



Roj: **SJPI 173/2019** - ECLI: **ES:JPI:2019:173**

Id Cendoj: **28079420112019100001**

Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**

Sede: **Madrid**

Sección: **11**

Fecha: **24/10/2019**

Nº de Recurso: **1066/2017**

Nº de Resolución: **235/2019**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA DEL MAR CRESPO YEPES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 11 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66, Planta 2 - 28020

Tfno: 914932722

Fax: 914932724

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0214158

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1066/2017

Materia: Obligaciones: otras cuestiones

Demandante: BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES FEIJOO

Demandado: D./Dña. Fidel

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL VALLE GILI RUIZ

MAPFRE VIDA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS SOBRE LA VIDA HUMANA

PROCURADOR D./Dña. ADELA CANO LANTERO

SENTENCIA Nº 235/2019

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARÍA DEL MAR CRESPO YEPES

Lugar: Madrid

Fecha: veinticuatro de octubre de dos mil diecinueve

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la meritada representación de la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia condenando a la parte demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal compareciera en autos asistida de Abogado y representada por Procurador y contestara aquella, lo cual verificó en tiempo y forma mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales, suplicando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Se convocó a las partes a la celebración de la Audiencia Previa, asistiendo los Abogados y Procuradores de los litigantes exponiendo los hechos y fundamentos de sus pretensiones, y recibido el pleito



a prueba se propusieron por ambas partes las que estimaron de su interés, admitiéndose y declarándose pertinentes por SSª conforme consta en autos, y quedando citadas las partes para la celebración del juicio.

CUARTO.- En el día señalado se celebró el juicio practicándose las pruebas admitidas a trámite, y a continuación las partes por su orden efectuaron el correspondiente resumen de conclusiones de las mismas, quedando los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En la sustanciación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por el procurador de los tribunales Sr. Codes Feijoo en nombre y representación del Banco Santander SA por sucesión procesal del Banco Popular Español contra D. Fidel y Mapfre Vida SA:

1.- Acción declarativa de que procede aplicar la recuperación (cláusula Clawback) de la remuneración variable de 2013 y 2014 cobrada por el Sr. Fidel en los ejercicios 2015 y 2016 por importe de 142.666,33 euros y de condena a abonar a la actora la cantidad de 142.666,33 euros más los intereses legales desde el 8 septiembre 2017.

2.- Acción declarativa de que procede aplicar la reducción a cero (cláusula malus) de la remuneración variable del ejercicio 2014 pendiente de cobro por el Sr. Fidel en 2018 por importe de 29.250 € en efectivo y 7018 acciones del banco.

3.- Acción declarativa de que procede aplicar el ajuste previo o la recuperación (cláusula Clawback) de aquellos importes que, en ejecución de la póliza de seguro de rentas de 27 julio 2016 y en cumplimiento de la compensación por prejubilación regulada en el artículo 27 de los estatutos del Banco Popular, fueron abonados por Mapfre al Sr. Fidel desde el 27 julio 2016, así como los que abone Mapfre durante la tramitación de este procedimiento. Y en su mérito se condene al Sr. Fidel a abonar al Banco Popular los importes resultantes de lo solicitado en el apartado anterior, que se verán incrementados con los intereses siguientes: para el caso de los importes ya abonados intereses legales desde el 8 septiembre 2017; y para aquellos importes que, en su caso, abone Mapfre durante la tramitación del procedimiento se devengarán los correspondientes intereses legales desde la fecha de su percepción por el Sr. Fidel .

4.- Acción declarativa de que procede aplicar por Banco Popular en el ajuste previo una reducción a cero (cláusula malus) de la compensación por prejubilación regulada en el artículo 27 de los estatutos del banco popular y cuyo pago se instrumenta a través de la póliza de seguro de rentas suscrita, a fecha de 27 julio 2016. Y en su mérito se condene a más de a dejar sin efecto las obligaciones de pago previstas en la póliza de seguro; y en consecuencia se condene a más de a devolver a Banco Popular el importe de prima no consumida incrementado con los intereses legales calculados desde el 8 septiembre 2017 y subsidiariamente que se condene a Mapfre a ir abonando mensualmente a Banco Popular los importes que debería abonar al Sr. Fidel en ejecución de la póliza de seguro.

SEGUNDO.- Respecto a la pretensión primera del suplico de la demanda se alega no haber demostrado en la demanda que concurren los requisitos para su aplicación puesto que no basta con que se haya producido la resolución del Banco sino que es preciso que se justifique que la remuneración variable en cuestión se ha producido total o parcialmente con base en información cuya falsedad o inexactitud grave quede demostrada a posteriori o afloran riesgos asumidos durante el periodo considerado unas circunstancias no previstas y asumidas por el Banco que tenga un efecto negativo material sobre las cuentas de resultados de cualquiera de los años del periodo de recuperación o clawback;

-Se reconoce no haber lugar al cobro de las retribuciones variables correspondientes al ejercicio de 2014 y se alega la falta de acción respecto a la pretensión al no haberse devengado al tiempo de la interpelación judicial a que se refiere la pretensión 2 del suplico de la demanda

- Se opone D. Fidel a las pretensiones deducidas con relación a la pensión por jubilación negando el carácter de retribución variable de las remuneraciones por resolución anticipada del contrato o por cese no voluntario anterior a los 65 años.

-Se opone a la acción declarativa de la ineficacia o rescate de la póliza de seguro de rentas por no ser la causa de la póliza los pagos de la pensión por jubilación ya que el contrato tiene causa propia y no está condicionado por la relaciones entre el banco y el asegurado.

TERCERO.- Por Mapfre se alega la falta de acción del Banco Popular frente a Mapfre, la autonomía del contrato de seguro el cual se rige por las disposiciones generales de obligaciones y contratos y que el depósito que se constituyó tuvo como fin exclusivo y excluyente el pago de la prima única del seguro si llegara el momento en



que hubiere de formalizarse por producirse el cese del Sr. Fidel en sus funciones como consejero delegado del consejo de administración de la demandante con anterioridad al cumplimiento de los 65 años de edad. Se alega que el contrato de seguro fue concluido, se formalizó y adquirió plena validez y eficacia y que el tomador del seguro renunció a los derechos que en tal condición le otorga la ley especial de seguro y concretamente al derecho de rescate con una única excepción: para el supuesto de que se produzca por parte del asegurado el incumplimiento de la obligación de no competencia post contractual y se condicionaba la posibilidad para el tomador de ejercer el derecho de rescate a que una sentencia judicial declarada firme decretara la infracción de la obligación de no competencia post contractual convenida por parte del asegurado y que dicha sentencia judicial firme condenara al asegurado a indemnizar al tomador por los daños y perjuicios causados. Por último se alega la improcedencia de integrar la prima por riesgo no corrido por no ser aplicable al seguro de personas.

CUARTO.- En la Audiencia previa la controversia quedó fijada en:

- La naturaleza jurídica de la compensación al Sr. Fidel por la extinción del contrato, que la parte actora denomina prejubilación o indemnización por extinción de la relación contractual y la parte demandada compromiso discrecional de pensión;
- Si la posición del Banco Popular respecto a las retribuciones variables va en contra sus actos propios o si por el contrario el Banco Popular no niega que las cláusulas malus y Clawback no son aplicables a estas retribuciones;
- Si han de concurrir las circunstancias para la aplicación de las cláusulas malus y clawback, a saber: para la aplicación de la cláusula malus basta que se den unos índices objetivos por una actuación deficiente del banco y en la clawback o de recuperación no basta solo esa actuación deficiente del banco sino que es necesario que esa actuación deficiente del banco traiga causa de una información falsa o actuación grave reprochable a la persona de cuya retribución se trata o si por el contrario es suficiente según manifiesta el Banco únicamente la resolución del Banco sin basarse en culpabilidades;
- El tratamiento que tenían el 27 julio 2016, fecha del cese del demandado, la pensión por prejubilación anterior a los 65 años que prevé el artículo 27 de los Estatutos del Banco y en concreto si se trata de una remuneración fija o variable;
- Si Banco Popular podía llevar a cabo un cambio de posición jurídica después de haberse consumado la relación contractual entre el Sr. Fidel y el Banco;
- Con relación al contrato de seguro la controversia se centra en determinar si se puede aplicar la doctrina del móvil causalizado al contrato de seguro y la aplicación de las cláusulas malus y clawback.

QUINTO.- De la prueba documental aportada a las actuaciones y no impugnada por las partes en litigio ha quedado acreditado:

Que D. Fidel fue nombrado miembro del Consejo de Administración el 30 de enero de 2013 si bien había mantenido con anterioridad y desde el 1 de diciembre de 1988 relación laboral común con Banco Popular.

Que el día 25 febrero 2015 Banco Popular Español SA, en aplicación de la Ley de Sociedades de Capital, suscribió con D. Fidel un contrato con efectos 30 enero 2013, fecha de nombramiento del Sr. Fidel como Consejero Delegado, en que se regulaba la relación del Sr. Fidel como Consejero Delegado.

Que dicho contrato según su propio clausulado se rige por "la voluntad de las partes manifestada en el contrato, la Ley de Sociedades de Capital, normas de la Legislación civil y mercantil, las disposiciones legales en cada momento aplicables en cada momento en relación con la remuneración de administradores de entidades de crédito, actualmente contenidas en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; por lo establecido en los estatutos sociales, disposiciones aplicables, reglamento y directrices del Consejo de Administración y demás acuerdos societarios" esto es por la normativa aplicable en cada momento más allá de los términos del contrato y de la normativa aplicable al tiempo de la firma del contrato.

En dicho contrato la estipulación séptima sobre remuneración, en aplicación del artículo 21 del Reglamento del Consejo de Administración establece: - una retribución fija de 700.000 euros anuales mediante desembolsos mensuales el último día de cada mes, que será revisada en la forma de cuantía que establezca el consejo de administración de Banco Popular y

- el denominado complemento por desempeño, fijado para 2015 por el consejo de administración de Banco Popular en 250.000 euros, que en su caso se abonara una vez al año; y
- una retribución variable anual directamente vinculada al logro de los objetivos establecidos por el Consejo de administración del Banco, y a la dedicación y diligencia del interesado, no siendo consolidable, que se



devengará de una sola vez finalizado el ejercicio, siendo fijado por el Consejo de administración de Banco Popular y que su liquidación y pago estará sujeto a las obligaciones y requerimientos que se deriven en aplicación de lo previsto en la ley 10/2014, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito y su normativa de desarrollo, o normativa que en su caso la sustituya."

Adicionalmente como consejero delegado tiene derecho a participar en los esquemas de retribución a medio y largo plazo.

Así mismo se establece que "En todo caso, cualquier retribución variable a la que el Sr. Fidel tenga derecho se regirá por las normas establecidas en su reglamento de funcionamiento.

La cláusula octava del contrato establece retribuciones en especie y otras prestaciones, a saber: Pensión por jubilación, viudedad y orfandad en los términos y condiciones establecidos en el artículo 27 de los estatutos sociales; seguro de enfermedad para él y su familia y seguro de vida con un capital asegurado equivalente a una anualidad de la retribución fija hasta que el Sr. Fidel cumpla 65 años.

El citado artículo 27 de los estatutos sociales del banco establece además una compensación por prejubilación en los siguientes términos:

Los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración que durante 20 años, seguidos o alternos, hayan ejercido sus funciones en el Banco, tendrán derecho a recibir de él una pensión anual por jubilación pagada por mensualidades iguales que, sumada a la que, en su caso, percibieran de la Seguridad Social les suponga una cantidad líquida anual igual a la remuneración que percibieran en la nómina del Banco en la fecha en la que cesaron en el ejercicio de sus funciones, cuando, con independencia o en contra de su voluntad, y cualquiera que fuera su edad, no hubieran sido renovados en su cargo y en sus funciones, o se comprobará que están imposibilitados por enfermedad o invalidez o hubieran alcanzado la edad de 65 años estando en el ejercicio de sus funciones y no desearan permanecer en sus cargos. Las pensiones serán actualizadas en la misma proporción en que no sean las pensiones de jubilación de los empleados... A los efectos de la jubilación a la que se refieren los párrafos anteriores, se sumará el tiempo ejercicio de funciones en la Dirección General o del Consejo de Administración al tiempo ejercido en otras funciones en el Banco..."

SEXTO.- Se establece en el contrato que, en todo caso, cualquier retribución variable a la que el Sr. Fidel tenga derecho se regirá por las normas establecidas en su reglamento de funcionamiento. Dado que el contrato tiene efectos desde 2013 procede traer a colación las disposiciones de los reglamentos referidos a los años 2013 y 2014 y siguientes en cuanto resulten aplicables.

En el reglamento del sistema de retribución variable anual de 2013 se establece los requisitos para la obtención de la retribución variable, a saber: cumplimiento de objetivos establecidos en el sistema; mantenimiento ininterrumpido de relación con el banco hasta la fecha del abono de la retribución, salvo jubilación incapacidad o destitución no motivada por incumplimiento grave de funciones; y en cualquier caso que se alcanzara el nivel mínimo de cumplimiento del objetivo de beneficio neto atribuido en 2013 de 200 millones de euros. Y que la retribución variable 2013 se pagará únicamente si resulta sostenible de acuerdo con la situación del banco popular, si se justifica en función de los resultados del banco, y siempre que en cada uno de los años de liquidación del sistema banco popular vaya a distribuir un dividendo o un scrip dividend.

En el punto siete del reglamento se establecen los supuestos que podría minorar o impedir el cobro de la retribución variable pendiente de pago, clausula malus, así: el insuficiente desempeño financiero de la entidad, el incumplimiento de códigos y normas internas por parte del beneficiario, la reformulación material de los estados financieros del banco, la variación significativa del capital económico y de la valoración cuantitativa de riesgos, y no haber superado el banco las pruebas de resistencia bancaria; y aquellos otros supuestos en los que la entidad podría exigir la devolución de variables, clausula clawback, ya percibidas o compensarlas con otras remuneraciones de cualquier naturaleza que el beneficiario tuviera derecho a percibir, sanción por incumplimiento grave del código de conducta y otra normativa interna, en particular la de riesgos; que la liquidación y abono de la variable se hubiera basado total o parcialmente en información cuya falsedad o inexactitud grave quedará demostrada a posteriori, o aflorasen riesgos asumidos durante el período considerado, u otras circunstancias no previstas ni asumidas por el banco que tuvieron un efecto negativo material sobre las cuentas de resultados.

En el reglamento del sistema de retribución variable anual de 2014 se fija el nivel mínimo de cumplimiento del objetivo de Beneficio neto atribuido en 2014 de 200 millones. Expresamente determina que en caso contrario los beneficiarios no tendrán derecho a percibir retribución variable alguna.

Con relación a la aplicación de la cláusula malus la única diferencia con relación al Reglamento de 2013 es la inclusión de una aclaración en el supuesto de deficiente desempeño financiero del Banco al añadir que se entenderá que se produce este supuesto cuando el banco obtenga resultados financieros negativos



(presente pérdidas), en un año. Sin considerar las obtenidas por operaciones singulares del año. En cuyo caso los beneficiarios no recibirían ni la retribución variable anual correspondiente al ejercicio al que se refieran las pérdidas ni las cantidades diferidas que correspondiera abonarles en el ejercicio en que se aprueben las cuentas anuales que reflejen dichos resultados.

En el Reglamento del sistema de remuneración variable anual se estableció que la retribución variable de 2015 únicamente se abonará en el caso de que el Banco haya alcanzado el nivel mínimo de cumplimiento del objetivo general de Beneficio neto atribuido fijado en 300 millones de euros para el año 2015, resulte sostenible de acuerdo con la situación del banco, que en cada uno de los años de liquidación el banco vaya a distribuir beneficios y que se superen las pruebas de resistencia bancaria que, en su caso pueda exigir la autoridad bancaria europea en cada uno de los años de liquidación.

En el reglamento del sistema de remuneración variable anual de 2016 se fija en 250 millones de euros y se añade un nuevo supuesto para la aplicación de la cláusula malus de acuerdo con la circular 2/2016 que permite la reducción hasta de un 100% de la retribución variable pendiente de abono cuando se produjeran fallos significativos en la gestión del riesgo cometidos por el banco o por una unidad de negocio o de control de riesgo; cuando se produzca un incremento de las necesidades de capital del banco o de una de las unidades de negocio, no previstas en el momento de generación de las exposiciones; que existieran sanciones regulatorias o condenas judiciales por hechos imputables a la unidad o al personal responsable; que se produjeran conductas irregulares, individuales o colectivas, considerándose como efectos especialmente negativos la comercialización de productos inadecuados y las responsabilidades de las personas u órganos que tomaron dichas decisiones.

SÉPTIMO.- Dado que la aplicación de la cláusula clawback supone que la entidad pueda exigir la devolución de remuneraciones variables ya percibidas o compensarlas con otras remuneraciones de cualquier naturaleza que el beneficiario tuviera derecho a percibir, requiere la concurrencia de una causa, a saber: sanción por incumplimiento grave del código de conducta y otra normativa interna, en particular la de riesgos; que la liquidación y abono de la variable se hubiera basado total o parcialmente en información cuya falsedad o inexactitud grave quedará demostrada a posteriori, o aflorasen riesgos asumidos durante el período considerado, u otras circunstancias no previstas ni asumidas por el banco que tuvieron un efecto negativo material sobre las cuentas de resultados. Procede acoger esta última ya que ha quedado acreditado con la documentación e informes contables, declaraciones de actividad, noticias de prensa obrantes en autos, la cual no ha sido impugnada, que las acciones del Banco Popular en los ejercicios 2015 y 2016 sufrieron graves caídas y que desde el año 2012 hasta 2016 la caída fue del 90% lo que llevó a la junta de accionistas del Banco celebrada en abril de 2016 a acordar que se llevase a cabo una ampliación de capital, la cual se llevó a cabo aplicándose el capital de la ampliación a provisiones para abordar las dificultades que atravesaba el banco, situación que no pudo sanearse y que finalizó con la resolución del Banco Popular. Desde lo anterior, no desvirtuado la mala situación económica del banco en los años 2015 y 2016 o la obtención de un beneficio neto mínimo de 300 y 250 millones, conforme a los reglamentos de retribuciones de los referidos ejercicios procede declarar que no ha lugar al cobro de la retribución variable correspondiente a los ejercicios 2013 y 2014 en los ejercicios 2015 y 2016 y en su mérito que procede, aplicando la cláusula clawback la recuperación por el Banco Popular y la devolución al mismo por parte del demandado de 142.666,33 euros más los intereses legales devengados desde 8 de septiembre de 2017.

OCTAVO.- Con relación a la declaración de ser procedente la aplicación de la cláusula malus o reducción a cero de la remuneración variable del ejercicio 2014 pendiente de cobro en 2018 por importe de 29.250 euros y 7.018 acciones del Banco, manifiesta la parte demandada su conformidad con dicho pronunciamiento en la Audiencia Previa al haber transcurrido el año 2018 y ser procedente en dicho momento la aplicación de la cláusula malus.

NOVENO.- Con relación a la acción declarativa de que procede aplicar el ajuste previo o la recuperación de aquellos importe que, en ejecución de la póliza de seguro de rentas de fecha 27 de julio de 2016 y en cumplimiento de la minúscula compensación por prejubilación regulada en el artículo 27 de los estatutos de Banco Popular, fueron abonados por Mapfre al Sr. Fidel desde el 27 de julio de 2016, así como los que abone Mapfre durante la tramitación de este procedimiento y de condena a la devolución al banco de los importes resultantes incrementados con el interés legal del dinero desde el 8 de septiembre de 2017 o desde la fecha de su percepción procede en primer término traer a colación el citado artículo 27 de los estatutos sociales del banco el cual establece una compensación por prejubilación en los siguientes términos:

Los miembros en activo de la Dirección General y del Consejo de Administración que durante 20 años, seguidos o alternos, hayan ejercido sus funciones en el Banco, tendrán derecho a recibir de él una pensión anual por jubilación pagada por mensualidades iguales que, sumada a la que, en su caso, percibieran de la Seguridad Social les suponga una cantidad líquida anual igual a la remuneración que percibieran en la nómina del Banco



en la fecha en la que cesaron en el ejercicio de sus funciones, cuando, con independencia o en contra de su voluntad, y cualquiera que fuera su edad, no hubieran sido renovados en su cargo y en sus funciones, o se comprobará que están imposibilitados por enfermedad o invalidez o hubieran alcanzado la edad de 65 años estando en el ejercicio de sus funciones y no desearan permanecer en sus cargos. Las pensiones serán actualizadas en la misma proporción en que no sean las pensiones de jubilación de los empleados... A los efectos de la jubilación a la que se refieren los párrafos anteriores, se sumará el tiempo ejercicio de funciones en la Dirección General o del Consejo de Administración al tiempo ejercido en otras funciones en el Banco..."

El 27 julio 2016 las partes firman el acuerdo de extinción, acuerdo en el que se regula los términos de la extinción de la relación jurídica entre las partes y, en lo que es objeto de Litis, se reconoce al Sr. Fidel el derecho a recibir la pensión prevista en el artículo 27 de los Estatutos Sociales, lo que incluye la compensación por jubilación pero además se incluye un pacto de no competencia post contractual como condición necesaria para tener derecho al cobro de la pensión desde el 27 julio 2017 hasta la fecha el Sr. Fidel acceda a la edad de jubilación, (compromiso que no está previsto en el citado artículo 27 de los estatutos).

Banco Popular conforme a lo estipulado en el acuerdo de extinción sometió los términos del acuerdo al contraste del Banco Central Europeo y del Banco de España. La Dirección General del Banco Central Europeo a través del supervisor comunitario remite al Banco Popular una comunicación de fecha 20 de junio de 2017 relativa a las preocupaciones relativas a los elementos variables de la remuneración de ciertos consejeros ejecutivos y directores generales del Banco Popular Español en la que "Recuerda al Banco Popular Español una serie de requisitos aplicables a ciertos consejeros ejecutivos y en particular al Sr. Fidel (doc 7.2 de la demanda), con respecto a las prestaciones descritas en el artículo 27 de los estatutos y en concreto con relación a las prestaciones correspondientes al periodo entre el cese del cargo y la jubilación, periodo que denomina periodo de prejubilación y en este sentido se recuerda al Banco Popular que está obligado, de conformidad con el artículo 34 de la ley 10/2014 a garantizar que los pagos relativos a la resolución anticipada del contrato se basen en los resultados obtenidos en el curso del tiempo y no recompensen los malos resultados o las conductas indebidas. En dicha comunicación se hace referencia al artículo 34 de la directiva DRC, la cual establece que, sin perjuicio de los principios generales del derecho contractual y laboral nacional, la remuneración variable total se reducirá generalmente de manera considerable cuando la entidad obtenga unos resultados financieros poco brillantes o negativos, teniendo en cuenta tanto la remuneración actual como las reducciones de los pagos de las cantidades previamente devengadas, incluso mediante cláusulas de penalización o de recuperación.

Se hace también referencia en esa comunicación a la comunicación efectuada por parte del Banco Popular al Banco Central Europeo de la resolución anticipada del contrato de Sr. Fidel y del anterior presidente del Consejo de administración y al hecho de haber realizado el Banco Popular dos aportaciones extraordinarias de 9.000.000 euros y 12.800.000 euros respectivamente a una póliza de seguros contratada como Mapfre SA para cubrir la remuneración acordada a favor de los beneficiarios, correspondiente, principalmente, al periodo de prejubilación. Con relación a dicho extremo manifiesta el Banco Centro Europeo que al considerar el Banco Popular el importe íntegro de las prestaciones como un beneficio no discrecional de pensiones y no como una remuneración variable el Banco Popular no aplicó ninguno de los requisitos aplicables a la remuneración variable según establece el artículo 34 de la ley 10/2014 a las prestaciones correspondientes al periodo de prejubilación y en concreto no realizó una evaluación del rendimiento de los beneficiarios a lo largo del tiempo y no incluyó ninguna garantía en los contratos de terminación tales como acuerdos de penalización (malus) o de recuperación (clawback).

Recuerda que de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 162 de las directrices de la ABE sobre políticas de remuneración adecuadas, las entidades garantizarán que la remuneración variable no se abone mediante instrumentos o métodos que tengan por objetivo el incumplimiento de los requisitos de remuneración del personal identificado o que efectivamente lleven al mismo o, cuando tales requisitos se apliquen a todo el personal, el incumplimiento de los requisitos de remuneración de todo el personal. Más concretamente, el párrafo 164 indica "la elusión se produce cuando la remuneración se denomine pago por jubilación anticipada y no se tenga en cuenta como remuneración variable, cuando en realidad el pago tenga carácter de indemnización por despido, (por tanto, de remuneración variable), al efectuarse en el contexto de la rescisión anticipada del contrato, o cuando realmente el miembro del personal no se jubile tras la concesión de dicho pago.

Por último la comunicación establece que las obligaciones de no competencia como condición para el acceso a las prestaciones han de ser por un tiempo limitado y que dichas cláusulas de la competencia deben estar justificadas por el daño potencial que pudieran causar las actividades competidoras y deben ser proporcionales al mismo ya que las cláusulas de competencia que no se ajusten a este objetivo general, como las cláusulas de la competencia ilimitada pueden arrojar dudas sobre la naturaleza de los pagos concedidos.



Finaliza dicha comunicación con una serie de recomendaciones.

De conformidad con lo expuesto el Banco Central Europeo considera que la pensión por prejubilación es una retribución variable a la que es aplicable las cláusulas malus y clawback y que las entidades garantizarán que la remuneración variable no se abone mediante instrumentos o métodos que tengan por objetivo el incumplimiento de los requisitos de remuneración del personal identificado, instrumento que como ocurre en el caso que nos ocupa puede ser un contrato de seguro que garantice el cobro de la pensión eludiendo de este modo la aplicación de las cláusulas malus y clawback.

Las recomendaciones últimas de la comunicación dieron lugar a modificaciones en la normativa interna del banco que atribuye a la pensión por prejubilación el carácter de remuneración variable.

No solo dicha comunicación define la pensión por prejubilación como remuneración variable, en la Guía EBA/GL/2015/22, conforme a los artículos 74.3 y 75.2 de la Directiva de la UE 2013/34, adoptada por el Banco de España el 27 de julio de 2016 establece que la remuneración fija como los pagos o beneficios para el personal que cumplen las condiciones para su concesión establecidas en la sección 7 y la remuneración variable como aquella que no es fija. Desde lo anterior todo lo que no sea remuneración fija es variable.

Son de aplicación todas las reformas operadas en la normativa aplicable por establecerlo así el propio contrato al enunciar en último lugar "...las disposiciones legales en cada momento aplicables en cada momento en relación con la remuneración de administradores de entidades de crédito..."

Siendo remuneración variable la pensión de prejubilación y siendo aplicables las cláusulas malus y clawback procede declarar que procede la recuperación de lo cobrado y el cese del cobro de la pensión dado que tras el cese del demandado tuvo lugar la resolución de la entidad ante la situación financiera que venía arrastrando desde el año 2012 por lo que procede estimar la pretensión de la actora.

DÉCIMO.- La pretensión deducida en la demanda frente a Mapfre requiere determinar cómo se gestionó entre el Banco Popular, como tomador del seguro de rentas, Mapfre como aseguradora y D. Fidel como asegurado el mecanismo para el pago y el cobro de la pensión por prejubilación y el contrato de administración de depósitos entre Banco Popular y Mapfre.

El contrato de administración de depósitos de 30 de diciembre de 2015 según la estipulación primera tiene por objeto la constitución de un depósito preparatorio de unas pólizas de seguro de rentas para un grupo de personas que ostentan el cargo de miembros del Consejo de administración de Banco Popular... La constitución de dicho depósito se realiza mediante una aportación única (pre-prima) de Banco Popular, así como de las eventuales primas futuras que dicha entidad realice para el efectivo cumplimiento del objeto de este contrato en los términos descritos en el Anexo II El importe del depósito ha de ser tal que permita efectuar el pago de la prima única suficiente para asegurar la cuantía que corresponda a cada miembro del consejo de administración del banco que se constituyan como "asegurados" y sus causahabientes, si así procediera, en el momento en que se suscriba la póliza de contrato de seguro correspondiente, como consecuencia del cese en el ejercicio de sus funciones antes de los 65 años de edad, y todo ello de conformidad con el artículo 27 de los Estatutos del Banco Popular debidamente inscritos en el Registro Mercantil cuyos compromisos objeto de financiación por este contrato quedan descritos en el Anexo II del mismo.

Desde lo anterior queda perfectamente acreditado que la finalidad del contrato de administración de depósitos no es otra que constituir un depósito por importe de las primas a satisfacer en las pólizas de seguro a suscribir por el Banco Popular con Mapfre a favor del asegurado en el momento del cese en sus funciones de este último y que el importe de la prima ha de coincidir con la suma de las pensiones de prejubilación desde el cese hasta alcanzar los 65 años. De acuerdo con ello y así consta en las actuaciones (doc. 12 de la demanda) el día 27 de julio de 2016 se suscribió la póliza de seguro colectivo de rentas a favor del Sr. Fidel mediante el pago de la prima única de 9.004.2016,10 euros, póliza que tiene por objeto el pago de las pensiones de prejubilación que se devenguen hasta la edad de jubilación.

Se trata por tanto de una operación que tiene por objeto garantizar el cobro de la pensión de jubilación al Sr. Fidel depositando el Banco en concepto de depósito irregular el importe de la llamada prima, que en definitiva es el importe de la pensión de jubilación a cobrar desde el cese hasta la jubilación (11 años) y que Mapfre se obliga a ir pagando por meses, siendo así que la parte de prima que no abone tendrá que restituirla al tomador del seguro. Se trata de una garantía de cobro de la pensión de prejubilación pues el tomador no puede disponer del depósito, Mapfre paga la pensión de prejubilación a cargo del depósito y en su caso tendrá que devolver la cantidad no dispuesta al finalizar la obligación de pago de la pensión. En definitiva paga el banco a través de Mapfre que recibe la totalidad de la cantidad a pagar el día del cese.

Desde lo anterior los dos contratos tiene origen en la misma causa, a saber: garantizar el pago de la pensión de prejubilación y el objeto del contrato de administración es el pago del importe de la prima del seguro cuando



se suscriba la póliza de donde resulta la conexión de ambos contratos siendo uno instrumento para el pago de la prima al suscribir el segundo lo que permite aplicar la llamada doctrina del móvil causalizado que invoca la parte actora ya que si no estuviera depositado el importe de la prima no se podría suscribir la póliza del contrato de seguro de rentas y la prima representa el importe de la pensión de jubilación a satisfacer al asegurado.

Desde lo anterior si a las remuneraciones variables, y la pensión de prejubilación lo es, les son de aplicación las cláusulas malus, clawback y el pago de la pensión de prejubilación se instrumentó a través de una póliza de seguro de rentas cuya prima abonada a la aseguradora equivale al importe total de las pensiones de prejubilación a cobrar por el asegurado la estimación del móvil causalizado determina que los mecanismos de ajustes que serían de aplicación a la remuneración variable dada la situación financiera de la entidad a la fecha del cese del consejero demandado trasciendan a quien ha asumido la obligación de pago de la compensación por prejubilación previo abono de dichas sumas por parte de la entidad ya que a través del entramado contractual la entidad aseguradora está abonando en nombre del Banco Popular las pensiones lo que se pone además de relieve con la obligación asumida por parte de Mapfre de devolver la parte de prima no consumida cuando cese la obligación de pago de la pensión de prejubilación.

Dado que el Banco está obligado aplicar las cláusulas malus y clawback en el año 2016 y por tanto no puede efectuar el pago de las pensiones de prejubilación dicha prohibición ha de alcanzar a Mapfre puesto que la obligación de pagar pensiones de prejubilación no existe y por tanto desaparece el objeto de seguro por lo que la prima no consumida, importe de las pensiones no abonadas, deben ser restituidas al depositante, Banco Popular, hoy Banco Santander.

UNDÉCIMO.- Las cantidades a restituir a la actora devengarán el interés legal del dinero desde el 8 de septiembre de 2017, fecha de la reclamación extrajudicial efectuada a los demandados de conformidad con el artículo 1108 del Código Civil.

DUODÉCIMO.- De conformidad con el artículo 394 de la LEC procede imponer las costas del procedimiento a los demandados.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y administrando Justicia en virtud de la autoridad conferida por la Constitución española en nombre de S.M. el Rey,

FALLO

Estimo la demanda formulada por el procurador de los tribunales Sr. Codes Feijoo en nombre y representación del Banco Santander SA por sucesión procesal del Banco Popular Español contra D. Fidel y Mapfre Vida SA y en su mérito:

1.- Declaro que procede aplicar la recuperación (cláusula Clawback) de la remuneración variable de 2013 y 2014 cobraba por el Sr. Fidel en los ejercicios 2015 y 2016 por importe de 142.666,33 euros y condeno al Sr. Fidel a abonar a la actora la cantidad de 142.666,33 euros más los intereses legales desde el 8 septiembre 2017.

2.- Declaro que procede aplicar la reducción a cero (cláusula malus) de la remuneración variable del ejercicio 2014 pendiente de cobro por el Sr. Fidel en 2018 por importe de 29.250 € en efectivo y 7018 acciones del banco.

3.-Declaro que procede aplicar el ajuste previo o la recuperación (cláusula Clawback) de aquellos importes que, en ejecución de la póliza de seguro de rentas de 27 julio 2016 y en cumplimiento de la compensación por prejubilación fueron abonados por Mapfre al Sr. Fidel desde el 27 julio 2016, así como los que abone Mapfre durante la tramitación de este procedimiento, y en su mérito condeno al Sr. Fidel a abonar al Banco Popular los importes percibidos en concepto de pensión de prejubilación, que se verán incrementados con los intereses siguientes: para el caso de los importes ya abonados intereses legales desde el 8 septiembre 2017; y para aquellos importes que, en su caso, abone Mapfre durante la tramitación del procedimiento se devengarán los correspondientes intereses legales desde la fecha de su percepción por el Sr. Fidel . Y

4.-Declaro que procede aplicar por Banco Popular en el ajuste previo una reducción a cero de la compensación por prejubilación regulada en el artículo 27 de los estatutos del banco popular y cuyo pago se instrumenta a través de la póliza de seguro de rentas suscrita, a fecha de 27 julio 2016 con Mapfre y en su mérito condeno a Mapfre a dejar sin efecto las obligaciones de pago previstas en la póliza de seguro y a devolver a Banco Popular el importe de prima no consumida incrementado con los intereses legales calculados desde el 8 septiembre 2017.

Con expresa condena en costas a los demandados.



Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2439-0000-04-1066-17 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2439-0000-04-1066-17

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

PUBLICACIÓN: Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión a autos. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJDOJ