



Roj: **SJSO 4879/2019** - ECLI: **ES:JSO:2019:4879**

Id Cendoj: **28079440302019100001**

Órgano: **Juzgado de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **30**

Fecha: **20/12/2019**

Nº de Recurso: **754/2019**

Nº de Resolución: **431/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SANDRA GARCIA FUENTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

NIG: 28.079.00.4-2019/0036701

Juzgado de lo Social núm. 30

Princesa 3-8º

Tel. 914438057-58

28008-MADRID

Número de Autos: 754/2019

SENTENCIA Nº 431/2019

En Madrid, a 20 de Diciembre de 2.019.

Vistos por la Ilma. Dña. Sandra García Fuentes, Magistrada de este Juzgado, los presentes autos seguidos en este juzgado bajo el número 754/19, a instancias de BANCO DE SANTANDER defendido por el Letrado D. Luis Enrique Fernández Pallares, contra D. Anibal , defendido por el Letrado D. Santiago Satue González, sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, resuelve :

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 16.07.19, BANCO SANTANDER, interpuso demanda en la que solicitaba se dicte sentencia en la que condene al demandado a abonar a la entidad demandante la cantidad de 16.876,50 euros, en concepto de retribución variable o bonus de los años 2.013 y 2.014, más el interés de mora del 10%. Se admitió la demanda mediante Decreto, y tramitados los autos legalmente, se señaló para los actos de conciliación y de juicio que se celebró el 11.12.19.

SEGUNDO.- El día señalado comparecieron las partes, ratificó la actora la demanda, y la demandada se opuso alegando la prescripción de la acción, y se opuso al fondo, por no concurrir los requisitos para la aplicación de la cláusula "claw back". Se practicó la prueba admitida y tras oír a las partes en conclusiones, quedó el asunto visto para dictar sentencia.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- D. Anibal prestó sus servicios para BANCO POPULAR desde el 17.07.75 hasta el 31.05.17 fecha en la que pasó a la situación de jubilación anticipada en los términos pactados en el acuerdo de prejubilación suscrito entre el actor y el Banco Popular el 30.12.16. Antes de su jubilación ocupaba el puesto de Director de Gabinete de Presidencia del Banco Popular, formando parte del "colectivo identificado" de la entidad, miembro del Comité de Dirección.

(Hechos no controvertidos)



SEGUNDO.- El Banco Popular en el ejercicio 2.016 tuvo una pérdidas de 3.222,30 millones de euros, y en junio de 2.017, arrastraba pérdidas de 12.218 millones de euros.

En fecha 06.06.17, el Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución la inviabilidad de la entidad por considerar que no podía hacer frente a sus deudas y demás pasivos. La JUR en fecha 07.06.17, estableció los criterios para adoptar un dispositivo de resolución del Banco, y acordó la "resolución" del Banco Popular y aprobar las medidas de resolución del Banco, en fecha 07.06.17. (Documentos 8 y 9 de la parte actora).

El procedimiento culminó con resolución de ese mismo día del FROB que procedía a reducir a 0 el capital social, acordar un aumento de capital por importe de 684 millones de euros con un valor nominal de 1 euro y transmitir la totalidad de las acciones al Banco de Santander.

Finalmente el Banco Santander adquirió el Banco Popular, se elevó a escritura pública de 20.09.18 la Fusión por Absorción del Banco Santander al Banco Popular . (Documento 2 de la demanda y documentos 15 y 37 de la actora)

TERCERO.- En fecha 03.04.17 el Banco Popular comunica a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que el Consejo de Administración ha venido siendo informado en los últimos días de la revisión que el departamento de Auditoría interna, en el ejercicio de sus funciones, está realizando de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2.016, obrante como documento 6 de la parte actora, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido, anunciando que el Banco incluirá las correcciones que sean oportunas de forma retroactiva en los estados financieros del primer semestre.

PricewaterhouseCoopers Auditores, auditores de Banco Popular España S.A enviaron comunicación al Presidente de la Comisión de Auditoría del Banco Popular, obrante a Folio 58 reverso, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido , en relación a los datos proporcionados de resultado de pérdidas, patrimonio neto y total activo, indicando que "en los términos descritos en el citado Hecho Relevante ", no representan por sí solo, ni en su conjunto, un impacto significativo en las cuentas anuales de la entidad al 31.12.16, que justifiquen su reformulación. " Y concluye: "estamos de acuerdo con su propuesta de incluir las correcciones que sean oportunas en los estados financieros del primer semestre de 2.017."

CUARTO.- El Banco Popular abonó a D. Anibal remuneraciones variables de los años 2.013 y 2.014 según el Reglamento de Remuneración variable de 2.013 y 2.014, (Documentos 31 y 32) en concepto de remuneración variable correspondiente al ejercicio de 2.013 la cantidad de 11.000 euros y 2.359 acciones, que abonó en la siguiente forma:

En fecha 07.04.15: 5.500 euros y 1.179 acciones.(Folio 308)

En fecha 13.04.16: 5.500 euros y 1.179 acciones.(Folio 309)

Y en concepto de retribución variable correspondiente al ejercicio de 2.014, 45.255 euros que se abonaron de la siguiente manera:

En fecha 08.04.15: 33.941 euros y 8.144 acciones.(Folio 310)

En fecha 14.04.16: 11.314 euros y 2.715 acciones.(Folio 311)

En el año 2.017 no percibió retribución variable correspondiente a los ejercicios de 2.013 y 2.014, por decisión de la Comisión de Retribuciones de Banco Popular.

(Hechos no controvertidos)

QUINTO.- En fecha 15.03.18 el Consejo de Administración del Banco Santander adoptó medidas de ajuste entre ellas la consistente en la recuperación del 65% de las cantidades abonadas en concepto de retribución variable correspondiente a los ejercicios 2.013 y 2.014, durante los años 2.015 y 2.016.(Documento 23)

En fecha 05.04.18 el Banco Santander comunicó mediante burofax al actor la aplicación concreta de esta medida al mismo , indicando que "las circunstancias consideradas al efecto son de carácter objetivo y relacionadas fundamentalmente con la situación financiera del Banco, su sostenibilidad y el cumplimiento de las ratios regulatorias... se han considerado las referidas circunstancias, evidenciadas en la situación atravesada por el Banco Popular y que desembocó en su Resolución..." y se le reclamó la devolución de la cantidad de 16.876,50 euros, por las cuantías abonadas en concepto de retribución variable de los ejercicios 2.013 y 2.014 en los años 2.015 y 2.016." (Documentos 25 y 26 de la parte actora)

SÉXTO.- En fecha 22.03.19 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC por la entidad actora. Se celebró acto de conciliación en fecha 10.04.19 sin acuerdo. (Folio 19)



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La versión judicial de los hechos, reflejada en los Hechos Probados de la presente resolución ha sido obtenida de la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LRJS y en concreto de la prueba documental aportada por las partes, valoradas conforme preceptúa el Art. 326 y siguientes y 376 de la L.E.C.

SEGUNDO.- El objeto del procedimiento es la reclamación al actor de las cantidades abonadas en los años 2.015 y 2.016 correspondientes a los años 2.013 y 2.014. La parte demanda alega prescripción y se opone al fondo por no concurrir los presupuestos para la aplicación de la cláusula de devolución.

La parte demandada alegó la excepción de prescripción, por haber transcurrido más de un año desde que pudo reclamarse la cantidad. La parte demandada se opone alegando que debe de aplicarse el plazo de prescripción de tres años, ya que la retribución de los bonus se difiere según los Reglamentos de retribución variable de 2.013 y 2.014 en un periodo de tres años en el caso del actor. Además la parte actora sostiene que incluso aplicando el plazo de prescripción de tres años, estarían prescritas las cantidades anteriores a marzo de 2.015, cuando se devengó y debió de abonarse el bonus por el Banco según los Reglamentos de Retribución variable.

El apartado 6 del Reglamento de retribución variable anual de 2.013 y del Reglamento de retribución variable de 2.014, recoge el procedimiento de liquidación y abono de la retribución variable, distingue entre la parte que se abona en metálico y la parte que se abona en acciones. La parte que se abona en metálico, que es el objeto del presente procedimiento, se abonará durante el primer trimestre del ejercicio de 2.015, se difiere el restante 50% para ser abonado por tercios durante los años 2.016, 2.017 y 2.018. Las partes de retribución variable que se encuentren diferidas y pendientes de abono no serán satisfechas cuando se den determinadas circunstancias con anterioridad a la fecha del abono ("clausulas malus"). El apartado 7 de los Reglamentos distingue entre las clausulas malus y las cláusulas "clawback", indica: El sistema contempla los siguientes supuestos que pueden minorar o impedir en determinados casos el cobro de la retribución variable pendiente de pago" dentro de las que recoge las alegadas por la parte actora para justificar la aplicación de la cláusula clawback : Insuficiente desempeño financiero del Banco y Reformulación material de los estados financieros del Banco, salvo debida a la modificación de las normas contables aplicables, variaciones significativas del capital económico y de la valoración cualitativa de riesgos. Se recoge expresamente en tal punto del Reglamento, que en el caso de que durante los tres años siguientes a la liquidación y abono de la retribución variable anual de 2.013 y 2.014 se den alguna de las siguientes circunstancias, Banco Popular podrá exigir a los Beneficiarios la devolución de la citada retribución variable. Estos son los siguientes supuestos, dentro de los que se encuentra el alegado por la parte actora: Cuando se ponga de manifiesto, que la liquidación y abono de la retribución variable anual 2.013 2.014 se ha producido total o parcialmente en base a información cuya falsedad o inexactitud grave quede demostrada a posteriori, de forma manifiesta o afloran riesgos asumidos durante el periodo considerado u otras circunstancias no previstas ni asumidas por el Banco, que tengan un efecto negativo material sobre las cuentas de resultados de los cualquiera de los años de periodo de "clawback ".

En aplicación de lo dispuesto en el apartado 7 de los correspondientes Reglamentos de Retribución variables, debo desestimar la excepción de prescripción alegada de contrario, toda vez, que la parte actora reclama las cantidades que abonó al actor en los tres años anteriores al conocimiento de la causa que a su criterio, permite la aplicación de la "claw back" en marzo de 2.018. Esta clausula no es abusiva como pretende la parte actora, toda vez, que es proporcional al sistema de retribución diferida del abono de la retribución variable, y contribuye al mantenimiento de la situación de estabilidad financiera bancaria, en consonancia con la nueva regulación del sector, cuya finalidad es la sostenibilidad y adecuación a la realidad económica de los resultados bancarios, permitiendo la adopción de medidas de ajuste entre las que se encuentra la posibilidad de "recuperación de las variables percibidas con anterioridad, como se recoge en el art. 34.1.n) de la Ley 10/14 de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito y el Real Decreto 84/15 que la desarrolla. No genera inseguridad jurídica a las partes, como pretende la parte demandada, toda vez, que el plazo de prescripción existe, solo se pueden reclamar las cantidades abonadas en los tres años anteriores a la fecha en la que se produce alguna de las causas que dan lugar a la aplicación de la cláusula.

Procede desestimar la prescripción parcial de las cantidades, alegada por el demandado, en relación a las retribuciones variables devengadas antes de 31.03.15, es decir la parte de retribución variable de 2.013 y 2.014 devengada el primer trimestre de 2.015, que asciende a 39.441 euros, ya que, el tenor literal de la cláusula 6 del Reglamento de Retribuciones de 2.013 y 2.014, dice: El 50 por 100 de la retribución variable anual, tanto la parte en metálico como la parte en acciones se abonará durante el primer trimestre del ejercicio 2.013 o 2.014, difiriéndose el restante 50 por 100 para ser abonado por tercios durante los años 2.015, 2.016 y 2.017, no dice que se deba de abonar el importe diferido en el primer trimestre de los años 2.015, 2.016 y 2.017. Y el apartado 7 de los Reglamentos tiene un tenor literal claro: " durante los tres años siguientes a la liquidación y abono de la retribución variable anual de 2.013 y 2.014". Se refiere concretamente al momento de liquidación



y abono, que es de la retribución variable de 2.013 el 07.04.15 y de la retribución variable de 2.014 el 08.4.15. Y la reclamación al actor es de 05.04.18, no habiendo transcurrido tres años desde el abono y liquidación.

TERCERO.- Entrando a resolver el fondo del asunto, la cuestión controvertida consiste en resolver si concurre o no la causa que permite la aplicación de la cláusula "clawback".

La carga de acreditar la concurrencia de la causa alegada le corresponde a la parte actora, conforme las normas de distribución de la carga de la prueba previstas en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En fecha 05.04.18 el Banco Santander comunicó mediante burofax al actor la aplicación concreta de esta medida al mismo, indicando que "las circunstancias consideradas al efecto son de carácter objetivo y relacionadas fundamentalmente con la situación financiera del Banco, su sostenibilidad y el cumplimiento de las ratios regulatorias se han considerado las referidas circunstancias, evidenciadas en la situación atravesada por el Banco Popular y que desembocó en su Resolución..."

El apartado 7 de los Reglamentos de Retribuciones del año 2.017 y 2.018, recogen lo supuesto en los que se puede aplicar la cláusula de recuperación de las variables diferidas abonadas correspondientes a los años 2.017 y 2.018, dentro de los que se encuentra el motivo alegado por la parte actora para su aplicación en el caso concreto: Cuando se ponga de manifiesto, que la liquidación y abono de la retribución variable anual 2.013 2.014 se ha producido total o parcialmente en base a información cuya falsedad o inexactitud grave quede demostrada a posteriori, de forma manifiesta o afloran riesgos asumidos durante el periodo considerado u otras circunstancias no previstas ni asumidas por el Banco, que tengan un efecto negativo material sobre las cuentas de resultados de los cualquiera de los años de periodo de "clawback ". En relación a la retribución variable de 2.014, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 34.1.n) de la Ley 10/14 que indica: "La remuneración variable, incluida la parte diferida, se pagará o se consolidará únicamente si resulta sostenible e acuerdo con la situación financiera de la entidad en su conjunto y si se justifica sobre la base de los resultados de la entidad, de la unidad de negocio y de la persona que se trate. "El párrafo señala que las entidades establecerán los criterios específicos para la aplicación de las cláusulas de reducción y recuperación. Son por tanto las propias entidades financieras quienes deben de concretar los presupuestos de aplicación de estas cláusulas, pero respetando el principio de sostenibilidad financiera del Banco y posibilidad efectiva según el resultado positivo de las cuentas y balances del Banco en los años en los que se proyecta el abono de la retribución variable y posibilidad de retorno.

Ha quedado acreditado mediante el documento 6 aportado por la parte actor, que en fecha 03.04.17 el Banco Popular comunica a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que "el Consejo de Administración ha venido siendo informado en los últimos días de la revisión que el departamento de Auditoría interna, en el ejercicio de sus funciones, está realizando de la cartera de crédito y de determinadas cuestiones relacionadas con la ampliación de capital de mayo de 2.016, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido, anunciando que el Banco incluirá las correcciones, que sean oportunas de forma retroactiva en los estados financieros del primer semestre de 2.016. Señala la comunicación que el análisis preliminar indica que el grueso del efecto relacionado con los créditos dudosos y las posibles insuficiencias a que se refieren los apartados 2) y 3) provienen de ejercicios anteriores a 2.015 y tendrían por ello, escaso impacto en los resultados del ejercicio 2.016, aunque sí afectaría al patrimonio neto, por importe de 61 millones de euros.

PricewaterhouseCoopers Auditores, auditores de Banco Popular España S.A enviaron comunicación al Presidente de la Comisión de Auditoría del Banco Popular, obrante a Folio 58 reverso, cuyo contenido se tiene íntegramente por reproducido, en relación a los datos proporcionados de resultado de pérdidas, patrimonio neto y total activo, indicando que no aconseja la reformulación de las cuentas del ejercicio 2.016, "en los términos descritos en el citado Hecho Relevante", no representan por sí solo, ni en su conjunto, un impacto significativo en las cuentas anuales de la entidad al 31.12.16, que justifiquen su reformulación. "Pero concluye: "estamos de acuerdo con su propuesta de incluir las correcciones que sean oportunas en los estados financieros del primer semestre de 2.017."

De la comunicación indicada, prueba fundamental de la causa alegada de contrario, así como la comunicación de los auditores externos del Banco Popular, resulta que se puso de manifiesto un desajuste en las cuentas anuales de 2.016, que se arrastraba desde el año 2.015,, debido a la insuficiencia en determinadas provisiones constituidas respecto a riesgos que debía de ser objeto de provisiones individualizadas y que afectarían de manera negativa en las cuentas de 2.016, que ya terminaban con unas pérdidas de 4.888 millones de euros. Y que finalmente dio lugar a que tras los ajustes contables del primer trimestre de 2.017, el Banco se encontrara en una situación de pérdidas, e imposibilidad de hacer frente a sus deudas y obligaciones, que tuviera que ser intervenido y finalmente se acordara su resolución, aplicando la normativa Bancaria europea y española. La causa de aplicación de la clawback debe de interpretarse, según el tenor literal de la misma que se refiere a supuestos en los que se haya generado la retribución en base a información falsa o de inexactitud grave



demostrada o que se descubran riesgos asumidos durante el año de devengo, o circunstancias no previstas, que tengan un efecto material negativo sobre las cuentas de resultados de los años del periodo de clawback. Interpretadas a la luz del art. art. 34.1.n) de la Ley 10/14, transcrito con anterioridad, y la finalidad de la normativa bancaria encaminada al mantenimiento del equilibrio financiero y sostenibilidad económica de las entidades bancarias. En definitiva ha quedado acreditado que con posterioridad al devengo de la retribución variable de 2.013 y 2.014, se puso de manifiesto la inexactitud en las cuentas del Banco, de tal magnitud, que desembocó en la resolución del mismo. Por lo que, procede la aplicación de la cláusula de retorno, habida cuenta del efecto material negativo que tuvo la inexactitud de la información contable de las cuentas de resultado grave en los periodos de claw back, 2.05, 2.016 y 2.017.

Por todo lo expuesto, procede la estimación de la demanda, por haber quedado suficientemente acreditada la concurrencia del presupuesto de aplicación de la cláusula de retorno, siendo proporcional y adecuado a las circunstancias concretas del caso el porcentaje de devolución solicitado del 65%, correctamente aplicado según los cálculos que se recogen en la demanda.

No procede la aplicación del interés de mora del 10%, toda vez, que no se trata de una deuda salarial el empresario con el trabajador, sino de la solicitud de devolución del empresario, por una circunstancia posterior al devengo, en los términos pactados. El art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores se refiere exclusivamente al interés de mora en el "pago de los salarios".

CUARTO.- Contra la presente resolución cabe interponer recurso de suplicación conforme al Art. 191 LRJS.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo de ESTIMAR Y ESTIMO la demanda formulada por BANCO SANTANDER contra D. Anibal y CONDENAR al demandado **a devolver al BANCO SANTANDER la cantidad de 16.876,50 euros correspondientes a la retribución variable de los ejercicios 2.013 y 2.014.**

Incorpórese la presente sentencia al libro correspondiente, expídase testimonio para su unión a autos, y hágase saber a las partes que, de conformidad con el artículo 191 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, incorpórese la presente sentencia al libro correspondiente, expídase testimonio para su LRJS, contra ella cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Se acuerda notificar esta sentencia a las partes, advirtiéndoles que contra ella podrán interponer recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, del modo siguiente:

ANUNCIO DEL RECURSO artículo 194 LRJS

Dentro de los CINCO DIAS siguientes a la notificación de la sentencia, bastando para ello la mera manifestación de la parte o de su abogado, graduado social colegiado o de su representante, al hacerle la notificación de aquella, de su propósito de entablado. También podrá anunciarse por comparecencia o por escrito de las partes o de su abogado o graduado social colegiado, o representante ante el juzgado que dictó la resolución impugnada, dentro del indicado plazo.

DEPÓSITO Art. 229 LRJS

Todo el que, sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación, consignará como depósito trescientos euros.

También estarán exentas de depositar y realizar consignación de condena las entidades públicas referidas en el art. 229.4 LRJS.

DATOS ENTIDAD BANCARIA DONDE REALIZAR DEPÓSITO

Cuenta abierta, en la entidad BANCO DE SANTANDER, a nombre de este Juzgado Social Treinta de Madrid, nº referencia IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiéndose indicar en observaciones los dígitos 2803 0000 00 0754 19

CONSIGNACIÓN DE CONDENA Art. 230 LRJS

Cuando la sentencia impugnada hubiere condenado al pago de cantidad, será indispensable que el recurrente que no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita acredite, al anunciar el recurso de suplicación, haber consignado en la oportuna entidad de crédito y en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre del órgano jurisdiccional, la cantidad objeto de la condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido



por entidad de crédito. En el caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos.

DATOS ENTIDAD BANCARIA DONDE REALIZAR CONSIGNACIÓN

Cuenta abierta, en la entidad BANCO DE SANTANDER, a nombre de este Juzgado Social Treinta de Madrid, nº referencia IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, debiéndose indicar en observaciones los dígitos 2803 0000 00 0754 19

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio mando y firmo.

LA MAGISTRADA JUEZ

DÑA. SANDRA GARCIA FUENTES

PUBLICACIÓN.-_ Leída y publicada fue la anterior Sentencia el día de la fecha por la ILMA. SRA. MAGISTRADA que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Juzgado. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ