

CUARTO.- El tercer motivo de suplicación tiene como objetivo obtener el reconocimiento del segundo tramo del indicado plan de incentivos (3.539.923,20 euros), para lo cual se invocan las reglas de determinación de los plazos (art. 5.1) y de interpretación de los contratos (art. 1281 y 1285) del Código Civil . Partiendo de esas reglas, se defiende que el citado tramo de incentivos supeditaba su abono a dos presupuestos: transcurso de un tiempo de permanencia en la empresa y mantenimiento de la relación laboral en el momento de producirse "la liquidez" (luego explicaremos este concepto).

Respecto al primero de esos presupuestos se dice: el plan prevé el devengo del primer tramo de incentivos por transcurso de 3 años desde lo que se denomina "fecha de referencia" (en este caso el 1 de enero de 2010, según HDP 7º) y el segundo tramo por transcurso de un año adicional más; esto es, 4 años desde la fecha de referencia, lo que se dice concurría en este caso porque el indicado plazo se computa de fecha a fecha (conforme al art. 5.1 c) , lo que obliga en este caso a computar desde el 1 de enero de 2010 al 31 de diciembre de 2013 (no al 31 de diciembre de 2014, como ha hecho la juzgadora de instancia), de manera que se cumpliría ese primer presupuesto, pues la expresión del epígrafe 9.1.1 del plan *"otro 40% durante el 31 de diciembre del cuarto año natural siguiente a la fecha de referencia que el consejo de administración establezca para cada partícipe"* no quiere decir que se deba permanecer en la empresa hasta el 31 de diciembre de ese cuarto año natural sino que, si se está en la empresa el 31 de ese año, el 40% del plan se percibirá íntegro y, de no ser así, se percibirá proporcionalmente al período de permanencia de dicho año.

Respecto al segundo presupuesto (mantenimiento de relación laboral con la empresa desde la aprobación del plan de incentivos hasta que se produzca "la liquidez", entendiéndose por tal los supuestos citados en el apartado 9.21: transmisión de determinado porcentaje, del capital o salida a bolsa de la sociedad) se alega que el propio plan contempla una serie de excepciones a su exigencia, entre las cuales el caso de extinción de contrato que da lugar a pagar al partícipe una indemnización, lo que sería el caso presente, dada la improcedencia del despido del Sr. Luis Antonio reconocida en acto de conciliación fechado el 6 de agosto de 2013.

A propósito de ese despido nos dice el escrito de suplicación que tuvo carácter fraudulento, por haber sido buscado de propósito por la empresa cuando ésta ya conocía que se iba a producir uno de los supuestos "de liquidez" que antes hemos indicado, tratando así de impedir el devengo de la parte del incentivo de referencia, lo cual no debe impedir el reconocimiento de este último en su integridad. De no entenderse así, se produciría el devengo de al menos la parte proporcional correspondiente al tiempo transcurrido entre 1 de enero y 11 de julio de 2013.

El escrito de impugnación de recurso se opone, reforzando la tesis de la juzgadora de instancia conforme a la cual el año en que el recurrente debía estar al servicio de la empresa para devengar el segundo tramo de incentivos era 2014. Indica también que nada de lo alegado en ese tercer motivo de suplicación fue planteado en demanda ni en el acto de juicio y supone una cuestión nueva no atendible. Por último, destaca que el importe del incentivo reclamado es superior al indicado en el acto de juicio, ya que en éste cuantificó el segundo tramo de incentivo en 3.523.798,3 euros y el tercero en 1.761.899,15 euros.

Pasamos a analizar estas cuestiones.

QUINTO.- No podemos entender que la determinación de la forma de cómputo de los períodos que deben considerarse para determinar si procede o no el devengo del segundo tramo de incentivos suponga una cuestión nueva que quede al margen del proceso. El demandante alegó los presupuestos que entendía debían concurrir para devengar una cantidad cuyo reconocimiento dependía del transcurso de determinado tiempo, de modo que, cuestionado por la juzgadora de instancia cómo debía procederse al cómputo de ese tiempo, es lo lógico que el recurso aborde esta cuestión.

No cabe hablar de cuestiones nuevas ajenas a la anterior fase del proceso.

SEXTO.- Llegamos al punto de decidir si se cumplen los presupuestos establecidos en el plan de incentivos para el devengo del segundo de sus tramos.

El primero de ellos (período de duración de la actividad de la empresa) se determina en función del cómputo del período fijado para su devengo. Lo establecido es: un 40% *"durante el 31 de diciembre del cuarto año natural siguiente a la fecha de referencia que el consejo de administración establezca para cada partícipe"* . Determinado que esta fecha es el 1 de enero de 2010, todo depende de cómo se compute a partir de ella el cuarto año natural siguiente, lo que se hará en la forma que fija el art. 5.1 CC . Esto es, los tres primeros años corresponderán



al período 1/1/10 a 1/1/13 y el cuarto año comenzará a continuación. Por lo tanto, estando el recurrente prestando servicios hasta el 11 de julio de 2013 (esto es, dentro del cuarto año de servicios) hay que entender que reúne el primero de los requisitos establecidos para el devengo del segundo tramo de incentivos.

Respecto al segundo requisito: compartimos la tesis de recurso en cuanto a que la circunstancia de no estar en alta en la empresa se debió a una decisión unilateral de la empleadora que encaja en la excepción prevista en la cláusula 9.1.1 del repetido plan. En cambio, discrepamos de la afirmación de recurso según la cual el despido del Sr. Luis Antonio fue fraudulenta y tuvo como propósito impedir el devengo de este segundo tramo de incentivos, pues nada da apoyo a esta afirmación.

Cuanto antecede lleva a concluir que existe el derecho a percibir el segundo tramo de incentivos (cuyo importe total es de 3.523.798,3 euros, según HDP 14 en la parte proporcional que comprende desde 1 de enero a 11 de julio de 2013, lo que supone 1.872.922,70 euros).

SÉPTIMO.- El cuarto y último motivo de suplicación se apoya de nuevo en los arts. 1281 y 1285 CC en relación con las cláusulas 9.1.1 y 9.1.2 del plan de incentivos, que sirven de base para reclamar el pago del tercer tramo de incentivos, equivalente al 20% de su monto total. En orden a defender esta petición se indica que su abono no depende de la permanencia en la empresa durante un determinado tiempo. Tampoco de que el trabajador se hallase en activo al momento de producirse el " *supuesto de liquidez* ", si bien, sigue diciendo el escrito de suplicación, caso de entender que esta situación de actividad fuese exigible como norma general, en este caso sería aplicable la excepción prevista en la cláusula 9.1.2 para el supuesto de despido improcedente. Lo único que se requiere es la producción del supuesto de liquidez, que ha acontecido.

El escrito de impugnación de recurso vuelve a apoyar el criterio de la juzgadora de instancia, según el cual no procede el devengo de esta parte de incentivos por no estar el trabajador en activo al momento de haberse producido la venta de la empresa, si bien admite que esta exigencia cede en caso de previa extinción por despido improcedente en supuesto de conservar el derecho a percibir la parte del incentivo devengado a la fecha de la extinción, según deduce del art. 9.1.2, en la parte que manifiesta " *en cualquiera de esos supuestos se entenderá devengado el incentivo en el porcentaje que corresponda en la fecha que tenga lugar la extinción de la relación laboral o mercantil del partícipe* ". No obstante, para la empresa esta cláusula que se acaba de transcribir no quiere decir que se devengará la parte proporcional del tercer tramo de incentivo que corresponda hasta la fecha de la extinción de la relación laboral, sino abonar la parte proporcional que se deba del total del incentivo, y esa parte ya fue abonada con el pago de 3.593.923 euros entregados en su día.

Vayamos a la cláusula donde se describe el devengo del tercer tramo del incentivo cuestionado. El plan dice: " *El devengo del restante 20% no depende del transcurso del tiempo y tendrá lugar en la fecha en que se produzca un supuesto de liquidar* "

De la regulación transcrita entendemos que para el devengo de los dos primeros tramos del incentivo hace falta que el trabajador permanezca al servicio de la empresa en los períodos que hemos indicado (devengo del primer tramo tras permanencia de tres años y del segundo tras permanecer después de este período). Cumplidos esos períodos para el devengo del tercer tramo, ya no se atiende a la permanencia adicional del trabajador en la empresa, sino a que se produzca uno de los denominados "supuesto de liquidez". Pues bien, este presupuesto también concurre en el caso presente, tal como resulta del décimo hecho declarado probado.

Por consiguiente, el tercer tramo de incentivos se debe abonar en su integridad, y representa en este caso 1.761.899,15 euros.

OCTAVO.- Resumiendo: por el primer tramo de incentivos se abonará al Sr. Luis Antonio 1.872.922,70 euros y por el segundo 1.761.899,15 euros.

Lo que supone la estimación parcial del recurso, por un total de 3.634.821,8 euros.

NOVENO .- No procede la imposición de costas, dado que el art. 235.1 LRJS sólo prevé esta medida respecto a la parte vencida que no disponga del beneficio de justicia gratuita o no haya sido eximida legalmente de dicho deber.

DÉCIMO .- Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina (art. 218 LRJS).

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por **D. Luis Antonio** contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de MADRID, de fecha **ONCE DE NOVIEMBRE DE 2016** , en virtud de demanda formulada por dicho recurrente contra **CABLE EUROPA SA**, en reclamación de **RECLAMACIÓN DE**



CANTIDAD. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y reconocemos el derecho del recurrente a percibir 3.634.821,8 euros. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 220, 221 y 230 de la L.R.J.S, advirtiéndose, que por todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso: el ingreso en metálico del **depósito de 600 euros** conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la **consignación del importe de la condena** cuando proceda, presentando resguardo acreditativo de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la c/c nº 2870 0000 00 **362/17** que esta Sección Sexta tiene abierta en el Banco Santander, oficina sita en la Calle Miguel Angel nº 17, 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 (CCC) siguiente: (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 (2870 0000 00 362/17), 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.).

Expídase testimonio de la presente resolución para su incorporación al rollo de esta Sala.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día por el/la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.