

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 640/2018 de 14
Jun. 2018, Rec. 414/2017**

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 414/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 640/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D. Antonio V. Sempere Navarro

En Madrid, a 14 de junio de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan Pablo , representado y defendido por el Letrado Sr. Pérez-Espinosa Sánchez, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de diciembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 782/2016 , interpuesto frente a la sentencia dictada el 13 de enero de 2016 por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid , en los autos nº 145/2015, seguidos a instancia de dicho recurrente contra la empresa Atento Spain Holdco, S.L.U y Atento Teleservicios España, S.A.U, sobre despido.

Han comparecido en concepto de recurridas las empresas Atento Spain Holdco, S.L.U y Atento Teleservicios España, S.A.U, representadas y defendidas por el Letrado Sr. Copa Martínez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de enero de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 17 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la prescripción de los hechos imputados en la carta de despido y estimando la demanda formulada por D. Juan Pablo contra ATENTO SPAIN HOLDCO, SLU y contra ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SAU, debo declarar y declaro improcedente el despido del demandante, condenando a las empresas demandadas a que, a su elección que deberá manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, le readmita en su mismo puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 152.055,20 euros, entendiéndose que de no hacerlo en el plazo indicado opta por lo primero, y, en caso de readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la sentencia o hasta que el trabajador haya encontrado otro empleo si tal colocación fuese anterior, en cuyo caso habrán de descontarse los salarios

percibidos en la nueva empresa. Y debo condenar y condeno a las empresas demandadas a abonar al demandante 16.639,53 euros más el 10 por 100 en concepto de interés por mora.»

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

«1º.- La parte actora comenzó a prestar servicios para la empresa demandada ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA SAU el día 6-2-06 para desempeñar funciones de Gerente de Negocio, y a lo largo de la relación laboral ha desempeñado diversos puestos (doc. 2 de la empresa). Desde el 1-2-09 hasta el 31-1-13 desempeñó el cargo de Director de Negocio de Administraciones Públicas y formó parte del Comité de Dirección (doc. 3 de la empresa y 2 de la parte actora). El 31-1-13 causó baja en la empresa y se incorporó subrogado a ATENTO SPAIN HOLDCO, SL U como Director CRM TELEFONICA (doc. 5 y 6 de la empresa y 3 de la parte actora). Con fecha de efectos de 1-3-14 fue nombrado Director de Atento en Colombia, pactándose un salario fijo de 150.000 euros anuales más una retribución variable de hasta el 60% en función del cumplimiento de objetivos, así como un máximo de 2.100 euros en concepto de ayuda por alquiler de vivienda y el uso de un coche con una cuota máxima de 700 euros mensuales (doc. 8 de la empresa y 7 de la parte actora).

2º.- El día 18-12-14 la empresa entrega al demandante dos escritos. En uno de ellos le comunica que con fecha de 18-12-14 finaliza anticipadamente su asignación internacional en Atento Colombia, y que a partir del 19-12-14 su remuneración comenzará a ser percibida en España, dejando de percibir todos los beneficios, compensaciones de gastos y demás condiciones que tuvieron su origen en su asignación temporal al extranjero (doc. 9 de la empresa y 57 de la parte actora).

3º.- Mediante el segundo escrito la empresa le comunica su despido disciplinario con efectos del día 19-12-14, de la siguiente forma (doc. 1 de la empresa y 58 de la parte actora): Por medio de la presente, le notificamos la decisión de la empresa de proceder a su DESPIDO DISCIPLINARIO con efectos del día de mañana, 19 de diciembre de 2014, como consecuencia de los hechos que a continuación se exponen. Como Ud. sabe, desde 1 de febrero de 2009 a 31 de enero de 2013, Ud. ha ostentado el cargo de Director de Negocio de Administraciones Públicas de Atento Teleservicios España, SA. U., licitando y negociando en nombre de la compañía con sus clientes, entre otros y en concreto, con Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) y Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. Asimismo, durante este periodo de tiempo se encontraban bajo su dirección D. Fermín y D. Laureano, que prestaban sus servicios como Gerentes de Negocio de Administraciones Públicas de Atento Teleservicios España, S.A.U. Continuando con su carrera profesional dentro del Grupo Atento, desde el 1 de febrero de 2013 Ud. pasó a prestar sus servicios en Atento Spain Holdco, S.L.U., siendo promocionado al puesto de Director de MSA. Posteriormente, en fecha 1 de marzo de 2014 Ud. fue nuevamente promocionado pasando a desempeñar el cargo de Director País Colombia. Pues bien, en fecha 6 de agosto de 2014, el Director General de Atento España recibió un correo electrónico enviado desde una cuenta de Gmail ([DIRECCION000 <mailto: DIRECCION000 >](mailto:DIRECCION000)), denunciando la falsificación, en el servicio prestado a ADIF, de los informes de las llamadas recibidas en el mismo, en el que se hacía constar lo siguiente:

"Desde hace más de un año, el servicio ADIF falsifica los informes de las llamadas recibidas en dicho servicio para cobrarle al cliente entre un 30-40% más de las llamadas realmente atendidas en los diferentes niveles, para ello, han creado un fichero "ad hoc" que manipulan a su conveniencia y que dejan en un servidor, con acceso para el cliente, como si dicho informe fuera generado automáticamente. La única tipología de llamadas que no se manipulan son las de las ventas telefónicas, ya que las mismas serían fácilmente detectables, por ser billetes que se cobran por tarjeta de débito/crédito. Esta información ha sido transmitida al cliente ADIF, así como a la Fiscalía anticorrupción al poder ser considerada una empresa pública."

Tras la recepción de la denuncia, la Dirección de la empresa encomendó al Director Corporativo de Auditoría Interna la realización de una investigación sobre la veracidad de los hechos denunciados

en el correo de referencia iniciándose con fecha 1 de septiembre de 2014 la referida investigación' en la que, tras el análisis de la información obtenida a través de la documentación existente y de las distintas entrevistas realizadas, se han obtenido las siguientes conclusiones:

Atento Teleservicios España, SA.U. (Atento) ganó el concurso para la prestación del servicio de ADIF en el mes de Agosto de 2011 por medio de un proceso de licitación pública. Hasta ese momento, el servicio lo llevaba a cargo otra empresa de contact center denominada Sertel.

Atento comenzó a prestar el servicio de ADIF de manera efectiva el 20 de febrero de 2012. Desde el inicio de la prestación del servicio, los responsables del mismo, Ud, que ocupaba en aquel momento el puesto de Director de Negocio de Administraciones Públicas, y el Sr. Fermín , Gerente de la cuenta manifestaron que los volúmenes de tráfico distaban de los inicialmente previstos y que figuraban en el pliego de la licitación.

En el proceso de investigación iniciado se han realizado, como se indicaba anteriormente, diversas entrevistas, así como se ha revisado todo tipo de documentación e instrucciones de la gestión del servicio. A través de las mismas se han podido extraer las siguientes manifestaciones y confirmaciones: Los responsables del servicio de ADIF tomaron la decisión de manipular los datos de llamadas atendidas en la tipología- de Nacional proveniente del Business Intelligence, según confirmó el Sr. Fermín en la entrevista mantenida con él pasado día 3 de septiembre de 2014 con el Director de Auditoría Interna, el Sr. Anibal Esta acción tenía como finalidad conseguir los niveles de llamadas establecidos en el pliego de licitación y consecuentemente aumentar de forma fraudulenta y ficticia el volumen de facturación.

Para llevar a cabo la manipulación de las llamadas atendidas, se solicitó a Tecnología la creación de un fichero Excel en el cual la responsable de negocio, la Sra Angustia , introducía de manera manual el número de llamadas necesarias para alcanzar los niveles acordados con el cliente, hecho que fue corroborado por Dña Angustia en la entrevista mantenida con el Director de Auditoría Interna el día 1 de septiembre de 2014. De esta manera, se falseaban los datos de las llamadas atendidas con el cliente ADIF.

El pasado 12 de junio de 2013 se inicia una conversación por correo electrónico referente a dicha necesidad entre la responsable del servicio, la Sra Angustia y el Sr. Fructuoso , empleado del área de Tecnología en la que se acuerda no dar traslado al cliente de los datos hasta que los datos hubieran sido debidamente tratados, para que el "cliente viera lo que tenía que ver".

A partir de ese momento el cliente sigue solicitando reiteradamente y manifiesta en varias ocasiones durante el año 2013 al área de negocio responsable de su cuenta, la necesidad de acceder a la información on-line.

El pasado 17 de septiembre de 2013, el Sr. Fructuoso mantiene una conversación con el Sr. Maximiliano , igualmente empleado del área de Tecnología, a través del sistema Lync de la compañía en la que de forma clara y concreta reconocen que se está solicitando la automatización de un proceso que se realizaba a mano, cuando Ud estaba en la compañía en su puesto de Director de Negocio de Administraciones Públicas, para falsificar datos de cara al cliente.

Para poder atender al requisito de acceso a la información por parte de ADIF incluido en el pliego de licitación, el día 18 de septiembre de 2013, la Sra. Angustia solicita, por medio de la herramienta BMC service Desk Express, "que se estudie la posibilidad de añadir un factor de corrección configurable a los informes ssrs del servicio ADIF en la columna de Atendidas". La Sra. Angustia procede de este modo a petición expresa del Sr. Maximiliano tras la conversación que mantuvieron previamente, tal y como se deduce de la conversación recogida en el correo electrónico de fecha 18 de septiembre de 2013 a las 14:04 h. que envía a la Sra. Angustia .

El día 10 de abril de 2014, el Sr. Fructuoso envía un correo electrónico a varios destinatarios del departamento de tecnología con motivo de "ADIF CAMBIO 1915 Evaluación" previo a ser puesto en producción, donde claramente incide en el hecho de que no se pueda en ningún caso sacar históricos previos a la fecha 1 de abril de 2014, que confirma lo indicado en el mail anterior.

El día 24 de abril de 2014 entró en producción el desarrollo informático llevado a cabo a nivel interno por la Gerencia de Tecnología, el cual simula cómo habría sido una curva natural de llamadas atendidas en la que en vez de tener un mínimo de 0 (ninguna llamada atendida), hubiera tenido un valor arbitrario configurable en base a distintos parámetros.

La Dirección de Negocio de Administraciones Públicas, al conectarse con sus usuarios al 131, tiene permisos sobre tres subcarpetas ("Estadísticas", "Inicial" y "Servicio "). El cliente ADIF, al conectarse al BI, tiene permisos sólo sobre una subcarpeta ("Servicio,. Pues bien, con dicho acceso el cliente sólo puede ver los datos facilitados por dicha aplicación "elaborada para dicho fin", de forma y manera que el cliente tiene la certeza de que existen un número de llamadas que se recogen en dicha aplicación, y sin embargo la información se encuentra absolutamente viciada, toda vez que se ha elaborado con el fin de mostrar unos resultados acordes con la facturación que se va a proceder a enviar al cliente, y que se basa en el contrato mercantil firmado entre ambas entidades y que en lo que aquí nos afecta, :tiene incidencia en el número de llamadas-atendidas que sufren una variación desde el inicio de la relación mercantil (febrero de 2012) a julio de 2014, existiendo una diferencia entre las llamadas reales atendidas y las llamadas facturadas, de 2.469.030 llamadas de exceso, lo que supone un incremento de las mismas de un 31,7%, y respecto del periodo en que Ud. ocupaba el puesto de Director de Negocio de Administraciones Públicas, es decir, desde el inicio del contrato (febrero de 2012) al 31 de diciembre de 2012, el exceso de llamadas facturadas, respecto de las realmente atendidas, supuso un montante de 389.301 llamadas "irreales".

En consecuencia, ese incremento de llamadas "inventadas" y facturadas al cliente desde febrero de 2012 hasta julio de 2014, conforme a las revalorizaciones contenidas en el contrato mercantil, ha supuesto que se haya facturado la cantidad de 4.531.013 euros, es decir, una cuantía de 1.127.521 euros de exceso, sobre la facturación debida y ajustada a las llamadas reales, que ascendería a 3.403.492 euros.

Asimismo, en el periodo que Ud era el responsable máximo de dicha cuenta, se produjo un exceso de facturación al cliente de 165.720 euros, respecto de lo que debía haberse facturado, conforme al contrato mercantil suscrito y del que es plenamente concededor.

Obviamente dicha cantidad ha tenido que ser regularizada con el cliente, suponiendo su acción una actuación que pone en grave riesgo la fidelidad del cliente y, en consecuencia, la sostenibilidad de las relaciones laborales de los trabajadores adscritos a dicha obra, habiéndose efectuado una maquiavélica estrategia de manipulación de datos, en claro perjuicio del cliente y de la propia empresa que se encuentra con el pleno desconocimiento de las acciones que estaban efectuando las personas en las que se ha depositado su confianza.

Lejos de denunciar dicha acción, que transgrede cualquier acto de buena fe contractual, y sabiendo con claridad que se está cometiendo una acción de falsificación de la información que se reporta al cliente, Ud. mantuvo dicha situación, permitió la manipulación de la información y modificó los resultados que finalmente recibió el cliente sin que éste pudiese detectarlo. E incluso sus sucesores procedieron a la automatización de este mecanismo.

Asimismo, la compañía ha puesto en marcha un programa de auditoría Forensic de los servicios prestados durante los últimos años por la Dirección de Negocio de Administraciones Públicas, dentro del cual se ha procedido a revisar los demás departamentos adscritos a sus funciones, habiéndose notificado por la firma auditora externa a esta parte, en fecha 17 de diciembre de 2014, que se detecta igualmente idéntico sistema de falsificación de llamadas en el antiguo cliente perteneciente a la que fue la Dirección a su cargo, Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., con las siguientes conclusiones:

La relación mercantil entre Atento Teleservicios España, S.A. U. y la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. se inicia en el año 2004, y la operativa de la facturación se basa en el número de llamadas atendidas respecto de un precio determinado según el motivo de la llamada.

Se ha observado que existen diferencias entre el número de llamadas registradas en los Informes Diarios y los Informes Mensuales de los que se derivaba la facturación, al menos desde junio de 2010, existiendo unas diferencias entre dicha información que supone un exceso de facturación de 897.374 euros entre junio de 2010 y diciembre de 2013.

Conforme a las entrevistas efectuadas con el personal del servicio a su cargo en aquél momento, en concreto a Dña. Adoracion , el día 11 de diciembre de 2014, se constata que las diferencias que se han reflejado son artificiales y que Ud. ordenaba introducirlas en la facturación para evitar las penalizaciones que hubiera tenido el servicio al no alcanzar los objetivos contractuales, habiéndose comprobado que, efectivamente, dichas llamadas registradas reales hubieran generado unas penalizaciones por importe de 602.650 euros.

En resumen, se ha comprobado que el proceso de facturación de Atento a Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. ha incluido irregularidades que pueden valorarse en 1.500.024 euros.

A efectos de que tenga conocimiento del impacto de las irregularidades, entre junio de 2010 y diciembre de 2013 se han detectado 672.687 llamadas de exceso.

Es por todo ello claramente partícipe activo de dicha acción fraudulenta desde el momento de ser conocedor de la misma, no ponerlo en conocimiento de sus superiores, e incluso no enmendar dicha situación, por cuanto su condición de Director de Negocio de Administraciones Públicas reviste una clara responsabilidad y, por supuesto, confianza de la Compañía depositada en Ud., habiendo actuado en claro abuso de la buena fe contractual y habiéndose quebrado absolutamente la confianza depositada en Ud.

Habida cuenta de las acciones de las que resulta Ud responsable, de las que la Compañía tiene conocimiento, y sin perjuicio de otras adicionales que, en su caso, se puedan detectar en el futuro -por cuanto las investigaciones continúan-, la Compañía no puede permitir el mantenimiento de su prestación de servicios desde el momento en que se ha quebrado la confianza en sus acciones y en las responsabilidades que se le han otorgado.

Los hechos anteriores acreditan suficientemente que ha practicado unos manifiestos y conscientes actos que constituyen una transgresión de la buena fe contractual en el desempeño de sus funciones, además de un fraude y deslealtad a la empresa, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores , constituye una FALTA MUY GRAVE. En atención a lo anterior, la Dirección de la Compañía ha decidido proceder a su DESPIDO, con efectos del día de mañana, 19 de diciembre de 2014, extinguiendo por ello la relación laboral que mantiene con la empresa, e informándole que causa baja en la misma y que ponemos a su disposición en su centro de trabajo, la liquidación y finiquito que en derecho le corresponde, así como el resto de documentación que legalmente corresponda.

Por lo demás, le informamos que tiene usted derecho a que un representante unitario de los trabajadores y/o, en caso de estar usted afiliado a alguna agrupación sindical, un delegado de la misma, esté presente en el acto de entrega de esta carta.

Asimismo le indicamos que la Compañía se reserva las acciones judiciales pertinentes en todos los ámbitos jurisdiccionales, incluido el penal.

4º.- El día 6-8-14 la empresa recibió un correo electrónico en el que se indicaba: "Desde hace más de un año, el servicio ADIF falsifica los informes de las llamadas recibidas en dicho servicio para cobrarle al cliente entre un 30-40% más de las llamadas realmente atendidas en los diferentes niveles, para ello, han creado un fichero "ad hoc" que manipulan a su conveniencia y que dejan en un servidor, con acceso para el diente, como si dicho informe fuera generado automáticamente. La única tipología de llamadas que no se manipulan son las de las ventas telefónicas, ya que las mismas serían fácilmente detectables, por ser billetes que se cobran por tarjeta de débito/crédito. Esta información ha sido transmitida al cliente ADIF, así como a la Fiscalía anticorrupción al poder ser considerada una estaba a una empresa pública" (doc. 9 y 10 de la parte actora).

5º.- Como consecuencia de ello la empresa encomendó al Director Corporativo de Auditoría Interna la realización de una investigación, que se inició el 1-9-14, emitiéndose un informe en fecha 4-9-14 según el que los ingresos de Atento España en el servicio ADIF durante el periodo desde febrero 2012 hasta julio 2014 se han visto incrementados de manera fraudulenta: se han manipulado los datos de llamadas atendidas en la tipología de Nacional proveniente del Business Intelligence, con el fin de conseguir los niveles de llamadas establecidos en el pliego de licitación y así aumentar de forma fraudulenta y ficticia el volumen de facturación. Según el informe, desde el inicio de la relación mercantil con ADIF (febrero de 2012) a julio de 2014, el número de llamadas atendidas está manipulado, existiendo una diferencia entre las llamadas reales atendidas y las llamadas facturadas, de 2.469.030 llamadas de exceso, lo que supone un incremento de las mismas de un 31,7%, y ello ha supuesto que se haya facturado 1.127.521 euros de exceso. Durante el periodo en que el actor ocupaba el puesto de Director de Negocio de Administraciones Públicas, febrero de 2012 al 31 de diciembre de 2012, el exceso de llamadas facturadas, respecto de las realmente atendidas, supuso un montante de 389.301 llamadas "irreales, con un exceso de facturación al cliente de 165.720 euros. (doc. 1.1 de la prueba anticipada y 12 de la parte actora).

6º.- El mismo día 6-8-14 se celebró una reunión del Consejo de Administración donde se decidió el despido disciplinario del Director de Administraciones Públicas, Sr. Fermín , el Gerente de Negocio de Administraciones Públicas Sr. Laureano , la Responsable de Negocio de Administraciones Públicas Sra. Angustia , despidos que fueron efectivos el día 5-9-14. En dicha reunión también se acordó contratar una auditoría para determinar el alcance de las irregularidades descubiertas (doc. 1.2 y 1.3 de la prueba anticipada y 13, 14, 15 y 16 de la parte actora). Con fecha 25-11-14 la empresa también despidió a D. Fructuoso y a D. Maximiliano por los mismos hechos. (doc. 1.7 de la prueba anticipada y 28 y 29 de la parte actora).

7º.- La empresa encargó una auditoría Forensic de los servicios prestados durante los últimos años por la Dirección de Negocio de Administraciones Públicas, y con fecha 23-10-14 la firma Grant Thornton emitió informe sobre cuantificación económica del exceso de facturación de Atento a ADIF, según el que en el periodo de febrero de 2012 a diciembre de 2013, ha habido un exceso de facturación de 1.462,558 euros. Con fecha 5-12-14 la firma Grant Thornton emitió otro informe según el que se ha producido idéntico sistema de falsificación de llamadas en la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A.: existen diferencias entre el número de llamadas registradas y las efectuadas, al menos desde junio de 2010, existiendo unas diferencias que suponen un exceso de facturación de 897.374 euros entre junio de 2010 y diciembre de 2013, con 672.687 llamadas de exceso, y de no haberse falseado los datos, las llamadas registradas reales hubieran generado unas penalizaciones por importe de 602.650 euros. El 23-2-15 (con posterioridad al despido) se emite nuevo informe. Se dan por reproducidos dichos informes de fechas 23-10-14, 5-12-14 y 23-2-15 elaborados por Grant Thornton (doc. 1.5, 1.6 y 1.12 de la prueba anticipada y 37 y 38.6 de la parte actora).

8º.- El 11-9-14 la empresa presentó una querrela criminal por los delitos de estafa y falsedad en documento mercantil frente al Sr. Laureano y a la Sra. Angustia (doc. 1.4 de la prueba anticipada y 10 de la empresa y 17 de la parte actora).

9º.- Como consecuencia de la relación laboral la empresa adeuda al demandante 16.639,53 euros por los siguientes conceptos (Hecho reconocido por la empresa):

-Salario de 19 días de diciembre de 2014: 9.242,27 euros.

-Vacaciones no disfrutadas: 7.397,26 euros.

10º.- El demandante no ha sido representante de los trabajadores.

11º.- Se ha celebrado sin avenencia la conciliación ante el SMAC."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2016 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debemos desestimar y -desestimamos ambos recursos de suplicación interpuestos por la empresa ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA

S.A.U., y por D. Juan Pablo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de esta ciudad, en sus autos nº 145/2015 y, en consecuencia, debemos confirmar la sentencia de instancia. Se condena a la empresa recurrente a abonar 300 euros en concepto de pago de los honorarios profesionales al Letrado del actor por la impugnación del recurso de suplicación».

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, el Letrado Sr. Pérez-Espinosa Sánchez, en representación de D. Juan Pablo, mediante escrito de 27 de enero de 2017, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 26.1 y 56.1 ET, así como el art. 217 LEC.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 11 de mayo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

SEXTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de junio actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Términos del debate originario y actual.

Debemos decidir ahora si en la base utilizada para calcular una indemnización por despido improcedente debe incluirse el incentivo ("bonus") devengado por cumplimiento de objetivos durante el año anterior y percibido dentro del mismo ejercicio en el que la empresa realiza el despido.

1.La extinción contractual litigiosa.

A) El demandante ha venido prestando servicios para la empresa Atento Teleservicios España S.A.U. desde febrero de 2006, habiendo desempeñado diversos puestos ejecutivos.

Como consecuencia de los graves incumplimientos que la carta de despido describe, con fecha 18 de diciembre de 2014 la empleadora pone fin a la relación profesional existente entre ambos.

Con fecha 4 de febrero de 2015 el trabajador interpone demanda por despido ante los Juzgados de lo Social de Madrid.

B) Mediante su sentencia de 13 de enero de 2016 el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid (autos 145/2015) califica el despido como improcedente, considerando que los hechos imputados están prescritos. A las consecuencias inherentes a ello (readmisión o abono de una indemnización de 152.055,20 €) añade la condena al abono de una cuantía por retribuciones pendientes de pago (16.639,53 €, más el 10% de interés por mora).

En ella se hace constar que durante el año 2014 el trabajador no ha percibido variable y que "no puede tenerse en cuenta lo percibido en el ejercicio 2013, bajo un puesto de trabajo diferente y con condiciones económicas distintas", siendo imposible determinar si durante 2014 devengó el nuevo bonus.

2.Sentencia recurrida.

A) La STSJ Madrid (Sección 2ª) 1096/2016, de 21 diciembre, hoy recurrida, desestima los recursos de suplicación interpuestos. Veamos las razones de ello.

B) La empresa demandada, que no combate el relato de hechos probados, denuncia la infracción del artículo 60.2 ET, en concordancia con el artículo 54.2 de la propia norma.

Analizándolos, la sentencia recurrida concluye que transcurren más de sesenta días desde que la empleadora tiene conocimiento suficiente de lo sucedido hasta que adopta el despido. Rechaza que un segundo informe de auditoría encargado por Atento pueda reanudar el plazo de prescripción pues ya habían transcurrido más de seis meses desde que se cometió la infracción detectada.

C) Por su lado, el trabajador también formaliza recurso de suplicación, interesando tanto la revisión de los hechos probados cuando del Derecho aplicado. Por cuanto ahora interesa, debe recordarse que el recurso propone que se haga constar en la crónica judicial lo siguiente:

"Mediante escrito de fecha 25 de marzo de 2014 la demandada ATENTO SPAIN HODCO, S.L.U. comunicó al actor que los objetivos alcanzados en el año 2013 habían sido del 109,73%, y que dada la coyuntura del cambio organizativo del equipo corporativo se ha tenido en cuenta el resultado de Atento Global. Por lo que su retribución variable era de 60.351,50 € antes de impuestos."

La sentencia deniega la revisión porque la considera irrelevante a la hora de calcular la indemnización por despido improcedente. Argumenta que el despido se produce en el año 2014 y durante tal anualidad el trabajador no devenga incentivo alguno por cumplimiento de objetivos; además, recuerda que el salario a tener en cuenta es el del mes anterior al del despido disciplinario (noviembre del 2014).

Interesa asimismo el recurso de suplicación que se recalcule la indemnización por despido improcedente, incluyendo el bonus devengado durante 2012, resultando de ello la cuantía de 213.807,30 €, frente a los 152.055.20 € recogidos en la sentencia del Juzgado). El fracaso de los motivos de revisión fáctica lleva a que los de infracción jurídica (pretendiendo el aumento de la cuantía de la indemnización a percibir por el despido) corran similar suerte.

3.Recurso de casación y escritos concordantes.

A) Con fecha 27 de enero de 2017 el Abogado y representante del trabajador formaliza recurso de casación unificadora. Denuncia la vulneración del art. 56.1 ET , en relación con lo dispuesto en el art. 26.1 ET y con el art. 217 LEC .

Postula que el bonus (retribución variable) devengado durante el año anterior al despido debe integrarse en el salario regulador de la indemnización, aunque se haya percibido en el ejercicio posterior.

B) Con fecha 19 de junio de 2017 el Abogado y representante de la empresa formaliza su impugnación al recurso, centrada en la existencia de diferencias entre las resoluciones contrastadas.

Advierte que en 2014 las condiciones laborales del recurrente fueron novadas, incluyendo una retribución variable distinta de la anteriormente percibida (lo que no sucede en nuestro caso) y que el actor debiera haber acreditado que en 2014 era acreedor de este nuevo bonus (cosa que no ha hecho).

C) Con fecha 7 de septiembre de 2017 la representante del Ministerio Fiscal ante esta Sala Cuarta emite el Informe contemplado en el artículo 226.3 LRJS . Considera existente la contradicción, al dar como probado el devengo del bonus en el ejercicio anterior.

Siendo la doctrina correcta la ya unificada, contenida en la sentencia de contraste, entiende que el recurso debe prosperar.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción.

Además de constituir un presupuesto procesal que debemos analizar en todo caso, la contradicción entre sentencias aparece cuestionada por la parte impugnante del recurso. Por lo tanto, resulta necesario proceder a su inmediato y detallado examen.

1. Exigencia legal.

El artículo 219 LRJS 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 delo 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".

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.

Debemos recordar también la consolidada doctrina de esta Sala conforme a la cual en los supuestos de revisiones fácticas rechazadas en suplicación únicamente porque el Tribunal Superior considera que la revisión es intrascendente a efectos decisorios, ese rechazo no debe impedir que los datos de hecho, cuando su contenido resulta incuestionable, se tengan en cuenta por esta Sala si considera que tienen la trascendencia que en suplicación se les deniega. En tal sentido, por todas, SSTS 04 marzo 2013 (rec. 928/2012), 13 mayo 2013 (rec. 1956/2012), 17 febrero 2014 (rec. 444/2013), 12 septiembre 2014 (rec. 1158/2013) y 21 enero 2015 (rec. 2958/2013).

2. Sentencia referencial.

La STS de 24 de octubre de 2006 (rec. 1524/2005) es la designada como contradictoria. Examina un despido cuya improcedencia reconoce la empresa en el acto del juicio oral, estando en juego las consecuencias indemnizatorias pertinentes. En ella se expone lo siguiente:

Dos son las cuestiones planteadas en el presente recurso por la recurrente, Empresa "Hoteles S., S.L."; la primera, si a efectos del módulo salarial, a tener en cuenta para fijar el importe de la indemnización, en un caso de despido improcedente, reconocido por la demandada, acordado en septiembre de 2003 puede incluirse o no un bonus devengado en el año 2002 y abonado en 2003.

Tras recordar que el bonus tiene naturaleza salarial, así como periodicidad superior a la mensual (su devengo se produce por anualidades vencidas y en función de los beneficios realizados en cada una de ellas) la STS afirma que debe formar parte del salario regulador a los efectos de calcular la indemnización legal por despido. Parte para ello de afirmar que el salario regulador de las indemnizaciones por despido es el recibido en el último mes, salvo circunstancias especiales, entre las que figuran las derivadas de la percepción de un bonus, que por lo demás tiene naturaleza salarial; de ahí que proceda su inclusión aun cuando su devengo fuera del año anterior.

3. Consideraciones específicas.

A) Comencemos reiterando que el trabajador formalizó recurso de suplicación interesando la consideración como probado de que había alcanzado los objetivos de 2013 y " *que su retribución variable era de 60.351,50 € antes de impuestos*". Sin embargo, la STSJ recurrida considera ese motivo irrelevante pues no cabe tomar en cuenta el bonus percibido en el año 2013 puesto que el despido se produce en 2014 y el salario a tomar en cuenta es del mes anterior (donde no existe ese complemento por objetivos alcanzados).

B) Tal y como expone el recurso de suplicación interpuesto en su día por el trabajador, mediante escrito de la propia empresa (Documento nº 5 de su ramo de prueba; folio 974) se le reconoce el incentivo correspondiente al ejercicio de 2013 en cuantía de 60.351,50 €.

Dicho documento no está cuestionado, sino todo lo contrario, por la empleadora. En su escrito de impugnación al recurso de suplicación objetaba el motivo del recurso pero por considerarlo

intrascendente, en línea con el criterio finalmente asumido por la STSJ de la Sala de Madrid. De este modo, en dicho escrito, de manera leal, la empresa rebate la adición fáctica pretendida afirmando que " *con independencia de que efectivamente lo que se pretende incorporar es cierto y se corresponde con el documento que en su apoyo se cita* , la realidad es que resulta totalmente irrelevante para el presente procedimiento".

C) Así las cosas, la contradicción en sentido legal ha de declararse existente, ya que en ambas sentencias se debate sobre el bonus por objetivos y se plantea si computa para determinar el módulo salarial a partir del que se calcula la indemnización por despido improcedente.

Las sentencias llegan a soluciones divergentes. En el caso referencial el bonus devengado correspondiente al 2002 se paga al demandante en el año del despido (2003); la sentencia afirma que debe incluirse en el monto de las retribuciones que el trabajador percibía en el momento del despido, aun cuando en el caso del bonus su devengo fuese del año anterior. Esta circunstancia concurre en la sentencia recurrida, en la que, como es de ver, el trabajador pretende que se incluya en el salario regulador de las consecuencias de un despido improcedente (realizado en 2014), el bonus correspondiente al año 2013, llegando a solución contraria.

TERCERO.- Doctrina sobre cómputo del bonus en la base indemnizatoria.

1. Naturaleza salarial del complemento en cuestión.

Conviene advertir que la resolución del recurso debemos afrontarla partiendo de la incontrovertible naturaleza salarial de la retribución variable en función de objetivos, al margen de su denominación y presupuestos. Esa carácter es asumido por nuestra doctrina al abordar múltiples cuestiones sobre el particular; por ejemplo:

La retribución variable por objetivos se devenga por alcanzar colectivamente un objetivo global, de modo que todos los trabajadores computados para calcular la consecución del objetivo, con independencia del tiempo de trabajo realizado efectivamente, tienen derecho a percibirlo íntegramente (STS 6 noviembre 2012, rec. 3940/2011).

Si se acuerda un complemento salarial por objetivos, pero su concreción final queda a la exclusiva voluntad del empresario y, además, el acuerdo que lo estableció está ambiguamente redactado hasta el punto no es posible determinar las condiciones para su devengo, la empresa debe abonar el complemento en todo caso (STS 9 julio 2013, rec. 1219/2012).

Procede el abono de los objetivos establecidos exclusivamente en función de los cumplimentados, con independencia del sistema general de incentivos de la empresa (STS 23 noviembre 2006 (rec. 2519/2005).

Aunque el pago de los incentivos se haya fraccionado de mutuo acuerdo, la exigencia de que el trabajador permanezca en la empresa al final de cada ejercicio no opera cuando el cese se debió a despido improcedente (STS 15 febrero 2006, rec. 4568/2004).

La prima pactada en contrato que se extingue anticipadamente debe abonarse en proporción al tiempo efectivamente trabajado, una vez cumplido el objetivo comprometido (STS 9 diciembre 2010, rec. 600/2010).

2. Cómputo del incentivo devengado en el último ejercicio.

A) Como se desprende de todo lo anterior, el núcleo de la contradicción se centra en la consideración de la retribución variable devengada en el año anterior al despido, aunque abonada en el año del despido, como parte integrante del salario regulador a efectos de fijar la indemnización por despido.

Puesto que se trata de materia sobre la que existe una consolidada doctrina y vamos a resolver el recurso ajustándonos a ella interesa recordarla brevemente.

B) La STS invocada a efectos de contraste recuerda que el problema abordado ya ha sido unificado en las SSTS 17 julio 1990 , 13 mayo 1991 (rec. 977/1990), 30 mayo 2003 (rec.

2754/2002), 27 septiembre 2004 (rec. 4911/2003) y 11 mayo 2005 (rec. 5737/2003). Resumiendo su doctrina expone lo siguiente:

el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias salvo circunstancias especiales, entre las que figuran las derivadas del percibo de un bonus, que por lo demás tiene naturaleza salarial, de un concepto que tiene periodicidad superior a la mensual y cuyo devengo se produce por anualidades vencidas y en función de los beneficios realizados en cada una de ellas, por lo que debe estarse para fijar la indemnización al importe de la totalidad de las retribuciones que el trabajador percibía en el momento del despido, esto es en el año que este se produjo incluyendo aunque su devengo fuese del año anterior, por tanto, en el caso de autos, el bonus devengado en 2002, y percibido en el año 2003, en cuantía de 109,59 Euros que nadie discute, debe incluirse a los efectos debatidos por formar parte del salario regulador a efectos de calcular la indemnización legal de 45 días de salario previsto en la cláusula décima, por año de servicio debiendo rechazarse la tesis del recurrente que pretendía computar solo el salario del último mes, olvidando el carácter anual del bonus, así como probar, el trabajador el cumplimiento de los concretos objetivos en el año 2003, ya que estos tienen carácter de futuro, al referirse a un concepto, que de proceder, se devengará en el año 2004 .

C) La STS 14 enero 2015 (rec. 3347/2013) se centra en determinar si el demandante debe percibir la remuneración prevista para el caso de haber alcanzado los objetivos, pese a haberse incumplido las condiciones previstas (logro de resultados y permanencia en la empresa) tanto por ausencia de fijación de los mencionados objetivos cuanto por haberse extinguido la relación laboral antes de que finalice el periodo de maduración. En ella se resume así la doctrina sentada reiteradamente:

La pasividad empresarial respecto de la fijación de objetivos no debe perjudicar a la contraparte; el cumplimiento de obligaciones bilaterales no puede quedar al arbitrio de una de las partes; los objetivos se entienden fijados y cumplidos, compensando así al trabajador de los daños y perjuicios sufridos.

D) La STS 595/2016 de 30 junio (rec. 2990/2014) pone de relieve la complejidad que en algunos casos posee el determinar cuál es el bonus que debe tomarse en cuenta (entrando en juego hasta los de tres posibles anualidades), pero en todo caso por relación a los percibidos en ejercicios anteriores.

CUARTO.- Resolución.

1.Doctrina acertada.

Con arreglo a la doctrina que hemos expuesto (albergada en la sentencia de contraste) sí debe computarse en el haber regulador de la indemnización un " *bonus* " de carácter anual, cuantificado en función de lo percibido en el año anterior y con independencia del momento en que se perciba. En ese sentido debemos corregir el criterio sentado por la sentencia recurrida.

Conforme al artículo 228.3 LRJS " *si la sentencia del Tribunal Supremo declarara que la recurrida quebranta la unidad de doctrina, casará y anulará esta sentencia y resolverá el debate planteado en suplicación con pronunciamientos ajustados a dicha unidad de doctrina, alcanzando a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia impugnada* ".

En su recurso de suplicación el trabajador interesaba no solo la revisión fáctica expuesta (favorablemente valorada más arriba) sino también la censura jurídica de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social en lo que atañe al cómputo del importe devengado como bonus por el trabajador despedido. La doctrina acertada (contenida en la STS de contraste) conduce a estimar su pretensión, condenando a la empresa a que abone una indemnización calculada con arreglo al módulo retributivo resultante de ello. Se trata, por tanto, de elevar la indemnización (cuantificada por el Juzgado de lo Social en 152.055,20 €, sin tener en cuenta el importe del incentivo) al importe resultante tras corregir el módulo retributivo que sirve de base (resultando de ello los 213.807,30 € reclamados, tras cálculo no cuestionado por la contraparte).

2. Pronunciamientos accesorios.

El citado artículo 228.2 LRJS también prescribe que " *En la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se resolverá lo que proceda sobre consignaciones, aseguramientos, costas, honorarios y multas, en su caso, derivados del recurso de suplicación de acuerdo con lo prevenido en esta Ley. Si se hubiere constituido depósito para recurrir, se acordará la devolución de su importe.* "

Puesto que la empleadora recurrente en suplicación ya había ingresado el importe de la condena acordada por el Juzgado de lo Social debe darse al mismo el destino legalmente adecuado, al tiempo que y imponerle la condena al abono del diferencial resultante de nuestra sentencia, estimatoria de la suplicación interpuesta por el demandante.

Respecto de las costas originadas por el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, hay que imponerlas por ser consecuencia obligada de su vencimiento (art. 235.1 LRJS).

FALLO

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

:

- 1) Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan Pablo , representado y defendido por el Letrado Sr. Pérez-Espinosa Sánchez.
- 2) Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de diciembre de 2016, en el recurso de suplicación nº 782/2016 , en cuanto se refiere a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, permaneciendo inalterada la decisión adoptada en ella respecto del recurso empresarial, incluyendo la condena en costas.
- 3) Resolviendo el debate en suplicación suscitado por el recurso del Sr. Juan Pablo , estimarlo, revocando parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de manera que la indemnización derivada del despido improcedente quede establecida en 213.807,30 €.
- 4) Ordenar que la cuantía depositada por la empresa con carácter previo a la formulación de su recurso de suplicación se destine al cumplimiento de esta sentencia, debiendo la empresa abonar la diferencia resultante entre la misma y la reflejada en el anterior apartado de este fallo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.