

DERECHO BANCARIO

*El Tribunal Supremo confirma la aplicación de las cláusulas *malus* y *clawback* en los sistemas de retribución de directivos (STS 802/2026).*

[STS, Sección Primera, de 27 de mayo de 2026, STS 802/2026; Rec: 2383/2022 Ponente: Excma. Sra. D.ª Nuria Auxiliadora Orellana Cano.](#)

Antecedentes – Tramitación e interposición del recurso de casación e infracción procesal – Doctrina sobre la determinación de la naturaleza de una cláusula de compensación por no competencia postcontractual entre directivos y entidades bancarias (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Akemi Munemura).

Antecedentes: “[...] El 27 de Junio de 2016, **D. Jose Francisco suscribió con Banco Popular Español S.A.** [...] un contrato denominado «CONTRATO DEL CONSEJERO DELEGADO», en virtud del cual, el Sr. Jose Francisco prestaría «**los servicios propios de consejero delegado de Banco Popular y asumiría las responsabilidades ejecutivas derivadas de su cargo en el Banco** (...) con sujeción a lo establecido en los estatutos sociales, disposiciones legales aplicables, reglamento y directrices emanadas del consejo de administración» [...]. La estipulación segunda del contrato [era] relativa a la «Normativa» aplicable [...]. La estipulación séptima recogía la **remuneración del Sr. Jose Francisco a partir del 1 de septiembre de 2016**, conforme al art. 26 de los estatutos [...]. También se reconocían [...] como retribuciones en especie, las de común aplicación, un seguro de enfermedad y un seguro de vida con un capital asegurado equivalente a cinco anualidades de la retribución fija. La estipulación novena, bajo la rúbrica «Sistema de previsión social», excluía la aplicación del art. 27 de los estatutos al Sr. Jose Francisco -debido a su previsible eliminación- [...]. [...] [E]l apartado 1 de la estipulación undécima («extinción del contrato»), a los efectos que interesan en el recurso, disponía lo siguiente: «[...] La **extinción del contrato por decisión unilateral** del Sr. Jose Francisco requerirá que comunique su **decisión por escrito**, con un preaviso mínimo de quince días. En el supuesto de incumplimiento de este deber de preaviso, [...] **abonará a BANCO POPULAR una indemnización** equivalente a las retribuciones correspondientes a la duración del período incumplido. [...] La estipulación duodécima [...], bajo la rúbrica «Pacto de no competencia postcontractual», tenía el siguiente contenido: «Ambas Partes acuerdan que en el caso del Sr. Jose Francisco resulta insuficiente el alcance de la previsión del penúltimo párrafo del artículo 18.2 del Reglamento del Consejo, que establece una **obligación de no competencia durante dos años desde el cese de un consejero**. El Sr. Jose Francisco no sólo va a desempeñar el cargo de consejero, sino que además va a ostentar el puesto de Consejero Delegado, lo que hace que sea de primordial interés para el Banco garantizarse que, durante un cierto periodo de tiempo, el Sr. Jose Francisco pueda vincularse con ninguna otra entidad de crédito. [...] [L]a estipulación decimotercera, relativa a la «Integración del contrato en la Política de Remuneraciones de Banco Popular» disponía lo siguiente: «El contrato quedará complementado y deberá ser ejecutado de conformidad con las disposiciones que estén previstas en la **Política de Remuneraciones del Banco**, cuyo contenido y modificaciones futuras las Partes se obligan a cumplir como parte integrante del presente contrato [...]. Las remuneraciones previstas para el Consejero Delegado [...] ser acordes con la Política de Remuneraciones de los consejeros vigente en cada momento, sin que por tanto se pueda producir su abono en contra de lo establecido en la Política de Remuneraciones vigente en cada momento». [...] **El 3 de abril de 2017, D. Jose Francisco cesó de forma voluntaria en su cargo de consejero delegado de Banco Popular**, con efectos a partir del 18 de abril de 2017, «por motivos estrictamente personales». El 10 de abril de 2017, el consejo de administración del banco, previa propuesta de la Comisión de nombramientos, gobierno y responsabilidad corporativa, **acordó aceptar la renuncia voluntaria** del Sr. Jose Francisco y lo comunicó a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) como hecho relevante. [...] El mismo día, 10 de abril de 2017, D. Jose Francisco y Banco Popular suscribieron un «**Protocolo de extinción**» de las relaciones orgánicas y contractuales que les vinculaban. [...] [E]l protocolo

indicaba expresamente [...] que **la extinción no generaba el pago de ninguna indemnización** a favor del Sr. Jose Francisco. También acordaron que **no procedía el pago al Sr. Jose Francisco de importe alguno en concepto de retribución variable** referida al ejercicio 2017, **ni de ninguna cantidad adicional** en concepto de retribución variable anual, ni en metálico ni en acciones, correspondiente al ejercicio 2016. Respecto de las aportaciones al sistema de previsión social expresamente convinieron [...]: «De acuerdo con lo previsto en la Estipulación Novena de su Contrato en relación con las aportaciones al sistema de previsión social, el Sr. Jose Francisco **tendrá derecho a mantener el 75 por 100 de la primera aportación realizada por el banco en 2017**, que asciende a 700.000 euros, con las condiciones para su cobro previstas en la referida Estipulación». Y en la estipulación sexta del protocolo se acordó sobre el «pacto de no competencia postcontractual» [...] **el Sr. Jose Francisco se obliga a no presta servicios, directa o indirectamente**, por cuenta ajena o propia, por sí o por persona interpuesta, a entidades de crédito desde la Fecha de Efectos del presente Protocolo de Extinción y durante un plazo de tres años. [...] [E]n concepto de compensación por el citado pacto de no competencia, **el Banco abonará al Sr. Jose Francisco un importe de 5.000.000 de euros**. La compensación será abonada por el Banco en seis plazos iguales cada uno de ellos, cada seis meses, desde la Fecha de Efectos. [...]. [...] El art. 18.2 del Reglamento del Consejo de Administración de Banco Popular recogía una obligación de no competencia postcontractual a todos los consejeros tras el cese por un periodo de dos años, sin derecho a indemnización [...]. [...] El apartado 6.2.4 de la Política de Remuneraciones de Banco Popular de 2017, que contemplaba la **reducción de la retribución variable** diferida por aplicación de la denominada **cláusula malus**, establecía [...]: [...] que se encuentre pendiente de abono, podrá reducirse hasta el 100 por 100 si, durante el Periodo de Consolidación [...]: »a) [...] la remuneración variable total se reducirá de forma considerable cuando el Banco obtenga unos resultados financieros poco brillantes o negativos [...]. [...] En todo caso [...] **se pagará únicamente si resulta sostenible de acuerdo con la situación de Banco Popular** en su conjunto y si se justifica en función de los resultados del Banco. [...] El Consejo de Administración, a propuesta de la Comisión de Retribuciones, determinará en su caso si han concurrido las circunstancias que deben provocar la aplicación de la cláusula [...] y la Retribución Variable que, en su caso, deba ser reducida». [...] Banco Popular presentaba en 2016 una **situación financiera muy complicada**. El 3 de febrero de 2017, se publicaron los resultados del último trimestre del ejercicio 2016. **El informe trimestral explicó las circunstancias extraordinarias que afectaron a la actividad del banco** durante los últimos meses del ejercicio [...]. [...] La junta general extraordinaria de accionistas celebrada el 20 de febrero de 2017 aprobó el nombramiento de un nuevo consejero ejecutivo del banco, que fue designado Presidente en la reunión del consejo de administración celebrada con posterioridad. En esa sesión se adoptaron también otros acuerdos relacionados con la recomposición de los órganos directivos de la entidad. La junta general ordinaria, celebrada el 10 de abril de 2017, aprobó las cuentas anuales de 2016, con un **resultado negativo individual de más de 3.200 millones de euros** [...]. El 5 de mayo de 2017, se informó del desempeño de la entidad durante el primer trimestre del año, muy lastrado por el negocio inmobiliario, que asumió nuevas provisiones por importe de 496 millones, lo que se tradujo en unas **pérdidas de 137 millones**. [...] El deterioro de la liquidez de Banco Popular durante las semanas siguientes llevó a las autoridades comunitarias a decidir aplicar el **Mecanismo Único de Resolución (MUR)** [...]. [E]l 6 de junio de 2017 el **Banco Central Europeo comunicó a la Junta Única de Resolución (JUR) la inviabilidad de Banco Popular** por considerar que no tenía ni era capaz de obtenerla liquidez necesaria para atender el pago de sus obligaciones exigibles, por lo que no podía continuar con su operativa diaria. El dispositivo de resolución, adoptado por la JUR el día siguiente [...] **estableció la amortización de todas las acciones, la conversión en acciones y la posterior amortización de los instrumentos de capital adicional de nivel 1** (bonos contingentemente convertibles), la conversión en acciones de nueva emisión de los instrumentos de capital de nivel 2 (bonos subordinados) y la venta de esas nuevas acciones. En los días previos se había organizado por la JUR un proceso competitivo urgente de **subasta para la venta de Banco Popular en un escenario de resolución**. Banco Santander, S.A. [...] accedió a participar en el proceso y formuló una oferta vinculante para adquirir la totalidad de las acciones del Banco. Como ninguna otra entidad se mostró dispuesta a asumir las exigencias derivadas de una adquisición de estas características [...], las autoridades dieron curso a la oferta formulada por Banco Santander y acordaron la venta del cien por cien del capital de Banco Popular el día 7 de junio de 2017. El 28 de julio de 2017, Banco Popular realizó una ampliación de capital por 2.736 millones de euros con prima de emisión de 4.143 millones de euros, que fue íntegramente suscrita por el Grupo Santander. Atendiendo a las circunstancias concurrentes tras la resolución de la entidad, **Banco Popular registró unas pérdidas contables de 12.218 millones de euros desde enero hasta junio de 2017**. [...] El 20 de junio de 2017, el Banco Central Europeo remitió

al Banco Popular una comunicación en la cual ponía de manifiesto determinadas inquietudes en relación con las retribuciones de sus altos directivos, que incluían [...] recordar que la entidad supervisada está obligada «a garantizar que los pagos relativos a la resolución anticipada de un contrato se basen en los **resultados obtenidos en el transcurso del tiempo** y no recompensen los malos resultados o las conductas indebidas» y que «la **remuneración variable total se reducirá finalmente de manera considerable cuando la entidad obtenga unos resultados financieros poco brillantes o negativos**, teniendo e[n] cuenta tanto la remuneración actual como las resoluciones de los pagos de las cantidades previamente devengadas, incluso mediante cláusulas de penalización o de recuperación». [...] [A]dvertía que los **pactos de no competencia postcontractual deberían estar limitados a una duración de dos años**, porque de lo contrario «puede arrojar dudas sobre la naturaleza de los pagos». La Comisión de Retribuciones y el Consejo de Administración de Banco Popular **finalizaron el análisis iniciado antes de la resolución y activaron los mecanismos para dar cumplimiento a los requerimientos** [...]. Por lo que respecta a la remuneración del Sr. Jose Francisco, se analizaron los distintos conceptos retributivos a la luz de la regulación aplicable a las retribuciones variables y a la Política de Remuneraciones de los Consejeros del Banco de 2017 [...]. [...] El 20 de julio de 2017, Banco Popular respondió a la comunicación del Banco Central Europeo mediante una carta en la que exponía, en relación con el Sr. Jose Francisco [...] «5.- En lo que se refiere a la **obligación de no competencia de 3 años contemplada en el contrato de servicios** [...] el Consejo ha acordado que los términos de dicha obligación, y en especial, el hecho de que tras un número de años de servicio la obligación comienza a disminuir en duración y remuneración, desapareciendo finalmente en el momento en el que se dé la terminación del contrato a la edad de 65 [...] o posteriormente, hacen que sea **equivalente a una indemnización por despido**. »Por tanto, son aplicables los mismos requisitos dispuestos en la antedicha sección 3, que han provocado que el Consejo haya decidido reducir el pago a cero. Por consiguiente, **Banco Popular no deberá realizar ningún pago como contraprestación de dicha obligación** [...] y liberará al Sr. Jose Francisco de la misma. [...] [A]ntes de la disolución del Banco Popular, el Consejo de Administración ya había acordado **aplicar una penalización (malus) a los pagos del Sr. Jose Francisco** en relación a la obligación de no competencia. [...] [...] El 8 de septiembre de 2017, Banco Popular remitió un burofax a D. Jose Francisco, en el que le comunicaba las decisiones adoptadas por el consejo de administración a instancia de la comisión de retribuciones en relación con sus remuneraciones. En cuanto al pacto de no competencia postcontractual, [...] el banco **no procedería a realizar ningún pago, por lo que quedaría plenamente liberado de dicho pacto**, aunque continuaría siendo aplicable la obligación prevista en el Reglamento del Consejo de Administración Banco Popular. El Sr. Jose Francisco **contestó el burofax y manifestó su disconformidad**. [...] [...] [I]nterpuso frente a Banco Popular Español, S.A. la demanda que inició el presente procedimiento, en la que interesaba se declarara que las partes suscribieron el contrato de 27 de julio de 2016 y, después, la liquidación del anterior, mediante el contrato de 10 de abril de 2017, se declarara la **validez, la eficacia y la plena vigencia** [...]. También solicitaba que **se le reconociera el derecho a cobrar y se condenara a la demandada a pagarle [...]: 5.000.000 euros** en concepto de compensación económica por el pacto de no competencia postcontractual; **525.000 euros** correspondiente al 75% de la primera aportación realizada por Banco Popular a un seguro de ahorro a su favor; más los intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda. [...] **Banco Popular (hoy Banco Santander) se opuso a la demanda**. Negó que [...] tuviera derecho a cobrar las cantidades cuyo pago reclamaba. Advirtió que las retribuciones [...] estaban sujetas a la normativa sobre remuneraciones de los consejeros de entidades financieras. En relación con la compensación por no competencia postcontractual, alegó que tenía la consideración de pago por la resolución anticipada del contrato y, por tanto, de remuneración variable a efectos regulatorios, por lo que le **era aplicable la cláusula de reducción (cláusula «malus»)**, como había hecho el banco, de manera que había quedado reducida a 0 por los **resultados negativos del banco en 2017** que provocaron la resolución acordada por la JUR. Respecto de las aportaciones al sistema de previsión social, Banco Popular entendía que era una **forma de retribución que se devengaba por cada día de trabajo**, de modo que debería adecuarse en un ajuste proporcional a los días ciertamente trabajados [...], por lo que solo procedería reconocerle la cantidad de 172.062,74 euros. [...] [E]n cualquier caso, la aportación al sistema de previsión, al tener la consideración de remuneración variable, estaría sujeta también a la **reducción de hasta un 100% en atención a las circunstancias especiales que acontecieron con el banco**. Con carácter subsidiario, Banco Popular, para el caso de que fueran estimadas en todo o en parte las pretensiones de la demanda, **formuló una demanda reconventional** para que se declarara la resolución del pacto de no competencia postcontractual al haberse frustrado su finalidad [...] tras el acuerdo de la JUR de resolución de Banco Popular, resultado de la cual pasó de ser un banco cotizado a integrarse como una filial de

Banco Santander, lo que supuso una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta al concertar el citado pacto de no competencia postcontractual, por lo que desapareció de forma sobrevenida el interés de protección perseguido con el pacto. El Sr. Jose Francisco **se opuso a la demanda reconvenzional** por entender [...] que la decisión de la JUR no habría frustrado la finalidad del pacto de no competencia, al no haberse extinguido la propia personalidad de Banco Popular y resultar irrelevantes los motivos que habían llevado a Grupo Santander a adquirir Banco Popular. [...] **La sentencia de primera instancia estimó la pretensión relativa a las aportaciones al sistema de previsión social y desestimó la compensación por el pacto de no competencia.** Tras declarar la vigencia y plena eficacia de los pactos a que las partes habían llegado en el convenio de 10 de abril de 2017, en lo referido al pacto de no competencia postcontractual y al sistema de previsión social, declaró que el Sr. Jose Francisco **tenía el derecho a cobrar la suma de 525.000 euros**, que se correspondía con el **75% de la aportación primera realizada por el Banco Popular a dicho sistema de previsión.** Pero **rechazó** que tuviera el **derecho a la compensación por el pacto postcontractual de no competencia**, en tanto que había aceptado la sujeción de éste a las normas reguladoras de las remuneraciones de consejeros de entidades de crédito, que permitía que los pactos se vieran modificados por concurrir determinadas circunstancias, en concreto, por la **aplicación de las llamadas cláusulas de reducción de la cuantía de los pagos (malus), y de recuperación de las remuneraciones satisfechas (clawback).** [...]. La sentencia de instancia no entró a analizar las pretensiones de la demanda reconvenzional de Banco Popular, al no haber estimado la demanda principal en relación con el pacto de no competencia postcontractual, y no hizo pronunciamiento sobre las costas de la reconvencción. [...] **Ambas partes recurrieron en apelación.** [...] [...] **La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación del banco, estimó el recurso del demandante y condenó a Banco Santander a pagar al Sr. Jose Francisco la cantidad de 5.000.000 €**, en virtud de la estipulación sexta del contrato [...]. [...] Frente a la sentencia de apelación **Banco Santander ha interpuesto un recurso de casación** articulado en dos motivos, el segundo de ellos planteado con carácter subsidiario, para el caso de desestimarse el primero; que han sido admitidos.” [Énfasis añadido]

Doctrina sobre la determinación de la naturaleza de una cláusula de compensación por no competencia postcontractual entre directivos y entidades bancarias: “[...] *Primer motivo del recurso de casación.* [...] El motivo denuncia la infracción por inaplicación, del [...] párrafo 1º del artículo 1281 del Código Civil, en relación con el artículo 34.1.h) de la Ley 10/2014, al **apartarse la sentencia del claro tenor literal del segundo apartado de la estipulación sexta del protocolo de extinción** y, con ello, realizar una interpretación arbitraria, ilógica e irrazonable de su contenido [...]. [...] [E]l recurrente alega que la nueva redacción de la estipulación 6.2 del protocolo de extinción, que supone una novación modificativa parcial y relevante de la estipulación 12.^a del contrato, determina que **los pagos por virtud de dicho pacto estén sujetos al régimen jurídico de la normativa de remuneraciones de los consejeros de las entidades de crédito**, que el propio protocolo explicita. [...] La sentencia de primera instancia, en aplicación del artículo 1281 del Código Civil, consideró que tanto el contrato como el protocolo de extinción se regían por las disposiciones normativas aplicables en cada momento sobre remuneración de consejeros de entidades de crédito. Sin embargo, **la audiencia estimó el recurso apelación del Sr. Jose Francisco con una «interpretación ilógica arbitraria e irrazonable de la estipulación 6.2, del Protocolo»**, contraria al indicado precepto. [...] [P]ese a reconocer que el tenor de la citada estipulación es claro, **no aplica la normativa expresamente pactada** en la cláusula para determinar si procede la reducción de la indemnización por el pacto de no competencia, porque atiende a la finalidad de los pagos. [...]. La consecuencia de la aplicación de esta normativa a los pagos por el pacto de no competencia del Sr. Jose Francisco es su **reducción a 0.** [...]. Las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre políticas de remuneración adecuadas (Guía EBA), a la que se sujetan los pagos por el pacto de no competencia en virtud del reconocimiento expreso del Sr. Jose Francisco, en la Regla 154, determina que **estos pagos tienen la consideración regulatoria de remuneración variable, sujetos, por tanto, a reducción.** Además, se conceptúan como un pago por la terminación anticipada del contrato y, por tanto, son considerados por la normativa como remuneración variable conforme al artículo 34.1.h) de la Ley 10/2014 y la Norma 40.2 de la Circular 2/2016. [...] [D]e la duración del pacto de no competencia de tres años, superior a la prevista en el artículo 18.2 del Reglamento del Consejo de Administración y en el punto 8.e) de la Política de Remuneraciones de los Consejeros de Banco Popular de 2017 -de dos años, que no estaba retribuida-, se infiere que **el pago de 5 millones debe obedecer a una causa diferente: compensar la extinción de la relación contractual.** [...] **Decisión de la sala.** Procede **estimar el motivo de recurso** [...]. [...] [E]l recurso del banco se limita al pacto de no

competencia. Se ha aquietado la parte demandada, hoy recurrente, al pronunciamiento de primera instancia, confirmado por la Audiencia Provincial, relativo al sistema de previsión social. [...] [E] Sr. Jose Francisco **fue consejero delegado del Banco Popular en el periodo de tiempo comprendido entre el 27 de junio de 2016 y el 18 de abril de 2017**, fecha en la que surtió efecto la renuncia voluntaria [...]. Banco Popular era en aquel momento una entidad de crédito que tenía la forma de una sociedad de capital que cotizaba en bolsa. [...]. De conformidad con lo regulado en el art. 249 LSC, la relación con el banco del Sr. Jose Francisco, como consejero delegado, se regía por el contrato firmado el 27 de junio de 2016. [...]. El 10 de abril de 2017, el Sr. Jose Francisco firmó con Banco Popular un **protocolo de extinción de las relaciones orgánicas y contractuales** [...]. Entre las consecuencias económicas derivadas de la extinción se preveía [...] en la estipulación sexta, que **las partes se reiteraban en el pacto de no competencia postcontractual** incluido en el contrato de 27 de julio de 2016 [...]. El Sr. Jose Francisco **reconocía expresamente que la compensación pactada era adecuada y que compensaba las limitaciones** que se derivaban del pacto [...]. [...] [D]icha compensación «está sujeta a los requisitos y obligaciones previstas en la normativa reguladora aplicable a las remuneraciones de los consejeros de las entidades de crédito contenidas en la Ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades de crédito y su normativa de desarrollo, incluidas las Directrices de la Autoridad Bancaria Europea sobre remuneraciones, aplicables desde el 1 de enero de 2017». [...] [L]a controversia surge en torno a **si la compensación económica de una cláusula de no competencia postcontractual puede considerarse una retribución variable, para aplicar sobre esa retribución la cláusula de reducción (malus). La audiencia ha considerado que esta compensación no tiene el carácter de retribución variable**, no responde a una indemnización con causa en la finalización de dicho contrato, y el cumplimiento del pacto no puede dejarse sin efecto por la simple voluntad del banco [...]. En el presente caso, conviene advertir que **la autonomía de la voluntad está limitada**, no sólo por las propias **normas imperativas de la Ley de Sociedades de Capital**, sino también por otras **normas sectoriales** [...]. [...] El punto clave en la resolución del motivo es la naturaleza de esta compensación por no competencia postcontractual, a la vista de la normativa bancaria, que no tiene carácter dispositivo y por ello no queda a la autonomía de la voluntad. [...] En relación con la cuestión realmente controvertida, que es **la naturaleza de retribución fija o variable de la compensación por el pacto de no competencia postcontractual**, el punto 6 de la Política de Remuneraciones del Banco del año 2017 [...] distingue entre retribución fija y retribución variable, como exige la normativa bancaria (art. 33 de la Ley 10/2014). [...] En el caso de las entidades de crédito y financieras, la regulación societaria que acabamos de exponer se complementa con otra sectorial que afecta entre otros extremos a las retribuciones de los altos directivos de estas compañías. [...] En la Unión Europea esta materia se encuentra regulada, en primer lugar, en el **Reglamento (UE) nº575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión** [...]. [...] Esta norma, como se desprende del considerando 97, contiene **exigencias de transparencia y divulgación para garantizar políticas de remuneración racionales** [...]. [...] Esta normativa se complementa, a su vez, con la contenida en la **Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito ya la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión** [...]. Esta Directiva tiene como objeto y finalidad coordinar las disposiciones nacionales relativas al acceso a la actividad de las entidades de crédito y las empresas de inversión, sus mecanismos de gobierno y su marco de supervisión. Y también contiene **normas relativas la política de remuneraciones**, en los arts. 92 a 95, que traslucen la preocupación del legislador comunitario por el control y supervisión de esas políticas de remuneración. [...] [...] Estas normas de la directiva **han sido objeto de trasposición con la Ley 10/2014**, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito [...]. [...] Esta previsión normativa («se atenderán») remarca el carácter imperativo de la norma, en cuanto que lo regulado en el art. 33 LOSS no es algo programático, ni unos meros principios generales que deben inspirar la política de remuneraciones de los directivos de las entidades financieras, sino **previsiones normativas concretas que han de ser cumplidas** [...]. Sin que, por ello, su observancia quede a la facultad de disposición de las entidades y sus directivos. [...] De este modo, [...] exige que se distinga entre la **remuneración fija** (de acuerdo con la **experiencia profesional y la responsabilidad en la organización**) y la **variable** (que reflejará un **rendimiento sostenible y adaptado al riesgo**, y superior al requerido para cumplir lo estipulado en la descripción de funciones como parte de las condiciones de trabajo). [...] [...] El alcance de estas normas se trasluce de las previsiones contenidas en la **Circular 2/2016, de 2 de febrero, del Banco de España, para las entidades de crédito, sobre supervisión y solvencia**, que completa la adaptación del ordenamiento jurídico español

a la Directiva 2013/36/UE y al Reglamento (UE) n.º 575/2013. La norma 39, que se dedica a la *Política de remuneraciones*, en su apartado 5 **impone la incorporación a la política remuneratoria de las entidades bancarias de las cláusulas de reducción y de recuperación respecto de la remuneración variable ya satisfecha** [...]. El apartado 2 de la norma 40, bajo la rúbrica «Pagos por resolución anticipada de contrato», prevé también las cláusulas de reducción de la cuantía de los pagos por resolución anticipada en función de los resultados obtenidos [...]. [...] De esta normativa se infiere lo siguiente: **solo se prevén dos categorías de remuneración, fija y variable**, sin que exista una tercera categoría distinta; a la remuneración variable le resultan de aplicación las cláusulas de reducción de la remuneración o de recuperación de las remuneraciones ya satisfechas (*malusy clawback*); y la retribución o compensación por la terminación anticipada de la relación contractual se configura como una remuneración variable, sujeta a las cláusulas de reducción y de recuperación. Es la ley la que ha prescrito la incorporación de estas cla[ú]sulas de reducción y de recuperación en los contratos de las entidades financieras con sus directivos, por lo que, **sin perjuicio de lo pactado por las partes, la regla jurídica aplicable para resolver el caso se extrae de la reseñada normativa bancaria**. [...] La compensación pactada en la estipulación duodécima del contrato [...], ratificada en la estipulación sexta del protocolo de extinción de 10 de abril de 2017, es una **compensación económica** por la terminación de la relación contractual. Esta retribución, según se afirma en el apartado 6.2 del protocolo, «es adecuada» y «compensa las limitaciones que se derivan del pacto de no competencia post-contractual». [...] [E]n la medida que se trata de una compensación económica por la terminación anticipada de la relación contractual, conforme al art. 34.1.h) de la Ley 10/2014, **debe considerarse una remuneración variable**, sujeta en lo que ahora interesa a la **cláusula de reducción (malus)**. Además, en dicho apartado 6.2 del protocolo de extinción, [...] reconoce expresamente que dicha compensación **está sujeta a los requisitos y obligaciones previstas en la normativa reguladora aplicable** [...]. [...] La compensación por el pacto de no competencia tiene la naturaleza de una **indemnización por despido** a efectos de la normativa comunitaria. **No debe entenderse por despido la extinción del contrato por voluntad de la entidad financiera**, sino cualquier forma de cese anticipado del consejero, en este caso, del consejero delegado, como resulta de la cuestión 2018/4027 de la EBA, ya que constituye una compensación por la rescisión anticipada de los contratos y [...] debe calificarse como **remuneración variable**. La indemnización por despido está sujeta a la **cláusula malus**, que permite su reducción hasta el 100% por los **malos resultados de la entidad financiera**. [...] [...] En el pacto se contemplaba un periodo de tres años de no competencia y una compensación de 5 millones de euros. En cualquier caso, la obligación de no competencia se recoge para todos los consejeros por un periodo de dos años en el Reglamento del Consejo de Administración de Banco Popular. En cuanto al tercer año, con la comunicación del banco al Sr. Jose Francisco quedó liberado. No se trata de dejar al arbitrio del banco el cumplimiento del contrato, como entendió la audiencia, porque **la decisión se basó en la normativa bancaria que le atribuye esa facultad de reducir las retribuciones variables, como ocurrió en este caso**. [...] La estimación del primer motivo de recurso hace innecesario analizar el segundo de ellos formulado con carácter subsidiario. En consecuencia, **procede casar la sentencia recurrida, estimar el recurso de apelación formulado por Banco Popular y confirmar la sentencia de primera instancia** que desestima la demanda en cuanto a la pretensión de reclamación de la compensación económica por el pacto de no competencia. [...] **F A L L O** Por todo lo expuesto [...] esta sala ha decidido [:] 1.º **Estimar el recurso de casación** interpuesto por Banco Santander, S.A. (antes Banco Popular Español, S.A.) [...]. 2.º **Casar la sentencia recurrida**, asumir la instancia, y **desestimar el recurso de apelación** interpuesto por D. Jose Francisco [...]. 3.º **No imponer las costas del recurso de casación**. 4.º **Imponer las costas del recurso de apelación formulado** [...] **a la parte apelante**. 5.º Acordar la **devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el recurso de apelación**. [...]” [Énfasis añadido]

[Texto completo de la sentencia](#)
