

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 4 DE ALICANTE**

Sentencia 124/2012, de 15 de marzo de 2012

Rec. n.º 925/2011

SUMARIO:

Despido disciplinario. Transgresión de la buena fe. Directora de la CAM. Trabajadora perteneciente al consejo de administración del banco que comete diversas irregularidades en su gestión. La presentación de las cuentas anuales por parte de la actora impidió que la entidad pudiera conocer su verdadera situación financiera, suministrando un conocimiento falso de la situación intencionadamente originada. La trabajadora incumplió la normativa bancaria y contable, falseando datos y maquillando cuentas para aparentar unos beneficios ficticios, no pudiendo ser calificada la conducta de simples errores ni estar amparada bajo el manto de la legalidad de su autorización por el consejo de administración, al ser ella la responsable de presentar las cuentas anuales. Procedencia del despido.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET) arts. 5.º a), 20.2 y 54.2 d).

PONENTE:

Doña María Paz Fernández Muñoz.

JUZGADO DE LO SOCIAL N.º 4 DE ALICANTE

PROCEDIMIENTO N.º - 000925/2011

SENTENCIA N.º 124/12

En Alicante, a 15 de Marzo de 2012

Vistos por SSª, Dª PAZ FERNÁNDEZ MUÑOZ, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Alicante, los autos de juicio verbal especial, en reclamación de DESPIDO instados por Dª Sonia frente a CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO Y BANCO CAM S.A. habiendo sido citado el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL , se ha dictado la presente resolución en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Habiendo tenido entrada en este juzgado la presente demanda a virtud de turno de reparto, suscrita por la parte demandante, sobre el concepto arriba referenciado, en la que sucintamente se exponían los hechos fundamentadores de su pretensión, fue admitida a trámite.

Segundo.

Señalado día y hora para la celebración de los oportunos actos de conciliación y juicio, los mismos tuvieron lugar en el día y hora señalados con asistencia de las partes en la forma y circunstancias que constan en el acta del juicio, practicándose las pruebas que se propusieron con el resultado que después se dirá.

Tercero.

En la tramitación de los presentes autos se han observado las prescripciones legales establecidas.

HECHOS PROBADOS**Primero.**

La demandante Dª Sonia , cuyos datos personales obran en autos, ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO S.A. (en adelante CAM), con la

categoría profesional de Directora General, antigüedad desde el 1.11.82 y salario de 1.610,43 euros diarios incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias.

La actora desde el inicio de la relación laboral, desempeñó diversos cargos, entre los que se encuentra Directora General del área de Planificación y Control desde el 10.12.98 al 9.12.01, siendo nombrada Directora General Adjunta el 16.02.01, con una remuneración anual de 147.602,18 euros. Dicho cargo lo ostentó hasta el 10.12.10, fecha en la que fue designada Directora General.

Segundo.

El Consejo de Administración de la CAM en su reunión de 11.11.10 acordó previa propuesta de la Comisión de Retribuciones que informó favorablemente, el nombramiento de la actora como Directora General, en sustitución de D. Bernardo , bajo el marco del SIP tras el nombramiento de su antecesor como Director General del Banco Base, y que su nivel retributivo fuera el mismo que percibía su antecesor en el cargo. Dicho nombramiento fue ratificado por la Asamblea General en sesión celebrada el 10.12.10, momento a partir del cual tuvo plena eficacia jurídica.

Tercero.

A partir de su designación como Directora General Adjunta, que pasó a desempeñar de forma única tras la jubilación del otro Director Adjunto en mayo de 2001, la actora asumió las más amplias facultades de representación de la Entidad, a idéntico nivel que el Director General, que le fueron otorgadas en virtud de sucesivos acuerdos adoptados desde el año 2002 por el Consejo de Administración, siendo apoderada de primer nivel, estando facultada para negociar, cerrar y suscribir acuerdos y contratos con terceros para la realización y ejecución de los presupuestos consignados. Al mismo tiempo que su designación como Directora General Adjunta, asumió la Dirección General de Recursos, que gestiona los recursos humanos y técnicos, para el desarrollo de las iniciativas estratégicas, potenciación de banca por internet, modernización de sistemas, mejora en la eficiencia de los servicios centrales y estructuras territoriales. Y pasó a presidir diversas Comisiones como la de Activos y Contrataciones, así como la presidencia de la Dirección de Desarrollo Directivo.

A partir del 2007, se produce una reestructuración de las direcciones generales, integrándose en la Dirección General Adjunta, que pasó a dirigir de forma conjunta todo el negocio de la Sociedad, y a depender de la misma todas las direcciones territoriales. Además, paso a formar parte de las distintas Comisiones y Comités de la entidad, como la de Activos y Pasivos, Comisión de Supervisión y Cumplimiento, Comisión de Riesgos del Central y Comisión de Desarrollo Corporativo.

Tenía junto con el Director General, D. Bernardo , relación directa con los órganos de gobierno de la Entidad, participando en las reuniones del Consejo de Administración, proponiendo acuerdos -entre otras en materias de tesorería, inversiones crediticias e inversiones institucionales-, y el nombramiento de los cargos y puestos de responsabilidad que de ella dependían. Entre los poderes asumidos en virtud de delegación del Consejo de Administración, se encontraban la de formalizar la correspondiente prórroga del contrato con la firma de auditoría externa KPMG Auditores S.L.; formalizar acuerdos internacionales y abrir oficinas en Marruecos, Brasil y México; y apoderamiento en relación a la emisión de cuotas participativas, entre otros. A partir de abril de 2008, ostentó los mismos poderes y facultades que el Director General, en virtud de escritura pública otorgada a su favor por D. Bernardo .

Y como Directora General, ostentó al mismo nivel que el Presidente de la Institución, facultades para conceder préstamos, créditos y avales a los sectores públicos y privados.

Cuarto.

Mediante carta de fecha 9.08.11, la Administración Provisional del Banco CAM SAU, comunicó a la actora la suspensión de empleo por un plazo no superior a 45 días y en tanto se procedía al análisis del alcance de su gestión como Directora General y su puesto inmediatamente anterior. Y mediante escrito de fecha 19.09.11 le fue comunicada por los citados Administradores Provisionales, pliego de cargos a fin de que formulase alegaciones en el plazo de tres días, lo que evacuó mediante escrito de fecha 23.09.11, notificado el 26.09.11, cuyo contenido se da por reproducido.

Finalmente, mediante carta de fecha 27.09.11, la empresa demandada comunicó a la actora su despido, con efectos desde su notificación, en base a los hechos contenidos en la misma, que se da por reproducida en su integridad.

Quinto.

La Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM) es una institución beneficio- social con personalidad jurídica propia, representación privada e independiente y duración ilimitada, constituida el 23 de marzo de 1992 por la fusión de las extinguidas Caja de Ahorros del Mediterráneo y Cajas de Ahorros Provincial de Alicante y Valencia. No tiene ánimo de lucro, y su función primordial es la difusión de la práctica del ahorro, su captación, administración, destinando los productos obtenidos a constituir reservas para la mejor garantía de sus impositores y crear y sostener obras benéficas, sociales y culturales.

La entidad viene desarrollando su actividad en todo el territorio nacional, teniendo a 30 de junio de 2011 presencia en todas las capitales de provincia y ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, con un total de 948 oficinas.

La CAM, como todas las cajas de ahorros, se rige por una normativa legal que regula entre otros aspectos, el mantenimiento de un porcentaje mínimo de activos líquidos para la cobertura del coeficiente de reservas mínimas; participación en el Fondo de Garantía de Depósitos de las Cajas de Ahorros cuya finalidad consiste en garantizar a los depositantes la recuperación de determinado importe de sus depósitos de efectivo, valores y otros instrumentos financieros; la distribución del beneficio de cada ejercicio entre el Fondo Obra Social, la dotación de reservas y la remuneración de cuotas participativas en su caso; el mantenimiento de un volumen de recursos mínimos propios que viene determinado en función de las inversiones realizadas y los riesgos asumidos,

La Caja emitió durante el año 2008 cuotas participativas, que cotizan en la Bolsa de Madrid y Valencia.

Sexto.

Con fecha 27.02.10, Caja de Ahorros del Mediterráneo, Caja de Ahorros de Asturias, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura y Caja de ahorros de Santander y Cantabria (en adelante las Cajas) suscribieron un contrato de integración para la constitución de un grupo económico de base contractual que se configuró como un sistema institucional de protección (en adelante SIP), constituyendo un grupo consolidable de entidades de crédito a efectos contables y regulatorios, creando una entidad central bajo la forma de un banco (Banco Base), participada por las Cajas, que sería la responsable de determinar con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio del grupo, los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos de todas ellas. En relación con esta integración financiera las Cajas asumieron un compromiso recíproco de solvencia, liquidez y puesta en común de sus resultados individuales. De esta forma, las Cajas estarían exentas del cumplimiento individual de los niveles de solvencia bancarios recogidos en la normativa de aplicación, y en consecuencia, la entidad central sería la que cumpliría a todos los efectos con los requisitos de solvencia y mantenimiento de recursos propios.

Con fecha 29.06.10 la Comisión Ejecutiva de Banco de España aprobó el plan de integración presentado por las Cajas, con una solicitud de apoyos mediante emisión de participaciones preferentes por la entidad central que serían suscritas por el Fondo de Reestructuración Bancaria (en adelante FROB), considerando el Grupo formado por Banco Base (como entidad cabecera) y las Cajas como grupo consolidable.

El Contrato de Integración fue aprobado por la Asamblea de la Caja en su reunión celebrada el 24.09.10. El contrato de integración tenía un período mínimo de vigencia de quince años a contar desde la fecha de otorgamiento de la escritura de constitución de la entidad central del SIP.

El 28.12.10 mediante escritura pública se constituyó la entidad central del SIP, denominada Banco Base S.A. (de la CAM, Cajastur, Caja Extremadura y Caja Cantabria). A consecuencia de ello, la CAM dejó de cumplir los requisitos de formular cuentas anuales consolidadas a dicha fecha en la medida que con anterioridad al cierre del ejercicio, los acuerdos adoptados entre las entidades anteriores supusieron no sólo la incorporación de una nueva entidad dominante sino la transferencia efectiva del control que hasta la fecha mantenían en sus sociedades dependientes y quedó en consecuencia constituido el grupo consolidable de entidades de crédito formado por el Banco Base (como entidad cabecera), y las Cajas con efectos de 31.12.10.

El Consejo de Administración de dicho Banco Base estaba integrado por doce miembros, siendo los representantes de la CAM en el mismo, D. Germán , como Presidente y la actora junto con D. Bernardo y D. Hugo , todos ellos como vocales. La actora asumiría la dirección comercial.

El 3.02.11, el Consejo de Administración de la CAM aprobó la formulación del proyecto común de segregación del negocio financiero con el Banco Base.

Séptimo.

El 30.03.11, la Asamblea General de la CAM aprobó la segregación de su negocio financiero a favor del Banco Base. Ese mismo día, las Asambleas Generales de Caja de Ahorros de Asturias, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura y Caja de Ahorros de Santander y Cantabria, adoptaron el acuerdo de no autorizar las segregaciones de sus respectivos negocios financieros a la Entidad Central, ni en consecuencia, el ejercicio de la actividad indirecta a través del Banco Base, lo que determinó que con fecha 6.04.11 se decidiera poner fin al Contrato de Integración y al Acuerdo de Desarrollo, y se firmase el contrato de liquidación de las relaciones entre

todas las Cajas afectadas por la integración en el SIP, estableciéndose la transmisión a la CAM de la totalidad de las acciones del Banco Base.

Como consecuencia de la ruptura del SIP, el Banco de España emitió un escrito requiriendo a la CAM el envío de la estrategia de capitalización antes del 11.04.11, con el objeto de reforzar la solvencia. El 1.04.11, el Consejo de Administración de la CAM acordó, como estrategia de recapitalización de la Caja, solicitar apoyo financiero al FROB por un importe total de 2.800 millones de euros. Asimismo, acordó materializar con carácter previo la transferencia de todo el negocio financiero de la Caja a un banco, al objeto de poder dar entrada en su capital al FROB, aprobada por la Comisión Ejecutiva del Banco de España el 14.04.11. En esta línea, el 27.04.11 el Consejo de Administración de la Caja aprobó el Plan de Recapitalización preparado por la Dirección de la Caja y que fue presentado el 28.04.11 al Banco de España para su revisión y aprobación.

El 2.05.11, la Caja procedió a adquirir el 60% del capital social de Banco Base en propiedad de las otras cajas de ahorros que integraban el SIP, y como accionista único de Banco Base, aprobó la segregación de activos y pasivos de la Caja al Banco, manteniéndose la Caja, fundamentalmente, la Obra Social y las cuotas participativas. El Banco pasó a denominarse Banco CAM SAU, con efectos de 21.06.11, encontrándose a fecha 30.06.11 pendiente de formalización en el Registro Mercantil.

El 10.06.11 la Caja informó que se encontraba en negociaciones con diversas entidades y fondos de capital privado para la incorporación de éstos al accionariado de Banco CAM SAU.

Octavo.

En respuesta a la estrategia planteada por la Entidad para recapitalizar CAM, con fecha 21.07.11 el Banco de España dirigió un comunicado al Presidente de la Entidad, D. Germán , en el manifestaba que la citada Entidad presentaba una serie de debilidades en su situación económico-financiera que ponían en peligro su viabilidad, entre los que destacaban su comprometida situación de liquidez, el creciente deterioro de sus activos a lo largo del ejercicio 2011, la reducción de los márgenes en la cuenta de pérdidas y ganancias, la ausencia de medidas suficientes en la reducción de su capacidad instalada y la falta de confianza externa en su solvencia externa tras la frustración del proceso de integración con otras cajas constataban que no se daban los presupuestos para que CAM y Banco CAM SAU pudieran proceder a reforzar sus recursos propios, por lo que no daba el visto bueno al plan de recapitalización presentado por ésta, debido a que el plan de estrategia presentado por dichas entidades no era un proyecto consistente y realista que solventara la situación de la entidad. Por ello, se le requería a la Caja a fin que en el plazo de 10 días presentara un plan de actuación alternativo en que se concretaran las acciones previstas para asegurar su viabilidad futura.

Al día siguiente, 22.07.11, los Consejos de Administración de CAM y Banco CAM SAU comunicaron al Banco de España la imposibilidad de encontrar una solución viable para su situación. Por ello, la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó ese mismo día sustituir provisionalmente el órgano de administración de la CAM y nombrar al FROB como órgano de administrador provisional, en las personas de D. Modesto , D. Primitivo y D. Santos , quienes comenzaron la elaboración de un plan de reestructuración de la Entidad que asegurase su viabilidad.

En la citada Diligencia de la intervención del Banco de España de la citada fecha se argumenta la decisión en base a: la baja calidad de sus activos, habiéndose recurrido con frecuencia a la refinanciación evitando dotar de activos problemáticos; serios problemas de liquidez a lo que se enfrentaba la Entidad como consecuencia de la bajada crediticia al nivel "non investment grade" y la retirada masiva de depósitos por parte de clientes tras la ruptura del SIP; deterioro de márgenes y riesgo de incurrir en pérdidas, los ingresos de su inversión están condiciones por los activos improductivos y las dificultades de incrementar los tipos de interés medios de sus activos, por tener contratados el 90% de los préstamos con particulares a interés variable; delicada situación de solvencia tras los ajustes previos; con un ratio de capital principal del 4,2% y un coeficiente de solvencia del 8,5 % tras los ajustes previstos se situaba en un ratio del 1,7% y del 5,9%, respectivamente; falta de capacidad de gestión; y falta de una solución privada para la CAM. En la página 6, apartado 2.3 de la citada resolución se recoge expresamente "la gravedad de la situación de la CAM y Banco CAM requiere actuaciones urgentes, lo que a su vez, exige que la medida de sustitución de su órgano de administración debe adoptarse de forma urgente".

Noveno.

El Banco de España ha venido realizando una actuación inspectora iniciada en el año 2008, que se desarrolló en cinco fases, y culminó en marzo de 2010. En el curso de la misma, en fecha 14.12.10, el Banco de España había dirigido un requerimiento a la CAM, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, en la que tras analizar entre otros aspectos, la situación de riesgo crediticio de la entidad (que se limitó a los 100 mayores grupos acreditados que suponía un conocimiento directo del 28% de la inversión total), en función de la inspección practicada a la misma desarrollada los años 2009 y 2010, señalaba en cuanto a la cuantificación de los ajustes y reclasificaciones que quedaban pendientes de reclasificar a 31 de marzo de 2010, 2.662 millones de euros a

dudosos; 2.605 millones de euros a subestándar; la constitución de 853 millones de fondos de insolvencias y dotar 184 millones de saneamiento adicional en los activos adjudicados, según las cifras desglosadas en el mismo; y añadía que durante la inspección la entidad comunicó sus estimaciones de pérdidas esperadas, de los que resultarían unos deterioros pendientes de materializarse en 2011 de 1.020 millones, cuyo reconocimiento futuro supone un elevado nivel de incertidumbre sobre la capacidad de absorción de los mismos en la cuenta de resultados de la caja. Por ello, le instaba entre otros puntos, al cumplimiento de las siguientes medidas:

"(.....) En cuanto al riesgo crediticio analizado específicamente, si bien la caja ha efectuado en el transcurso de la inspección una parte de las reclasificaciones y de los ajustes señalados, persistían correcciones valorativas pendientes de realizar, las cuales deberán regularizarse de no haberse efectuado ya. Asimismo, deberán asegurarse de que los criterios y procedimientos utilizados para el registro de las operaciones crediticias sean prudentes y conformes lo dispuesto en la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre. Especialmente en lo que se refiere a su política de reclasificaciones a riesgo normal desde posiciones dudosas o fallidas, teniendo en cuenta que la práctica totalidad de los activos reclasificados son activos dudosos en razón de su morosidad; en las coberturas futuras de dichos activos se deberán seguir los calendarios establecidos en el epígrafe II del Anexo IX de la citada Circular 4/2004. Adicionalmente, se recuerda que en la reclasificación de activos deben aplicar lo dispuesto en la mencionada Circular 4/2004 en donde se establece que la prórroga e instrumentación de las operaciones no interrumpe su morosidad, ni producirá su reclasificación a una de las categorías anteriores, salvo que se cumplan los requisitos establecidos en la misma".

En otro apartado de dicho escrito, se le requiere en los siguientes términos "En cuanto a los activos procedentes de regularizaciones de deudas se refiere, además de constituir, si no lo hubieren hecho ya, las correcciones valorativas mencionadas en el presente escrito, 184 millones de euros, en el futuro se asegurarán de que los criterios y procedimientos utilizados para su valoración sean prudentes y conformes a lo dispuesto en la mencionada Circular 4/2004".

Por último, dicho escrito recordaba que para la subsanación de las debilidades indicadas era necesario cumplir de forma rigurosa las medidas recogidas en el Plan de Integración aprobado por la Comisión Ejecutiva del Banco de España el 29 de junio.

En contestación a dicho requerimiento, la actora dirigió escrito al Banco de España en fecha 10.01.11, indicándole que los requerimientos serían atendidos en el marco del SIP en que se encontraba inmersa la Entidad en dichas fechas, en los términos que figuran en autos. Consecuencia de ello, en la reunión mantenida por el Consejo de Administración del Banco Base el 2.02.11, se acordó cumplimentar el requerimiento en los términos que figuran en el mismo.

Décimo.

Consta informe del Departamento de Inspección de 20.07.11, en el que tras el citado requerimiento, se concluye que "Según manifiesta la Entidad, los ajustes y reclasificaciones se han realizado a 31 de diciembre de 2010 dentro del proceso de integración en el SIP Base. En relación a los ajustes y reclasificaciones, se les recordó que debían asegurarse que los criterios y procedimientos utilizados para el registro de las operaciones crediticias sean prudentes y conformes a lo dispuesto en la Circular del Banco de España nº 4/2004, de 22 de diciembre. Especialmente en lo que se refiere a su política de reclasificaciones a riesgo normal desde posiciones dudosas y fallidas, debido a que era y es una de las prácticas habituales de la entidad que tiene como resultado la falta de reconocimiento contable de la mora. La entidad sólo ha cumplido parcialmente los requerimientos cuantitativos realizado y lo ha hecho contra reservas en el proceso de integración del SIP base. Está en curso el proceso de verificación del cumplimiento, pero se puede estimar que para su completa ejecución serían necesarios nuevos reajustes por 570 millones de euros (incumplimiento de calendarios y cartera revisada de la entidad). La revisión condujo a concluir que la gobernanza de la entidad presentaba deficiencias significativas puestas de manifiesto, entre otros aspectos, en la falta de control interno, la existencia de carencias graves en la definición de las funciones de auditoría interna y la adopción de decisiones estratégicas harto discutibles desde la perspectiva de una gestión sana y prudente.

Undécimo.

Según rezan las notas explicativas a los estados financieros resumidos consolidados a 30.06.11 "El informe presentado por los servicios de inspección de Banco de España concluye que para la estabilización de la Entidad, en tanto se lleven a cabo los mecanismos de reestructuración precisos, se hace necesario que se le faciliten apoyos financieros a la liquidez por importe de hasta 3.000 millones de euros, habiéndose facilitado una línea de liquidez inmediata para que la Entidad pueda hacer frente a los vencimientos de deuda comprometidos y a posibles retiradas de depósitos que pudieran producirse a corto plazo. Al mismo tiempo, se indica que para que

la CAM pueda continuar operando como entidad de crédito y logre cumplir el nivel mínimo de capital principal exigido por la normativa, en tanto se lleve a cabo su reestructuración, necesita un aumento de capital por importe de 2.800 millones de euros, que será suscrito íntegramente por el FROB".

Duodécimo.

La actora firmó una cuenta de resultados cerrada a fecha 31.03.11, en la que se reflejaban unos beneficios del grupo CAM, de 39,771 millones de euros, con un índice de morosidad del 8,5%, dándosele publicidad en la revista interna de la empresa demandada y fueron transmitidos el día 27.05.11 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), y con anterioridad al Banco de España el 30.04.11.

Los resultados fueron recogidos en la sesión de 27.05.11 del Consejo de Administración de la Caja Mediterráneo, en la que se incluyen entre otras las siguientes afirmaciones: "El órgano rector de Caja Mediterráneo ha tenido conocimiento de los resultados de la Entidad correspondientes al primer trimestre del 2011. El beneficio consolidado de CAM es de 39.8 millones de euros. La cobertura de fondos asciende al 62%, una de las más altas del sector, mientras que la cobertura genérica se sitúa en niveles regulatorios máximos a cierre del primer trimestre con un 124%. El índice de morosidad de Caja Mediterráneo, que incluye créditos morosos y otros riesgos contingentes dudosos, se sitúa en el 8,5%. El saldo dudoso disminuye en el año en 93,2 millones de euros, lo que supone una mejora del 1,9% en el primer trimestre del año. El coeficiente de solvencia se sitúa en el 8,54% con unos recursos propios de 4.120 millones de euros a cierre de marzo. La capital principal de la Entidad, alcanzará un 10,7% incluyendo los 2.800 millos de euros procedentes del FROB. La Directora General de la CAM, Sonia , ha remarcado que el Plan de Recapitalización que ha presentado Caja Mediterráneo al Banco de España, "nos permitirá situar nuestro nivel de eficiencia por debajo del 50%, con un nivel de ahorro recurrente de más de 200 millones de euros anuales de aquí al año 2015". La directora general ha hecho hincapié en que estamos desarrollando de forma escrupulosa de nuestro plan de recapitalización que presentamos a finales de abril al Banco de España. Nuestros objetivos prioritarios contemplan el desarrollo de diversas iniciativas en materia de reestructuración operativa y ahorro de gastos diseñadas para situar la productividad y eficiencia de la Caja en los niveles requeridos por el nuevo entorno competitivo y regulatorio".

Posteriormente, en la Asamblea General de 17.06.11, la actora, tras informar sobre las negociaciones de la CAM a fin de encontrar un socio, manifestó que "Tenemos fortalezas importantes, tenemos completamente saneado nuestro balance y realizadas hasta el último euro todas las provisiones exigidas hasta la fecha".

Además, la actora defendió la viabilidad de la Caja ante diversos medios de comunicación, en base a los citados resultados.

Decimotercero.

La actora presentó ante los Administradores Provisionales del FROB, en la sesión celebrada el 1.08.11, a través del Director de Planificación y Control, unos resultados provisionales del primer semestre del 2011 (estados financieros intermedios) de la CAM que reflejaba un resultado del ejercicio positivo de 81,10 millones de euros.

E igualmente figuraba dentro de la partida de dividendos correspondiente al ejercicio 2010, la suma de 163,62 millones de euros provenientes de beneficios generados por dividendos repartidos de las sociedades filiales del grupo CAM, de los cuales, 95,40 millones de euros provenían de Gestión Financiera del Mediterráneo S.A.U. (Gesfinmed).

Decimocuarto.

Además, la actora presentó unas cuentas anuales de la CAM, no del grupo, correspondiente al ejercicio 2010, que registraba unos beneficios de 244,162 euros.

Dichas cuentas anuales fueron presentadas por la actora en el Consejo de Administración de 3.02.11, y aprobadas en la Asamblea General de 30.03.11, que comprendían el balance de situación, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de ingresos y gastos reconocidos, el estado total de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo, la Memoria y el Informe de Gestión a propuesta de la propia actora acompañándose el informe de auditoría efectuado por KPMG Auditores S.L. y el informe de favorable de la Comisión de Control.

Toda la información económica y financiera en lo relativo a la cuenta de resultados de la Caja tanto en el 2010 como los estados financieros intermedios del 2011 se sometió a la consideración, supervisión y aprobación previa de la actora.

Decimoquinto.

Disconformes con los resultados presentados por la actora, los Administradores Provisionales del FROB inician una revisión de los estados financieros de la entidad correspondientes al mismo período con el fin de

verificar la imagen fiel del patrimonio de la misma, comunicando a la CNMV el 30.08.11 que se iban a demorar en la presentación de los resultados financieros del primer semestre. Consecuencia de dicha revisión, los administradores provisionales del FROB, informaron, siendo comunicado a la CNMV el 5.09.11, que el resultado del ejercicio del primer semestre de la CAM como grupo, arrojaba una cifra de pérdidas de 1.135,80 millones de euros, con una ratio de morosidad del 19%, situándose el nivel de solvencia a 30 de junio, al 4,88%.

La diferencia sustancial entre estas cuentas y las presentadas por la actora van referidas a la pérdida por deterioros de activos financieros por importe de 1.147 millones de euros registrados en el margen bruto, que en las cuentas anteriores presentadas por la Directora General no se había registrado importe alguno y otros 424,31 millones de euros registrados en el margen operativo y que en las cuentas presentadas por la citada directiva presentaban signo positivo de 15,52 millones de euros.

Decimosexto.

Durante el ejercicio 2010 se liberaron provisiones de créditos altamente deteriorados (activos dudosos y fallidos), mediante la titulización y transferencia ficticia a estos activos a terceros, lo que permitió la liberación de provisiones por valor de 168,6 millones de euros, que se contabilizaron como resultados positivos.

Dichas operaciones de titulización se instrumentaron a través de cuatro Fondos, tres de activos denominados "Fondo privado de titulización hipotecas residenciales 1", "Fondo privado de titulización hipotecas residenciales 2" y "Fondo Privado de Titulación Pymes 1 Limited" y uno de activos reales adjudicados "Fondo privado de Titulación Activos Reales 1".

Las dos primeras operaciones fueron aprobadas por el Consejo de Administración de la Entidad en sesión de 25.03.10, -a la que asistió la actora a requerimiento del Presidente-, en las que se autorizó a la emisión de cédulas hipotecarias o bonos hipotecarios garantizados, participaciones hipotecarias y/o certificados de transmisión de hipoteca, representativos de préstamos hipotecarios de la cartera de la entidad, o de cualquier otro modo ceder préstamos y/o derechos de crédito, con o sin garantía hipotecaria hasta un máximo de 2.500 millones de euros.

Dichas operaciones de emisión de bonos, de adquisición por la CAM, y venta a terceros con opción de compra fueron realizadas en fechas 21.04.10 y 30.06.10 abril (documentos 56 y 57 de la parte demandada). Por este procedimiento durante el ejercicio 2010, la Entidad procedió a titular créditos por valor total de 1.803,4 millones de euros, y concedió préstamos seniors a los mencionados fondos, y adquirió los bonos de mejor calidad crediticia emitidos por éstos (que autorizó la Comisión de Retribuciones en fechas 30.03.10 y 25.05.10 - documentos 60 y 61 parte demandada), distribuyéndose a terceros los bonos que figuraban en posición más desfavorecedora en el orden de prelación de pagos. Así mismo, la entidad Nomura Internacional Plc concedió a los fondos financiación subordinada destinada a las primeras pérdidas. La Entidad cedió el derecho a percibir los intereses ordinarios de los préstamos, así como del principal de éstos al vencimiento, si bien determinados flujos de efectivo relativos a las comisiones a percibir fueron retenidos por éstos. Además, se acordó la existencia de una opción de compra sobre la totalidad de los préstamos titulizados por la Entidad. De esta forma, la Entidad considerando que los riesgos y beneficios sustanciales de los préstamos se habían transferido en dichas titulaciones, los dio de baja en el balance.

Dicha operación se registró contablemente por la Dirección de Financiación y Liquidez, siendo conocedores de dicha situación tanto D. Bernardo como la actora. (Declaración jurada de Ambrosio, Dtor General de Planificación y Control de CAM). Y constan diversos correos electrónicos entre el Director de Financiación y Liquidez y el Director General de Inversiones y Riesgos sobre los diversos criterios contables de los bonos y otras actuaciones relacionadas con las titulaciones.

Asimismo, constan dos informes definitivos de "Análisis a la Baja de balance en la venta de préstamos hipotecarios" elaborado por KPMG Asesores S.L. de fechas 30.11.10 en relación al "Fondo Privado de Titulación de Hipotecas Residenciales 1" y de 25.06.10 en relación al "Fondo Privado de Titulación Hipotecas Residenciales 2", en los que indicaban que con la información facilitada por la Entidad, podría dar de baja las provisiones en función de determinadas asunciones, como que el importe de los bonos de peor calidad crediticia fuera suficiente para absorber las pérdidas esperadas e inesperadas, o que las opciones de recomprar a favor de la Entidad no "estaban profundamente en dinero".

Decimoséptimo.

En el ejercicio 2010, se produjo el pago de dividendos a la CAM por parte de diversas sociedades del grupo, por valor de 163,2 millones de euros, de los que 38 millones lo fueron trayéndolos de las reservas voluntarias de aquellas, y 125,2 millones como a cuenta de resultados del 2010, lo que contribuyó a incrementar de forma ficticia la cifra de beneficios de la cuenta de resultados individual de la CAM.

Así, en el ejercicio 2010 se repartieron un total de 294.774 miles de euros de las filiales a la CAM, siendo los más destacados los repartidos por Gestión Financiera del Mediterráneo S.A.U. (Gesfinmed), por importe de

155.900 miles de euros a cuenta de los ejercicios 2010, 2009 y anteriores, CAM International Issues SAU por importe de 51.559 miles de euros, y CAMGE Financiera EFC SA por importe de 41.860 miles de euros. De dicho importe total, 125,225 millones correspondían a dividendos a cuenta de los resultados del ejercicio en curso (2010) de todas las filiales, y 38 millones de resultados anteriores a 2009 (documento 18 parte demandada).

La entidad Gesfinmed es una sociedad participada al 100% por la CAM, y del importe reseñado que repartió a la matriz, 95.400 miles de euros fueron generados en ejercicios anteriores al 2010 y 60.500 miles de euros fueron dividendos a cuenta de resultados del ejercicio 2010, lo que fue aprobado por el Consejo de Administración de dicha filial en sesiones de fecha 26.03.10, en cuanto al primer reparto; y en sesiones de fechas 27.07.10 y 21.12.10, el segundo. Consecuencia de dicho reparto, se produjo una merma en los fondos propios que pasó de 127,3 millones de euros en el 2009 a 49,4 millones de euros en diciembre 2010, siendo negativo el fondo de maniobra a junio de 2010.

Y consta que la matriz CAM concedió un préstamo a la filial Gesfinmed el 28.12.10 por importe de 14.390,347 miles de euros, adicional al de 50.000 miles de euros que le concedió en fecha 30.04.08, (documento 66 de la parte demandada). Dicho préstamo fue refinanciado mediante nuevo contrato de préstamo firmado el 28.12.11 por importe de 86,5 millones de euros, al no poder la sociedad filial hacer pago del mismo (documento 69 de la parte demandada).

Consta correo electrónico de 23.11.10 de la Directora General de Administración y Control de Gesfinmed al Director de Información Financiera señalando que no disponía de liquidez para hacer el reparto de dividendos a la matriz (documento 65 de la parte demandada), y nuevo de 26.11.10, del Director General de Planificación y Control Sr. Ambrosio al Director de Información Financiera donde dice textualmente "(...) la directriz es generar el mayor resultado individual posible antes del 31 de diciembre de 2010. Si es posible traer el resultado por dividendo en 2010 mejor que en el 2011 (...)"

Decimoctavo.

En el marco de integración en el SIP, fue suscrito por Grupo Cajastur, CAM, Caja de Extremadura y Caja Cantabria, acuerdo de fecha 13.12.10, en virtud del cual se definieron las medidas de reestructuración de personal, dentro del Banco Base, y las condiciones para adherirse al programa de reestructuración de plantillas, que entre otros era tener 55 años de edad a 31.12.10, y una antigüedad mínima de 10 años, con un plazo de 30 días para acogerse. En el caso de la Entidad demandada, cuyo período de adhesión fue de 25.01.10 al 25.02.10, se adherieron 836 empleados.

Se encargó a la entidad Torres Watson de España S.A., con la información facilitada y el número de empleados que se adherieron al plan, calcular el compromiso correspondiente al fondo de prejubilaciones de todos las Entidades, que en el caso de CAM, ascendió a 147.037,65 miles de euros para lo cual se hizo la dotación correspondiente, con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias del 2010. En dicho cálculo no se incluyó, pues no se facilitó dicha información, el coste de las prejubilaciones de los 6 miembros del Comité de Dirección: D. Cosme , D. Eleuterio , D. Everardo y D. Franco , el 28.02.11; D. Bernardo , el 29.06.10 y D. Ildefonso el 22.07.10, que respecto de los cuatro primeros mencionados ya estaba previsto, y recogido en la sesión de la Comisión de Retribuciones de 10.11.10, y se dio cuenta al Consejo de Administración al día siguiente.

El importe que la Entidad debía haber dotado al fondo de prejubilaciones correspondiente a estos 6 miembros, ascendía a 15,446 millones de euros, si bien registró un apunte contable de 6,6 millones de euros (correspondiente al coste de las prejubilaciones de aquellos de los cuatro miembros del Comité de Dirección que lo hicieron el 28.02.11), con cargo a otro fondo constituido en el año 2005.

Decimonoveno.

Consecuencia de la presentación de las cuentas anuales individuales del ejercicio de 2010 aprobada por el Consejo de Administración el 3.02.11, se acordó el abono de la paga de beneficios, con un coste de 5.7 millones de euros, los incentivos de red ligados a resultados y las aportaciones adicionales al plan de pensiones de los empleados, que para el subplan III ascendió a 123,02 miles de euros; y el subplan IV y V, 16,88 millones de euros y una retribución variable o incentivos por importe de 2.192,60 miles de euros.

En caso de no haberse procedido a la liberación de provisiones por deterioro de activos financieros por importe de 186,6 millones de euros, y la dotación por inclusión al fondo de prejubilaciones de los seis miembros del Comité de Dirección por importe de 15,6 millones de euros, el resultado que hubiera ofrecido la CAM ascendería (exclusivamente con dichos datos) a 12 millones de euros, de forma que la paga de beneficios no se hubiera devengado.

Vigesimo.

En fecha 27.09.11 la auditora externa KPMG Auditores S.L. presentó ante los Administradores Provisionales del FROB un informe sobre "Comunicaciones de Errores e Irregularidades" respecto de la auditoría del balance de situación de Banco CAM SAU a 31 de julio de 2011. En dicho informe, cuyo contenido se da por reproducido, destacan los siguientes aspectos:

"(...) 1.1 Titulaciones fuera del balance. Durante el primer semestre del 2011, la entidad dominante del Grupo CAM ha registrado un saneamiento contra reservas por deterioros por importe de 168.590 miles de euros, correspondientes, fundamentalmente, a la activación y saneamiento de una cartera de préstamos titulizados en ejercicios anteriores, por importe de 125.574 miles de euros, que se habían dado de baja en el balance por haberse considerado transferidos sustancialmente los riesgos y beneficios asociados a los mismos, no contemplando en ese momento, la existencia de determinadas operaciones con opciones que afectaban a la mencionada transmisión de riesgos y beneficios. (...);

(...) 1.3 Gestión de la Entidad y Preparación de Estados Financieros a 31 de marzo y 30 de junio de 2011. Como indican los Administradores Provisionales en las notas explicativas del balance de situación al 31 de julio de 2011, la Entidad ha venido dedicando en los últimos meses, una parte significativa de sus esfuerzos a los sucesivos intentos de lograr una integración con otra Entidad, o al menos su recapitalización con la entrada de algún socio privado, en detrimento de la actividad de seguimiento, control, y gestión de las operaciones propias del negocio (gestión del margen básico, gestión y control de las necesidades de liquidez, seguimiento y control de las operaciones, refinanciaciones y recobro, adjudicación y ejecución de garantías inmobiliarias, gestión de fallidos, etc) (...). Estas circunstancias, entre otras, no fueron consideradas por la Dirección de la Entidad al elaborar la información financiera intermedia correspondiente al cierre de los primeros dos semestres del ejercicio 2011. En dicha información se recogían beneficios de la Entidad, a nivel individual, a 31 de marzo y 30 de junio de 2011, de 17.292 y 58.886 miles de euros, respectivamente, y un ratio de morosidad de, aproximadamente, el 9% a dichas fechas. Los resultados de la Entidad al 30 de junio de 2011, preparados por los Administradores Provisionales del FROB ascendían a 1.163.493 miles de euros de pérdidas y el ratio de morosidad del 19%. A 31 de julio de 2011, las pérdidas del Banco ascendían a 1.308.209 miles de euros, tal y como figura en el balance de situación del Banco formulado por los citados Administradores Provisionales.

1.4 Indemnizaciones de Alta Dirección. Durante el ejercicio 2011, seis Directivos de la Caja de Ahorros del Mediterráneo y de Banco CAM SAU, se han acogido al plan de prejubilación pactado en el ERE de la Caja, procediendo a la extinción de sus contratos con condiciones mejoradas, que fueron aprobadas por el Director General y el Presidente de la Caja. En el transcurso de nuestra auditoría, hemos detectado que la liquidación de dichas indemnizaciones han sido registradas contablemente utilizando parte del fondo interno constituido por la Entidad al 31 de diciembre de 2010 para hacer frente a los compromisos con los empleados cubiertos por el mencionado ERE, no encontrándose los seis Directivos en dicha relación. La correcta contabilización de la prejubilación de dichos directivos hubiera sido cargando en la cuenta de pérdidas y ganancias tal como se registró con posterioridad por los Administradores Provisionales de la Entidad. Por otra parte, de la documentación analizada se desprende que los acuerdos retributivos e indemnizatorios alcanzados con los Directivos no han seguido los cauces reglamentarios, ya que no han contado con el informe previo preceptivo y detallado de la Comisión de Retribuciones y su ratificación por el Consejo de Administración de la Entidad, en el que se ratifiquen que dichos acuerdos eran consistentes y coherentes tanto con la situación económica y financiera de la Entidad como con las condiciones globalmente pactadas para el resto de la plantilla y en especial con: retribución tomada en consideración para calcular la indemnización; los criterios y magnitudes utilizados para el cálculo de la "Prestación Adicional Asegurada de Jubilación; la asunción por parte de la entidad de las eventuales contingencias fiscales derivadas de las indemnizaciones netas abonadas, en el momento de la extinción de la relación laboral al citado colectivo. Adicionalmente, consideramos que estas indemnizaciones a todos los Directivos de la Entidad, no se encuentran alineadas con las últimas tendencias en la regulación financiera en materia de políticas retributivas y, concretamente, con las modificaciones introducidas recientemente en el derecho español, tanto en el ámbito mercantil como en la regulación bancaria, como reflejo de los cambios operados en la regulación financiera internacional (...)."

Vigesimoprimer.

Consta correo electrónico remitido por el Jefe de Control de Riesgos, Sr. Agustín , al Director General de Planificación y Control, Sr. Ambrosio , el 18.01.11, en el que se manifiesta el ajuste al alza de las previsiones de resultados de la CAM para el ejercicio 2011 (documento 21 parte demandada). En el mismo, se incluye un informe interno y confidencial donde se establece una comparativa entre los presupuesto para dicho ejercicio según la previsión interna de la propia empresa, y los aportados al SIP, donde se concluye dentro la previsión enviada al SIP de unos resultados del ejercicio consolidado de 245,86 millones de euros; mientras que la previsión interna arrojaba unas pérdidas de 448,79 millones de euros del grupo.

Igualmente, consta correo electrónico remitido por la actora el 10.05.11, en contestación a otro recibido el 9.05.11 del Director General de Control de Riesgos, ante la revisión efectuada por una auditora externa de los expedientes de los 100 mayores grupos de la CAM, en el que destaca la importancia de minimizar el impacto de dotaciones.

Vigesimosegundo.

Según el informe de revisión limitada sobre los estados financieros intermedios cerrado a 30.06.11, elaborado por KPMG Auditores S.L. a petición de los Administradores provisionales del FROB y presentado el 14.09.11, el alcance de dicha revisión limitada es menor que el de una auditoría y no permite asegurar que todos los asuntos significativos que podrían haber sido identificados en una auditoría lleguen a conocimiento de los emisores del informe.

Según el citado informe, en su punto sexto reza lo siguiente "En este sentido, la intervención del FROB, (...), que ha supuesto el apoyo financiero a la liquidez y el compromiso de participar en el capital del Banco CAM SAU, ha permitido que la CAM recupere, transitoriamente, la solvencia y liquidez necesarias para poder seguir operando con normalidad (...)".

Vigesimotercero.

Según los Estatutos de la CAM, son órganos de gobierno y administración la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control, así como una Comisión Ejecutiva con funciones delegadas del Consejo de Administración.

La Asamblea General es el supremo órgano de gobierno y decisión de la entidad, y está compuesto estatutariamente por 180 miembros, denominados Consejeros Generales, si bien en la actualidad la conforman 176, siendo su Presidente D. Germán , figurando 3 Vicepresidentes, los cuales también lo son del Consejo de Administración.

El Consejo de Administración es el órgano que tiene encomendado el gobierno, la administración y gestión financiera, y la obra benéfico-social de la entidad, siendo el representante de ésta en el giro y tráfico de la misma, sin perjuicio de la delegación de facultades a favor del Director General. Está compuesto por 20 miembros, y cuenta con un Presidente, que también lo es de la Asamblea General, 3 Vicepresidentes y un secretario. Entre sus funciones se encuentran la administración de la Institución, ejecutar los acuerdos de la Asamblea General, designar los miembros de la Comisión Ejecutiva, el nombramiento del Director General, elevar a la Asamblea General el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la propuesta del excedente a los fines propios de la institución.

Además, dentro del Consejo de Administración existe una Comisión Ejecutiva, compuesta por 13 miembros pertenecientes al mismo, entre los que se encuentra el Presidente, los 3 Vicepresidentes, y a las que asiste con voz pero sin voto, el Director General, y ostenta facultades delegadas por el Consejo de Administración; y 3 Consejos Territoriales.

Como órganos de apoyo del Consejo de Administración, cuenta con una Comisión de Inversiones y otra de Retribuciones, ésta última tiene por función informar al Consejo de Administración sobre la política general de retribuciones e incentivos para el personal de alta dirección, (entendiendo por éstos el nivel de Director General, Director General Adjunto, y resto de miembros del Comité de Dirección), dietas por asistencia a reuniones y desplazamiento de los órganos de gobierno, y nombramientos de los altos directivos, así como el sistema general de incentivos anuales o retribución variable de aplicación al personal de la Entidad. Está compuesta 3 miembros del Consejo de Administración, asistiendo a las reuniones el Director General sin voto siendo facultad del Presidente a propuesta de la citada Comisión asignar la retribución anual del Director General y demás miembros del Comité de Dirección.

La Comisión de Control es el órgano que tiene encomendada la supervisión y vigilancia de la gestión del Consejo de Administración y sus comisiones delegadas, está compuesta por diez miembros elegidos por la Asamblea General.

El Director General es el primer jefe administrativo de la institución, con el mayor rango y categoría dentro de la misma, teniendo a su cargo la gerencia de la Entidad. Es designado por el Consejo de Administración. Entre sus funciones, se encuentra, la de proponer al Consejo de Administración la designación de los Directores Generales Adjuntos y los Directores Territoriales, conoce, estudia y resuelve los dictámenes, propuestas e informes que eleven a su conocimiento la Comisión Ejecutiva, los Consejos Territoriales y los órganos de apoyo al Consejo de Administración, dirige y ordena el funcionamiento de la Institución, velando por una racional organización de tales servicios y trabajos; anualmente presenta ante el Consejo de Administración, la Memoria, Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, así como la propuesta de aplicación del excedente a los fines propios de la Caja. Además, es sustituido en su ausencia o por vacante, por el Director General Adjunto.

Además de las funciones señaladas en el Estatuto, el Consejo de Administración tiene delegadas en la actora facultades en materia de préstamos, créditos, clasificaciones y avales, tesorería e inversiones institucionales, estando facultada para aprobar sin límite de cuantía cualquier operación de tesorería, de créditos sindicados, en el mercado de valores o de inversión institucional en general. Asimismo, se le han delegado entre otras, acordar la inversión de los recursos de la caja y realizar toda clase de actos de disposición y administración necesarios sobre sus bienes y cuantos se confíen a su custodia para la gestión de las actividades de la entidad y cumplimiento de sus fines económicos de todo orden. Asume además la ejecución de los presupuestos generales anuales y se la autoriza para efectuar compras, gastos y demás actos dispositivos hasta el límite que se fije en cada momento. Igualmente está facultada y ha realizado delegaciones a su vez en comités y comisiones de la entidad o en cargos directivos de la misma, dando cuenta de la delegación al Consejo, todo ello según figura en el informe anual del 2010 elaborado por el Auditor Externo KMPG Auditores S.L.

El Comité de Dirección es un órgano de apoyo al Director General, que lo preside, y a su vez, compuesto por éste, por el Director General Adjunto, y los Directores Territoriales, con las facultades que éste le delegue, y entre otras, la de elaborar las directrices ejecutivas de la Institución y coordinar la planificación de la misma.

Vigesimocuarto.

La Comisión de Retribuciones acordó en sesión de 24.07.07, proponer un sistema de previsión social complementario al de la Seguridad Social y Plan de Pensiones para los miembros de alta dirección, para su aprobación por el Consejo de Administración, en los siguientes términos: "En caso de jubilación, una pensión vitalicia revalorizable al 2% que, junto con la pensión de la Seguridad, permita obtener una cobertura, a la edad de jubilación ordinaria (65 años), equivalente al 60% de la media de retribución anual fija percibida en los 3 años anteriores a la jubilación, reversible, en caso de fallecimiento al 50% (.....) Para tener derecho a las prestaciones anteriores se exige que llegada la fecha del cobro de la prestación, no se hubiera producido el cese en la entidad por voluntad propia o motivos disciplinarios, y que el periodo mínimo como miembro del Comité de Dirección sea de 5 años".

Y el Consejo de Administración, en su reunión celebrada el 25.07.07, aprobó la citada implantación para todos los miembros de alta dirección del sistema de previsión social complementario al de la Seguridad Social y Plan de Pensiones, en los términos de la propuesta que la Comisión de Retribuciones formuló en sesiones de 22.03.07, 22.05.07 y la del día anterior.

Vigesimoquinto.

Como consecuencia, en fecha 17.09.07, la CAM y la actora suscribieron un acuerdo en virtud del cual la actora a su jubilación tendrá derecho a percibir una serie de prestaciones, entre las que se encontraba una prestación adicional asegurada, en los términos arriba expuestos, destacando que la cuantía fijada sobre el 60% de la media de retribución anual fija percibida en los 3 últimos años, incluía los incentivos, en los términos que constan en el mismo, dándose por reproducido en su integridad. Idéntico acuerdo suscribieron los entonces restantes 11 miembros del Comité de Dirección, y su Director General D. Bernardo .

Vigesimosexto.

Posteriormente, en reunión de la Comisión de Retribuciones de 13.03.08 se propuso en relación a la prestación adicional asegurada, que el complemento del 60% se calcularía sin computar los fondos constituidos en el Plan de Pensiones de empleados CAM, es decir, contemplando únicamente los derivados de la Seguridad Social. Dicho acuerdo fue aprobado por el Consejo de Administración en sesión celebrada de 24.04.08.

En consecuencia, la actora suscribió con la CAM nuevo acuerdo de 6.05.08, en virtud del cual, se excluyó para el cómputo de la prestación adicional asegurada, los fondos constituidos en el Plan de pensiones y las aportaciones excedidas y otros compromisos.

Vigesimoseptimo.

La Comisión de Retribuciones en reunión de 10.11.10, acordó, entre otros puntos, proponer una serie de acuerdos en materia laboral, de previsión social y prejubilación de los miembros del Comité de Dirección y del hasta entonces Director General, D. Bernardo , como consecuencia de su integración en el SIP, concretamente en su punto 2.2.1 y en relación a los demás miembros actuales del Comité de Dirección, apartado B), disponía "Para el caso de acceso al Programa de reestructuración de plantillas: La Comisión de Retribuciones presta su conformidad para que aquellos miembros del Comité de Dirección que ya han cumplido los 55 años, concretamente, D. Cosme , D. Ildefonso , D. Everardo y D. Eleuterio , y que por ello está afectados por el plan de prejubilación o de reestructuración de plantillas actualmente previsto, se puedan acoger a dicho programa,

conforme a las condiciones y mejoras económicas previstas en los acuerdos adoptados por la Caja para los miembros del Comité de Dirección"; y en su punto 2.2.2 sobre Acuerdos en materia de previsión social y prejubilación, disponía lo siguiente "En relación con lo establecido en materia de prejubilación y previsión social complementaria para el momento de la jubilación, la Comisión de Retribuciones acuerda por unanimidad el informar favorablemente el que están cumplidos los requisitos mínimos de años de permanencia en el comité de Dirección establecidos, sea cual sea la fecha de su incorporación a la misma, para acceder a los derechos complementarios que como miembros del Comité ostentan referidos a programas de prejubilación y al sistema de previsión social complementaria". De esta forma, se suprimió el requisito de permanencia mínima como miembros del Comité de Dirección para tener acceso a la prestación adicional asegurada.

Y el Consejo de Administración en reunión celebrada el 11.11.10, prestó su conformidad a dicha propuesta en las materias citadas.

Vigesimoctavo.

Consecuencia de ello, la actora suscribió nuevo acuerdo de 22.11.10, anexo nº 1 al firmado el 6.05.08, en virtud del cual se estipulaba que para tener acceso a la prestación adicional asegurada debería cumplir los requisitos de no haber causado baja en la Entidad, en los términos que consta en la misma, así como que conservaría dicho derecho en el caso de que la extinción o suspensión de la relación laboral de forma unilateral a voluntad del empleado estuviera motivada por el acceso a un programa de reestructuración de plantillas previsto en la CAM o por su incorporación en otra entidad con vinculación societaria con CAM, suprimiéndose el requisito de permanencia mínima en el Comité de Dirección.

Vigesimonoveno.

La actora suscribió con el Presidente de la Entidad, D. Germán , un nuevo anexo nº 2 al acuerdo firmado con la entidad el 6.05.08, que fue fechado el 7.12.10, y firmado a principios de marzo de 2011, en el que se estipulaba a favor de la misma, que en relación al cálculo de la prestación adicional asegurada que la retribución anual y la pensión de jubilación de la Seguridad Social que intervengan en su cálculo se determinen en función de la remuneración anual actual devengada (593.040,02 euros) , y de la pensión máxima vigente de la Seguridad Social, con una revalorización del 1% anual desde la fecha de la jubilación, dejándose sin efecto las cláusulas referentes a la proyección de las partidas que intervienen en la misma fijadas en el anterior acuerdo de 6.05.08. Dicho acuerdo, que en realidad fue firmado a principios del mes de marzo, no había sido ratificado previamente por el Consejo de Administración de la Entidad. A consecuencia de ello, se emitió certificado individual de la compañía Caser de 10.03.11, recogiendo las citadas modificaciones.

Idéntico acuerdo pero fechado el 25.11.10, y respecto de las retribuciones correspondientes a dicho mes, suscribieron el resto de miembros del Comité de Dirección.

Trigesimo.

Para la instrumentación de los citados compromisos por pensiones, tanto la prestación social asegurada, como el plan de pensiones, fue suscrito el 13.11.07 una póliza de seguro colectivo con CASER sobre previsión social complementaria, que preveía un desembolso de las primas en 7 años, que concluía el 2013. Sin embargo, se adelantó el calendario de periodificación del pago de las primas a junio de 2010, donde en fecha 17.06.10 se abonó por la Entidad una prima de 25,6 millones de euros, que junto con los abonos de las primas de los años anteriores, cubría totalmente la obligación garantizada por importe de 57,9 millones de euros para los 13 miembros del Comité de Dirección.

Posteriormente, el 30.03.11, se produjo un extorno de la Compañía Caser a favor de la CAM por importe de 26,5 millones de euros, consecuencia de regularizar las primas excluyéndose los incentivos en el cálculo. Esto ha provocado a la Entidad un perjuicio valorado en 732.149,35 miles de euros.

Trigesimoprimer.

Consta diversos correos electrónicos, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, en el mes de febrero y marzo, remitidos por D. Constantino (Director General de Mediterráneo Vida y encargado de la gestión de la póliza de Caser) a la actora y D. Bernardo , en el que se hacían distintas valoraciones de la prestación adicional asegurada de los miembros del Comité de Dirección, barajando diversas hipótesis de cálculo, que concluyó con la decisión del Sr. Bernardo de que los cálculos para la misma no podían exceder de 29,9 millones de euros, como importe total para todos los directivos (documentos 100 a 111 de la parte demandada).

Y consta correo electrónico de 7.03.11 remitido por el Sr. Constantino a la actora, con las conclusiones sobre las premisas tenidas en cuenta para definir el modelo de previsión adicional asegurada, el planteamiento

que se había ideado para dejar cerrada la misma, y las fechas que debían constar en los acuerdos, concretamente 25 de noviembre para el Comité de Dirección y 7 de diciembre para la actora y el Sr. Bernardo , acompañando al mencionado correo como documento adjunto un modelo del acuerdo "anexo 2 al acuerdo firmado con la CAM el 6 de mayo 2008", que debía firmarse con todos los miembros del Comité de Dirección, idéntico al que luego se firmó en dicho mes con todos ellos, incluido la actora.

Trigesimosegundo.

La Comisión de Retribuciones en sesión de 23.07.10 acordó proponer al Consejo de Administración, entre otros puntos, un informe sobre el sistema retributivo de alta dirección, que recogía un sistema de retribución fijo, y otro variable, en función del cumplimiento de objetivos que se fijó para los miembros del Comité de Dirección entre un 35% sobre la retribución fija que cada uno tiene establecido; así como un programa de prejubilación especial para los altos directivos, para que los que pasen a prejubilación/jornada especial, se continúe dotando al fondo de pensiones el mismo porcentaje que al resto de la plantilla en activo (habitualmente está en el 5,5%) manteniendo el 100% del salario fijo y variable resultante de la media de hasta los últimos 5 años. Y de dicha propuesta se dio traslado para su conocimiento al Consejo de Administración en su reunión de 27.07.10.

Trigesimotercero.

La Comisión de Retribuciones en sesión celebrada el 23 de febrero de 2011, acordó entre otros puntos, a propuesta del Director General de Recursos, dado que según las cuentas anuales de la CAM, el beneficio después de impuestos de la entidad matriz se fijaban en 244,2 millones de euros, propuso que se pueda satisfacer la paga de beneficios de marzo y una aportación al plan de pensiones a los partícipes del Subplan III de 0.5 de paga; e igualmente, el beneficio antes de impuesto de la entidad matriz se cifra en 201,2 millones de euros, presentando una cobertura del 100,2% sobre el presupuesto aprobado por el Consejo, lo que supone que la aportación de la parte variable a los partícipes de los Subplanes 4 y 5 sea del 2,75%, resultando un total del 0,5%. También se acordó satisfacer los incentivos correspondientes y a la Red y a las Áreas de Central, salvo al Comité de Dirección que renunció al mismo correspondiente al 2010, a propuesta de la Directora General.

Trigesimocuarto.

En fecha 8.02.12, el Banco de España, en base al informe elaborado por la Dirección General de Supervisión de 25.01.12, ha acordado la incoación de un expediente disciplinario a la CAM y a un total de 49 personas, incluida la actora, que ejercen o han ejercido cargos de administración y control de la entidad o han sido nombrados miembros de la Comisión de control, al apreciarse los siguientes hechos: 1.- Deficiencias en los mecanismos de control y gestión de riesgos; 2.- Prácticas irregulares destinadas a alterar la realidad financiera y patrimonial de la CAM; 3.- Incumplimiento de autorizaciones administrativas; 4.- Retribuciones a los órganos de administración y control y directivos de la entidad; 5.- Imposibilidad de cumplir el plan de recapitalización presentado, en los términos que figuran en el mismo, dándose por reproducido así como el informe del Departamento de Inspección del Banco de España de 25.01.12.

Trigesimoquinto.

Consta la existencia de las Diligencias Previas nº 170/10 que se encuentran en tramitación ante el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, si bien no obra en autos dichas actuaciones.

Trigesimosexto.

La Circular 4/2004 del Banco de España es el marco donde se integran las normas de información financiera, pública y reservada, y los modelos financieros. Se caracteriza por integrarse dentro de la filosofía de las Normas Internacionales de Contabilidad, aportando una política contable flexible y transparente.

Trigesimoseptimo.

La evolución de los depósitos de la clientela de la CAM ha sufrido una reducción en los siguientes términos: ha pasado de 44.464.260 millones de euros en septiembre de 2010 a 38.106.663 millones en diciembre de 2011.

Trigesimoctavo.

La actora no ostentaba en el momento del despido, ni en el año anterior, la condición de representante legal de los trabajadores.

Trigesimonoveno.

En fecha 4.11.11 se celebró el preceptivo acto de conciliación ante el SMAC, que concluyó sin avenencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LPL , la relación fáctica contenida en los hechos probados de la presente resolución se ha deducido de la prueba documental, testifical, y pericial practicada en el acto de la vista. Así el hecho probado primero, de su expreso reconocimiento por la demandada, el segundo de la documental y reconocimiento de la demandada; el hecho probado tercero en virtud de la documental consistente en todas las certificaciones de las actas de las Comisiones y del Consejo de Administración y copia de los apoderamientos obrantes en autos; el cuarto, mediante documental obrante en autos, y de la parte actora; el quinto, de la memorial anual de las cuentas anuales de la entidad del 2010; el sexto de la documental consistente en contrato de integración en el SIP, Memoria de las cuentas anuales, y pericial de la parte demandada; séptimo, de la documental y pericial; octavo, noveno, décimo y undécimo de la documental; duodécimo, decimotercero y decimocuarto documental aportada por ambas partes; decimoquinto documental de la demandada; decimosexto a decimonoveno de la pericial de parte demandada y documental; vigésimo de la documental; vigesimoprimer documental aportada por la demandada; vigesimosegundo, documental obrante en autos, y aportada por ambas partes; vigesimotercero, documental aportada por ambas partes; vigesimocuarto a vigesimooctavo, documental aportada por ambas partes y obrante en autos; vigesimonoveno, aportada por ambas partes y testifical; trigésimo documental de la demandada y obran en autos, y pericial de la parte demandada; trigésimoprimer a trigésimo cuarto, documental aportada por ambas partes; trigésimoquinto, documental de la parte actora; trigésimosexto del informe pericial de la parte demandada; trigésimoseptimo documental de la actora; trigésimooctavo y trigésimonoveno del expediente.

Segundo.

Interesa la actora la declaración de nulidad, y subsidiariamente la improcedencia del despido de que fue objeto mediante carta de fecha 27.09.11. Con carácter previo debe examinarse la naturaleza de la relación laboral que unió a la actora con la Entidad demandada en el período que ostentó el cargo de Directora General Adjunta, al no cuestionarse la naturaleza común de la relación laboral prestada con anterioridad, ni la especial a partir de ser nombrada Directora General el 10.12.10.

Pues bien, la jurisprudencia del TS establecida entre otras, en su ya clásica sentencia de 17- 6-93 (RJ 1993, 4762) , reiterada en la de 3-10-00 (RJ 2000, 8290) (rec. 3918/99) , viene a señalar que la noción de alta dirección implica que: "1º) han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de dicciones fundamental o estratégicas (sentencia de 6 Mar. 1990 (RJ 1990, 1767)) con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento (sentencia de 18 Mar. 1991 (RJ 1991, 1870)); 2º) los poderes han de referirse a los objetivos generales de la entidad, lo que supone que las facultades otorgadas además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, hayan de ser referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos (sentencias de 30 Ene. (RJ 1990, 233) y 12 Sep. 1990 (RJ 1990, 6998)); 3º) el alto directivo ha de actuar con plena autonomía y responsabilidad, es decir, con un margen de independencia solo limitado por los criterios o directrices de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por lo que no toda persona que asuma funciones directivas de la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que ha de excluirse quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora (sentencias de 13 Mar. (RJ 1990, 2065) y de 12 Sep. 1990)". De otro lado, conforme al art. 4.1 del RD 1382/1985 (RCL 1985, 2011, 2156) el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección se formalizará por escrito, en ejemplar duplicado. En ausencia de pacto escrito -como en este caso- se entenderá que el empleado es personal de alta dirección cuando se den los supuestos del art. 8.1 ET (RCL 1995 , 997) y la prestación procesional se corresponda con la que define el art. 1.2 del presente R.D . Dicho art. 1.2 recoge que: Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanados de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad.

Sentado lo anterior, consta acreditado a través de la documental que la actora ingresó en la Entidad demandada en el año 1982, y que tras diversos cargos, alcanzó la categoría de Directora General Adjunta el 16.02.01, fecha desde la que la demandada considera que su relación laboral se transformó de común en especial. Pues bien, las funciones que desempeñó la actora mientras ejerció como Directora General Adjunta coinciden con las que regula dicho precepto como correspondientes al personal de alta dirección. En este sentido, constan los constantes apoderamientos que le otorgó el Consejo de Administración, al mismo nivel que el Director General, para negociar, cerrar y suscribir acuerdos; además fue casi desde su nombramiento la única ejecutiva adjunta, como se constata en la sesión del Consejo de Administración que acordó su nombramiento como Directora General. A partir del 2007, en que se produce una reestructuración de las direcciones generales, integrándose en la Dirección General Adjunta, pasó a dirigir de forma conjunta todo el negocio de la Sociedad, y a depender de la misma todas las direcciones territoriales, formando además de las distintas Comisiones y Comités de la entidad, como la de Activos y Pasivos, Comisión de Supervisión y Cumplimiento, Comisión de Riesgos del Central y Comisión de Desarrollo Corporativo. E igualmente, tenía junto con el Director General, D. Bernardo, relación directa con los órganos de gobierno de la Entidad, participando en las reuniones del Consejo de Administración, proponiendo acuerdos -entre otras en materias de tesorería, inversiones crediticias e inversiones institucionales-, y el nombramiento de los cargos y puestos de responsabilidad que de ella dependían. Entre los poderes asumidos en virtud de delegación del Consejo de Administración, se encontraban la de formalizar la correspondiente prórroga del contrato con la firma de auditoría externa KPMG Auditores S.L.; formalizar acuerdos internacionales y abrir oficinas en Marruecos, Brasil y México; y apoderamiento en relación a la emisión de cuotas participativas, entre otros. Por tanto, la importancia y trascendencia de las competencias y funciones conferidas la configuran un cargo basado en una especial confianza y que no puede por menos de ser estimado como de alta dirección. Siendo indiferente a estos efectos la declaración efectuada por la Comisión de Retribuciones en su sesión de 23.02.11, puesto de que ella no se desprende como pretende hacer ver la actora, que se calificase su relación como Directora General de laboral común, muy al contrario, los propios integrantes no definen claramente la naturaleza de la relación. En este sentido se expresa el informe del Departamento de Inspección del Banco de España de fecha 25.01.12 (documento 36 de la parte demandada), en el punto relativo a las retribuciones de los directivos "(...) Del estudio del sistema retributivo de alta dirección de CAM se puede concluir que en la actuación de la caja hay una apariencia de legalidad en las retribuciones establecidas, pero se hace un uso excesivo de la relación laboral ordinaria, pretendiendo que se puede extender a la Alta Administración por el mero hecho de que la caja no ha formalizado contratos de alta dirección. El hecho de que no se hayan formalizado contratos de alta dirección no ha obviado el establecimiento de mejoras a los miembros del Comité de dirección y a los Directores Territoriales mediante acuerdos del Consejo de Administración a propuesta de la Comisión de Retribuciones (...).

Por tanto, debe concluirse que la relación laboral de la actora mientras ostentó el cargo de Directora General Adjunta, esto es desde el 16.02.01 y hasta su despido debe calificarse como relación laboral especial de alta dirección, de conformidad con el artículo 2.1 a) del E.T.

Tercero.

Como arriba se expuso, la actora postula como pretensión principal la nulidad de su despido, basándose en las imputaciones efectuadas en la carta de despido, que califica como acusaciones graves y falsas, así como la difusión íntegra de la misma, invocando como vulnerado el artículo 18.1 de la Constitución Española. Argumenta en su discurso, en esencia, que las acusaciones vertidas en la carta con expresiones tales como "engaño mediante manipulación de resultados, falsear por completo la situación financiera y económica de la CAM, actuar en beneficio propio", entre otras, atentan gravemente su derecho al honor y la propia imagen, que le hacen desmerecer la estima social y profesional de treinta años de trabajo, lo que se agrava por la instantánea difusión íntegra del contenido de la carta de despido.

Pues bien, debe señalarse que el despido será declarado nulo (artículo 55 párrafo 5º del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995 , 997) y 108 párrafo 2º de la Ley de Procedimiento Laboral) únicamente cuando tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución, o cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. En relación a la causa invocada por la actora, como ha señalado la STSJ Canarias, Las Palmas 23 de abril de 2010 , "la plasmación en la carta de despido de imputaciones probadamente falsas o gratuitamente injuriosas referidas al trabajador despedido y que no resulten necesarias para fundamentar el desistimiento empresarial por razones disciplinarias es totalmente ajena a la finalidad y naturaleza del referido documento".

Y dicha sentencia continúa diciendo " Como ha declarado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la más reciente sentencia 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 9) , "el honor es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas valores e ideas sociales vigentes en cada momento", este Tribunal "...no ha renunciado a definir su contenido constitucional abstracto afirmando que ese derecho ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer de la consideración

ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público como afrentosas" (sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988 (RTC 1988, 107)).

En el ámbito específicamente laboral, el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona puede constituir un auténtico ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de relación del individuo con el resto de la colectividad (sentencia 180/1999 (RTC 1999, 180). Pero no toda crítica o información sobre la actividad laboral o profesional de un individuo constituye un ataque a su honor personal, así la simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no debe confundirse sin más con un atentado al honor, pues la protección del artículo 18 párrafo 1º de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) solo alcanza "...a aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individuales, poseyendo un especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad" (sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988). Así las cosas, el ataque al honor tutelado por el artículo 18 de la Constitución Española requiere la intencionalidad de atentar contra la buena reputación de una persona , descrédito que necesariamente proviene del conocimiento o difusión de las expresiones o información relativa a la persona en este caso del trabajador hacia terceros o más allá de las fronteras de la relación privada (sentencia 180/1999).

Con independencia de la calificación del despido como improcedente o nulo, en el caso de que se realicen imputaciones falsas en la carta de despido, así como si se usan en la misma por la empresa expresiones de minusvaloración o injuriosas que no resulten justificadas, el Tribunal Supremo viene considerando que el orden civil es competente para conocer de las demandas del trabajador contra la empresa reclamando indemnización por la vulneración de su derecho al honor y a la propia imagen (sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1991 (RJ 1991 , 4462) , 8 de febrero de 1997 (RJ 1997, 664) y 17 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7692)).

La mayoría de dichas demandas suelen ser desestimadas entendiéndose que la función de la carta de despido no es otra que dar por resuelto el contrato de trabajo, lo que obliga legalmente a notificar el despido por escrito, de manera que la carta no tiene otro destinatario que el trabajador y las expresiones utilizadas no son sino la expresión del fundamento del despido disciplinario, por lo que hay que tener en cuenta que el mismo es inseparable de cierto demérito del trabajador . No obstante hay que entender que el derecho al honor y a la propia imagen se vulnera cuando la carta de despido es objeto de innecesaria divulgación o publicidad ajena a su destinatario normal (sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2002), o incluso cuando se contienen en ella imputaciones probadamente falsas o expresiones injuriosas que lleguen a conocimiento de terceros. (...)".

Cuarto.

En la carta de despido que la empresa demandada dirige a la actora el día 27 de septiembre de 2011 se relatan una serie de incumplimientos contractuales que más adelante se analizarán como que presentó una cuenta de resultados a 31 de marzo de 2011 con unos beneficios de 39,8 millones, haciendo públicos los resultados tanto internamente como a la prensa en general, jactándose de lo que calificaba como buena situación de la empresa. En dicha carta, se hace uso de frases como "reiterando la presentación engañosa de resultados de la entidad..."; "ud obtuvo los resultados ficticios correspondientes al primer trimestre y semestre del año, antes citado, falseando por completo la situación financiera y económica de la CAM, al apartarse por completo de la ortodoxia contable..."; "engaño mediante manipulación de resultados..."; "deficiente gestión realizada por Ud al frente del equipo directivo de la entidad desde el 10 de diciembre de 2010, y antes"; y "Particularmente reprochable ha sido su actuación en materia de previsión social complementaria, en beneficio propio". Y se califican los hechos como constitutivos de un incumplimiento grave y culpable previsto en el artículo 11.2 del R.D. 1382/1985, de 1 de agosto , y en el artículo 54.2 del E.T . por trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la gestiones encomendadas y faltas muy graves previstas en el artículo 78.4.4 y 78.4.9 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros y se le impone la sanción del despido con base en el artículo 55 del E.T . y 81.2.3 del referido Convenio.

Partiendo de tales circunstancias, debe concluirse la inexistencia de vulneración del derecho al honor y a la propia imagen de la demandante, pues la empresa se ha limitado a reflejar en la comunicación escrita los incumplimientos contractuales imputados a la misma, entendiéndose que el uso de las expresiones que refiere lo es a los exclusivos fines de basar su decisión extintiva y precisamente por dicha causa, esto es, porque sin la finalidad imputada a la actora, no existiría la conducta imputada, y por ende, la causa de despido, y además lo hace con un relato fáctico consecuente de cómo los administradores provisionales del FROB han tenido conocimiento de los hechos sin ningún tipo de aditamentos o añadidos de carácter injurioso o vejatorio. Se trata, en consecuencia, de expresiones justificadas y necesarias, además de que la crítica que realiza en la carta es a la pericia derivada de su actividad profesional, lo cual no puede confundirse con un ataque a su honor, que va más

allá del ámbito laboral y incide en el círculo más personal e íntimo de la persona. Es decir, que con independencia de la calificación que merezca la decisión extintiva, el uso de las frases empleadas en modo alguno puede entenderse que lo sea con ánimo difamar a la actora, como ella misma pretende. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1989, declaró que "(...) el derecho al honor, derivado de la dignidad humana, a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental en la Constitución Española, y cuya negación o desconocimiento se produce fundamentalmente a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida a determinada persona, que, inexcusablemente, le haga desmerecer en su propia estimación o en el público aprecio, es impensable que pueda verse afectado por una actuación empresarial practicada al amparo del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores que, al referirse a la transgresión de la buena fe contractual está aludiendo, por definición, a un actuar de mala fe mediante expresión jurídica inocua a efectos atentatorios al honor, no indemnizables más allá de la reparación que comporta el reconocimiento de la improcedencia del despido y pago de la consiguiente indemnización, pues de seguirse la teoría de la recurrente se llegaría al absurdo, siempre rechazable en derecho, de que en la práctica totalidad de los supuestos de extinción de la relación laboral por despido disciplinario, con base no sólo en el apartado d) sino en otros muchos del número dos del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, tras el reconocimiento de la improcedencia del mismo y percibo de la indemnización de ello derivada, podría de nuevo el trabajador postular otra indemnización fundamentada en tal inefable causa petendi (...)".

Por otra parte, tampoco ha quedado acreditado en autos la empresa demandada haya divulgado la carta de despido a terceros, ni le que haya dado publicidad a través de los medios de comunicación. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta de un lado el cargo que ostentó la actora mientras estuvo al frente de la empresa demandada, y de otro, la naturaleza de la entidad bancaria, de gran tradición e implantación social en esta Comunidad, y en consecuencia, todo lo acaecido en torno a la misma, como fue su intervención por el Banco de España, como actuaciones posteriores han tenido una lógica repercusión mediática. Por tanto, el despido de que fue objeto la actora lógicamente tuvo trascendencia a nivel informativo y del público en general, como lo habían sido actuaciones suyas anteriores al despido y cuando formaba parte de la cúpula directiva, como una de las cabezas visibles de la organización de cara a la sociedad.

En definitiva, no cabe sostener que la carta de despido vulnerase su derecho fundamental al honor y a la propia imagen consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española.

Quinto.

Igualmente la actora interesa la nulidad alegando que en la tramitación del expediente contradictorio se adoptó la medida cautelar de suspensión de empleo sin apoyo o refrendo legal, con corto plazo de alegaciones, y los defectos formales de la carta de despido, que comportan según la demanda, indefensión y le privan de la tutela judicial efectiva. Sobre dichos extremos conviene precisar que de estimarse, en ningún caso conducirían a la calificación del despido como nulo, sino improcedente. Sentada dicha premisa, deben examinarse las cuestiones planteadas.

Conviene señalar como punto de partida, que como ha declarado la jurisprudencia, el expediente contradictorio previo al despido no reviste la naturaleza procesal y sólo estima como imprescindibles el cumplimiento de aquellos requisitos expresamente exigidos por la norma que lo regula (STS 4 de abril de 1991) de forma que es irrelevante si se practicó o no prueba durante la tramitación del expediente contradictorio, dada su naturaleza no procesal. Por tanto, no puede alegarse indefensión, dado que la actora ha podido proponer en esta instancia la práctica de las pruebas que ha considerado oportunas, y la fase previa al despido en el ámbito empresarial no constituye una especie de antejuicio en el que hayan de aplicarse las normas y garantías procesales (SSTS de 19 de mayo de 1986 (RJ 1986\2575), 16 de noviembre de 1987 (RJ 1987\7981), 16 de octubre de 1989 (RJ 1989\7273) y 26 de febrero de 1991). De este modo, no existe amparo ni obligación legal de que a la actora se le deba poner en su conocimiento todas las pesquisas o indagaciones que la empresa haya podido realizar para que puedan ser examinadas por ella antes de proceder a su despido, porque dicho requisito no viene recogido en el artículo 55.1 del E.T. ni en el artículo 82.2 del Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro, de forma que el trámite de audiencia queda cumplidamente observado con la comunicación de los cargos que efectuaron los Administradores Provisionales a la actora, junto con la formulación de las alegaciones que tuvo por oportunas ésta, con el fin de impugnar el pliego de cargos. Por tanto, no cabe confundir las indagaciones que la entidad puede hacer en el ejercicio de la potestad disciplinaria que le incumbe con una actuación judicial, cual es el proceso por despido, que sí está sometido a la tutela judicial efectiva.

De otro lado, en relación a la medida cautelar de suspensión de empleo impuesta a la actora durante la tramitación del expediente, es norma habitual sobre todo en entidades bancarias, con el fin de examinar las irregularidades contables en que pueden haber incurrido los empleados. En este sentido, la STSJ Castilla-León de 4 de noviembre de 2009, que efectivamente examina un caso similar al aquí enjuiciado y en el que se denuncia que en el Convenio Colectivo no viene prevista la medida adoptada, concluye que la suspensión de empleo no es una sanción encubierta, que no atenta en consecuencia al principio de non bis in idem, y que constituye una

necesidad, en principio razonable, para que la empresa pueda investigar los hechos, en consonancia con lo mantenido por el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de diciembre de 1994 . En idéntico sentido se pronuncia la STSJ Valencia de 17.04.98 .

También es conveniente traer a colación la STSJ Extremadura de 23 de febrero de 2006 , la cual señala que "(...) con el tipo de medidas cautelares estudiadas, desde luego no se vulnera el principio «non bis idem», al no constituir en sí una sanción, tal como se recoge, en doctrina unificada, en Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1994, Recurso 985/1994 (RJ 1994, 10707) , así como en las sentencias de las Salas de Andalucía y Castilla- La Mancha, en la de Valencia, de 17 de abril de 1998, recurso 56/1998 (AS 1998, 1701) o, precisamente de la Sala de lo Social del País Vasco en la sentencia que invoca ahora el recurrente de 22 de julio de 1997, recurso 1160/1997 (AS 1997, 2332) , pudiendo añadir las del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 2002, rec. 1920/2002 (AS 2002, 2515) o de la Sala de Canarias, de 29 de marzo de 2004, RS 1035/2003 (AS 2004, 1101) , sino en una medida cautelar mientras se investigan los hechos imputados". Por tanto, debe rechazarse la pretendida nulidad por dichos motivos.

Sexto.

Sentado lo anterior, y entrando en el fondo del asunto, con carácter previo debe examinarse la excepción de prescripción aducida por la actora respecto de las imputaciones realizadas en la carta de despido, relativas al período en que era Directora General Adjunta. La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene declarando que la interpretación de la prescripción, como institución, no se funda en principios de estricta justicia, sino en los de seguridad jurídica y abandono del derecho subjetivo, por lo que su aplicación por los Tribunales debe ser cautelosa y restrictiva. De esta manera la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7591) destaca la faceta finalista del instituto como sanción, y las consideraciones de necesidad y utilidad social, que deben inspirar, conforme ordena el artículo 3-1 del Código civil (LEG 1889, 27) , los criterios hermenéuticos de carácter lógico- jurídico, más dúctiles y acomodables a las exigencias de la vida real.

Pues bien, dicha excepción, que debe entenderse referida a la denominada "prescripción corta" o de sesenta días a que se refiere el artículo 60.2 del E.T ., debe rechazarse por dos motivos: de un lado, porque nos encontramos ante la imputación de una falta continuada compleja y con ocultación, y de otro, porque, derivado de lo anterior, se tramitó expediente contradictorio, que como ha declarado la jurisprudencia, interrumpe el plazo de prescripción de las faltas laborales, cuando dicho expediente es obligatorio por exigirlo así una norma legal o paccionada, o cuando es preciso para constatar la realidad y alcance de los hechos acaecidos (STS 25 de Enero de 1996 , que menciona las de 24 noviembre 1986 (RJ 1986\6498) , 20 junio 1988 (RJ 1988\5432) , 4 julio 1991 (RJ 1991\3243) y 12 febrero 1992 (RJ 1992\970) , de forma que la interrupción de la prescripción comentada se produce cuando el expediente es medio preciso para llegar al conocimiento adecuado de los hechos. Criterio éste que se complementa con la posición mantenida en otras Sentencias de la Sala (así en la de 15 abril 1994 [RJ 1994\3243]), según la que «la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos». Por tanto, teniendo en cuenta que la Administración Provisional fue nombrada el 22.07.11, fecha en la que se produjo la intervención de la Entidad demandada, y que desde dicha fecha hasta que se produjo el despido (27.09.11), se concedió el trámite de audiencia de la demandante el 18.09.11, con contestación por ésta mediante escrito de fecha 23.09.11, que llegó al destinatario el 26.09.11, período en que quedó interrumpido el plazo prescriptivo, es obvio que no transcurrieron los 60 días desde que la empresa tuvo conocimiento cabal de los hechos hasta la imposición de la sanción.

Por ello, el "dies a quo" para el cómputo del citado plazo no se fija el día de comisión de los hechos, sino el día en que la empresa tuvo conocimiento de los mismos , razón por la cual debe rechazarse la argumentación de la actora de que los hechos acaecidos durante el período en que ostentaba el cargo de Directora General Adjunta estarían prescritos, porque olvida el dato fundamental de que se trata de hechos imputados referentes a una mala gestión de la entidad, y con ocultación, a lo que debe añadirse que ocupaba un cargo de máxima responsabilidad, siendo claro que dicha privilegiada situación, junto con la complejidad de las actuaciones que se le imputan dificulta gravemente el conocimiento de la existencia de las irregularidades, de las que únicamente pudo tener conocimiento la Caja una vez que fue intervenida y nombrados los Administradores Provisionales, y no antes, de forma que la interpretación debe ser aún más rigurosa. En este sentido, señala la STS de 19.09.11 , que "(...) Conforme a la jurisprudencia a que venimos aludiendo, la ocultación se debe considerar existente en los casos en que el empleado infractor desempeña un cargo que le obligue "a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, al estar de modo continuado gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el cómputo de la prescripción (...)". Y precisamente la actora durante el tiempo en que llevó a cabo los hechos que se le imputan en la carta de despido, ejerció unos cargos de confianza (Directora General Adjunta

primero e Directora General después), con lo que resulta claro que tales hechos se han de reputar realizados clandestinamente y con ocultación.

Por otro lado, debe señalarse que nos encontramos ante una infracción continuada en el tiempo, dada la propia mecánica comisiva, desarrollada a través de una serie de operaciones irregulares que comportan un ingrediente de clandestinidad y que, por consiguiente, precisan una investigación exhaustiva para obtener una información y conocimiento pleno de los hechos, determinando su naturaleza, alcance y significado que normalmente vendrá dado por el resultado de la inspección practicada que en el presente supuesto se sitúa en el día en que se le concede un trámite de audiencia de 3 días para que formulase alegaciones tras el informe elaborado por los Administradores y que lleva fecha de 18.09.11 (en este sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre 1982 [RJ 1982, 6914] y 15 de junio de 1990 [RJ 1990 , 5465] , 27 octubre 1982 [RJ 1982 , 6262] , 2 de febrero 1984 [RJ 1984 , 823] , 6 febrero 1986 , 3 noviembre 1988 [RJ 1988, 8509] , entre otras). Nuestro tribunal Supremo en sentencias de 28 septiembre 1982 (RJ 1982 , 5302) , 15 noviembre 1983 (RJ 1983 , 5602) , 22 y 25 septiembre 1984 , 27 enero (RJ 1990, 224) y 20 octubre 1990 , 4 de febrero de 1991 (RJ 1991, 795) y 29 de septiembre de 1995 (RJ 1995, 6925), las cuales han señalado que en las faltas cometidas fraudulentamente «con ocultación y eludiendo los posibles controles del empresario "(...) el 'dies a quo' no se computa hasta que la empresa no tiene adecuado conocimiento de su comisión" pues "aun cuando no se trate de una infracción continuada, ni permanente, concurre un elemento de ocultación que, en cuanto obstativo al normal ejercicio de las facultades disciplinarias, ha sido valorado... para sostener la persistencia en el tiempo de la falta cometida; sin que tal ocultación requiera ineludiblemente actos positivos del trabajador, bastando para que no empiece a computarse la prescripción, que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, al estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide, mientras persiste, que se inicie el cómputo de la prescripción... criterio que ha de ser aplicado con mayor razón en los supuestos de empresas de gran envergadura organizativa o de compleja gestión, en las que el descubrimiento e investigación de las irregularidades resulta en extremo difícil y exige un riguroso y arduo proceso de información y en las que, por ello, es más fácil la ocultación del hecho mediante la oportuna manipulación por el trabajador de los registros contables e informáticos"».

En idéntico sentido se pronuncia la STSJ Valencia 5 de diciembre de 1996 , .la cual declaró que "En relación con los plazos de prescripción del art. 60.2.º del Estatuto de los Trabajadores y su cómputo, la doctrina jurisprudencial señala que frente a las actuaciones irregulares amparadas bajo el manto de la clandestinidad, como es el caso de autos «el conocimiento a que se refiere el art. 60.2.º del Estatuto de los Trabajadores es identificable en aquella situación en que el empresario toma conciencia de la infracción, no de la actividad aislada y aséptica sino de su significado antijurídico, de tal forma que si el hecho es en cuanto a su naturaleza solapado, no hay conocimiento de la falta (STS 14 enero 1987 [RJ 1987\25]). Señalando la STS en unificación de doctrina de 12 febrero 1992 (RJ 1992\970) que cuando hay ocultación maliciosa de los hechos imputados el «dies a quo» para el cómputo de los 6 meses «comienza en la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión»".

En definitiva, y por aplicación de dicha doctrina, debe desestimarse la prescripción alegada, pues las irregularidades fueron conocidas una vez realizado un informe por los Administradores Provisionales, del que se le dio cumplido trámite de audiencia a la interesada como arriba se expuso.

Séptimo.

Sobre la indefensión por imputación genérica y ambigua de los hechos imputados en la carta de despido a la actora, debe señalarse que al igual que el resto de las denuncias formuladas y arriba explicadas, de estimarse, la misma provocaría la calificación del despido como improcedente y no nulo.

Establece lo siguiente el artículo 55 del Estatuto: «El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos». Este precepto ha sido reiteradamente interpretado por el Tribunal Supremo quien en su Sentencia de 18 de enero de 2000 (RJ 2000, 1059) recuerda, citando a su vez la Sentencia de la propia Sala de 3 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7507) , que «aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, si exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala - sentencias de 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985 , 6133) , 11 de marzo de 1986 (RJ 1986 , 1298) , 20 de octubre de 1987 (RJ 1987 , 7088) , 19 de enero (RJ 1988 , 14) y 8 de febrero de 1988 (RJ 1988, 593) - cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador. Esta doctrina se reitera por las sentencias de 22 de octubre de 1990 (RJ 1990 , 7705) , 13 de diciembre de 1990 (RJ 1990, 9780) ...».

Partiendo de tal doctrina unificada, la alegación de indefensión efectuada por la demandante, sobre la base de la inconcreción de la carta de despido, partiendo del tenor de la carta, no puede estar más lejos de la realidad, y sólo una interpretación subjetiva de la carta de despido podría conducir a la parte demandante a autosituarse en situación de indefensión, ya que de forma prolija y detallada, expone las irregularidades detectadas tras la previa investigación, concretadas en síntesis en irregularidades contables mediante falseamiento de cuentas anuales de los ejercicios 2010 y primer semestre del 2011, para reflejar unos beneficios inexistentes, gastos en los que no debía haber incurrido, liberación de activos altamente deteriorados y asignación de una previsión social complementaria sobre la base de unos parámetros distintos a los acordados en el Consejo de Administración, por lo que no se ha ocasionado indefensión alguna a la demandante, a la luz de la doctrina unificada de nuestro Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia de 18-1-2000, rec. 3894/1998 (RJ 2000, 1059), que alude a la sentencia de 3 de octubre de 1988 (RJ 1988, 7507), a tenor de la cual «aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa» lo que se cumple en este caso. Como viene señalando la jurisprudencia (sentencias del TS de 28-4-97 [RJ 1997 , 3584] , 18-1-00 [RJ 2000, 1059]) la exigencia de hacer constar los hechos que motivan el despido «no obliga a la empresa a una descripción exhaustiva de la conducta seguida por el trabajador, pues la carta de despido ni tiene formalidades sacramentales, ni tiene más finalidad que la de ofrecer al trabajador la posibilidad de defensa, para lo que basta que se den las referencias suficientes para identificar la conducta reprochada. De esta forma, la valoración de si la carta de despido cumple el requisito de consignación de manera suficiente los "hechos que lo motivan" es una calificación jurídica que debe tener en cuenta una gran variedad de circunstancias concretas (tipo de imputación, posición del trabajador despedido en la organización de trabajo, posibilidad en el momento de concreción de unos u otros aspectos de la conducta reprochada, etc.). También se ha dicho que «la comunicación de despido ha de contener los datos precisos para que el trabajador pueda formular la oposición a los cargos que en la misma se le atribuyen, siendo suficiente un relato conciso que comprenda los hechos y la fecha» (STS 15-1-91 [RJ 1991, 48]).

Evidentemente la carta de despido pudo al respecto ser mas explicita, a la vista de las explicaciones ofrecidas en el acto de la vista tanto por el Administrador Provisional del FROB como por el perito propuesto por la Entidad demandada, que incluso podría haber alcanzado a nuevas imputaciones, muy probablemente porque la investigación, que no concluyó tras el despido de la actora, ha sacado a luz nuevos datos, no obstante su contenido no deja dudas de las graves imputaciones que se le efectúan. Es cierto que la carta de despido, en el hecho tercero en el que se le imputa a la actora una deficiente gestión al frente del equipo directivo en su condición de Directora General y anteriormente, como Directora Adjunta, no se concreta ninguna fecha, salvo el del informe del Banco de España, pero debe tenerse en cuenta que las expresiones utilizadas dejan bien a las claras que la Entidad está imputando a la demandante una conducta continuada, como ya se expuso en el fundamento jurídico anterior, es decir, constituida por una pluralidad de actos de semejante contenido y propósito, lo que unido a su privilegiada situación como directivo de la Caja, con los más amplios poderes de dirección, y precisamente por estas circunstancias la concreción exacta de las fechas pierde relevancia, no sólo por el protagonismo de la actora en la comisión de los hechos, sino también porque la concreción es innecesaria tratándose de falta continuada (sentencia del TS de 21-3-86 [RJ 1986, 1499]) pues no se causa indefensión alguna a la actora, toda vez que tratándose de conducta continuada se entiende la falta como una unidad esencial) que debe ser apreciada de forma conjunta (sentencias del TS de 14-1-87 [RJ 1987 , 25] , 11-7-89 [RJ 1989, 5453]) sin que se inicie la prescripción hasta la desaparición completa del incumplimiento (sentencias del TS 30-4-90 [RJ 1990 , 3512] , 14-5-90 [RJ 1990 , 4319] , 15-6-90 [RJ 1990 , 5467] , 25-6-90 [RJ 1990 , 5511] , 4-2-91 [RJ 1991, 792])- . De otro lado, y en relación al resto de conductas imputadas en la carta de despido, si bien solo aparecen someramente enumeradas, sin explicar el proceso contable o financiero, debe tenerse en cuenta la condición de la actora de Directora General, y Directora Adjunta que había desempeñado durante más de diez años, la amplia experiencia y formación que posee, la posición privilegiada en que le sitúa ser un Directivo máximo nivel, de forma que con una concisa determinación de las conductas irregulares apreciadas era suficiente y necesario a los efectos de su defensa, dado que podría conocer sin ambigüedad las operaciones a que se refería, como así lo hizo en el acto de la vista.

Octavo.

Entrando en el fondo del asunto, respecto de los incumplimientos contractuales imputados a la actora en la carta de despido son los siguientes, que se analizarán seguidamente y por este orden a fin de obtener mayor claridad expositiva:

- 1.- Irregularidades en la presentación del resultado del segundo semestre del 2011;
- 2.- Irregularidades en las cuentas del ejercicio 2010, y dentro de éste:

- a.- liberación de provisiones ligadas a préstamos titulizados,
- b.- reparto de dividendos de la Entidad por parte de las sociedades participadas y
- c.- defecto en las dotaciones al fondo de prejubilación;
- d.- gastos por abono de la paga de beneficios, aportaciones al Plan de Pensiones e incentivos; y

3.- Prestación Adicional Asegurada.

Comenzando por el análisis del punto 1º, esto es el falseamiento de los estados financieros del primer y segundo semestre del 2011, debe señalarse que efectivamente, y tal y como consta en los hechos probados, la actora presentó una cuenta de resultados a 31 de marzo de 2011, donde resultaba un beneficio de 39,8 millones de euros, y a los Administradores Provisionales del FROB en sesión celebrada el 1.08.11, una cuenta de resultados a 30.06.11 que arrojaba unos beneficios consolidados de 81,1 millones de euros. Posteriormente, los citados Administradores, disconformes con las presentadas por la actora, comunicaron a la CNMV el 5.09.11 que la cuenta de resultados de la CAM correspondiente al primer semestre del citado ejercicio arrojaba unas pérdidas de 1.136 millones de euros, con un índice de morosidad del 19%. La diferencia sustancial entre la cuenta de resultados de la Entidad presentada por la actora y a la de los Administradores radica en la pérdida de deterioros de activos financieros que por importe de 1.147 millones de euros registraron en el margen bruto y que en la cuenta presentada por la actora no se había registrado importe alguno; así como otros 424,31 millones de euros registradas en el margen operativo, y que en las presentadas por la Sra. Sonia presentaban signo positivo de 15,52 millones de euros. Esto se observa con más claridad en el cuadro comparativo que consta en la página 40 del documento 18, consistente en el informe pericial elaborado al efecto por PricewaterhouseCoopers (PwC) Forensic, y ratificado en el acto de la vista por uno de sus autores, el Sr. Balbino y que efectúa un análisis financiero de la Entidad.

Para la adecuada comprensión de los reajustes contables operados por los Administradores Provisionales, es preciso hacer un breve análisis de la Circular 4/2004 del Banco de España, que la demandada considera incumplió la actora y que son la base del resultado que arrojan las cifras de una y otra parte. Como se expone en los hechos probados, la Circular 4/2004 es el marco donde se integran las normas de información financiera, pública y reservada, y los modelos financieros, caracterizándose por integrarse dentro de la filosofía de las Normas Internacionales de Contabilidad, aportando una política contable flexible y financiera, correspondida con una mayor responsabilidad de los gestores a la hora de fijar la política contable, exigiéndose a éstos que se responsabilicen de la política contables y de explicar la misma. Pues bien, y como se explicó en el acto de la vista, si bien no aparece reflejado en la carta de despido, lo que es obvio dado que se trataba de normativa perfectamente conocida por la actora, según el Anexo IX de la citada Circular, de obligado cumplimiento para todas las Entidades, toda entidad debe clasificar todos los riesgos que haya asumido en una de estas cinco categorías:

- Riesgos fallidos, irrecuperables y que se dan de baja del balance;
- Riesgos Subestándar, correspondientes a contrapartidas pertenecientes a sectores económicos o regiones geográficas que atraviesan problemas económicos, o los mal documentados;
- Riesgos dudosos por razón de la morosidad del cliente, que son los préstamos concedidos a deudores que ya han incumplido alguna de las obligaciones asumidas y el primer incumplimiento tenga una antigüedad mínima de 3 meses;
- Riesgos dudosos por razón distinta de la morosidad del cliente, o mora subjetiva.
- Riesgos normales, que son el resto, que además se subclasifican en siete categorías.

Pues bien, como se ha expuesto, los fallidos se han de dar de baja del balance, y no exigen cobertura ulterior, los dudosos exigen la constitución de una provisión específica, que depende de unas variables; los subestándar, también viene exigida una cobertura y los normales, una cobertura genérica, calculada conforme unas provisiones. Todas estas dotaciones (asignación de recursos para el reconocimiento de obligaciones presentes, que supone un apunte que se registra como gasto) y provisiones (depósito para cubrir gastos futuros, que supone un apunte contable también en el pasivo) se llevan contra pérdidas y ganancias, y reducen el beneficio de la entidad.

Llegados a este punto, es preciso también hacer una breve referencia al contexto económico y financiero en el que se encontraba inmersa la Entidad desde el año 2009. Efectivamente, estaba inmersa en un proceso de reestructuración que afectaba a todo el sector financiero promulgándose el R.D.L. 9/2009, sobre reestructuración bancaria y reforzamiento de los recursos propios y R.D. 11/2010 de 9 de julio. A consecuencia de dicho escenario, y como se explica en los hechos probados sexto y séptimo a los que me remito a fin de evitar estériles repeticiones, se suscribió en fecha 27.02.10, entre la Caja de Ahorros del Mediterráneo, Caja de Ahorros de Asturias, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura y Caja de ahorros de Santander y Cantabria un

contrato de integración para la constitución de un grupo económico de base contractual que se configuró como un sistema institucional de protección (en adelante SIP), y creando una entidad central bajo la forma de un banco (Banco Base), participada por las Cajas, que sería la responsable de determinar con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio del grupo, los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos de todas ellas. Dicho proceso de negociación, que también se explica en el informe pericial del PwC, (documento 18), finalmente no culminó produciéndose la ruptura del SIP el 30.03.11, firmándose el 6.04.11 un contrato de liquidación de las relaciones entre todas las cajas afectadas, acordándose la segregación del negocio financiero de la CAM a favor del Banco CAM. Los hechos posteriores fueron básicamente que la Entidad no encontró un socio privado para la incorporación a su accionariado, no pudiendo presentar un plan de recapitalización que obtuviese el visto bueno del Banco de España, por lo que finalmente se produjo la intervención de la Entidad por el citado Banco de España el 22.07.11 con la sustitución de los administradores por los Administradores Provisionales del FROB tal y como se relata en el hecho probado octavo de esta resolución.

Paralelamente a este proceso, el Banco de España remitió el 14.12.10 a la CAM, a través de su Presidente, D. Germán, un requerimiento, el cual es fruto de una inspección iniciada en el año 2008 en la que tras analizar entre otros aspectos, la situación de riesgo crediticio de la entidad (que se limitó a los 100 mayores grupos acreditados que suponía un conocimiento directo del 28% de la inversión total), en función de la inspección practicada a la misma desarrollada los años 2009 y 2010, señalaba en cuanto a la cuantificación de los ajustes y reclasificaciones que quedaban pendientes de reclasificar a 31 de marzo de 2010, 2.662 millones de euros a dudosos; 2.605 millones de euros a subestándar; la constitución de 853 millones de fondos de insolvencias y dotar 184 millones de saneamiento adicional en los activos adjudicados, según las cifras desglosadas en el mismo; y añadía que durante la inspección la entidad comunicó sus estimaciones de pérdidas esperadas, de los que resultarían unos deterioros pendientes de materializarse en 2011 de 1.020 millones, cuyo reconocimiento futuro supone un elevado nivel de incertidumbre sobre la capacidad de absorción de los mismos en la cuenta de resultados de la caja. Por ello, le instaba entre otros puntos, al cumplimiento de una serie de medidas:

" (.....) En cuanto al riesgo crediticio analizado específicamente, si bien la caja ha efectuado en el transcurso de la inspección una parte de las reclasificaciones y de los ajustes señalados, persistían correcciones valorativas pendientes de realizar, las cuales deberán regularizarse de no haberse efectuado ya. Asimismo, deberán asegurarse de que los criterios y procedimientos utilizados para el registro de las operaciones crediticias sean prudentes y conformes lo dispuesto en la Circular del Banco de España 4/2004, de 22 de diciembre. Especialmente en lo que se refiere a su política de reclasificaciones a riesgo normal desde posiciones dudosas o fallidas, teniendo en cuenta que la práctica totalidad de los activos reclasificados son activos dudosos en razón de su morosidad; en las coberturas futuras de dichos activos se deberán seguir los calendarios establecidos en el epígrafe II del Anexo IX de la citada Circular 4/2004. Adicionalmente, se recuerda que en la reclasificación de activos deben aplicar lo dispuesto en la mencionada Circular 4/2004 en donde se establece que la prórroga e instrumentación de las operaciones no interrumpe su morosidad, ni producirá su reclasificación a una de las categorías anteriores, salvo que se cumplan los requisitos establecidos en la misma".

Noveno.

Con estos antecedentes, debe señalarse que acreditadas las divergencias entre los resultados ofrecidos por la actora, y los plasmados por los Administradores Provisionales del FROB, la cuestión que se plantea es de donde traen causa las diferencias apreciadas. Y la explicación ofrecida por la Entidad demandada en la carta de despido, que resulta acreditada a través de la documental obrante en autos y la pericial, es como arriba se expuso, la contabilización por los Administradores Provisionales como pérdidas 1.147 millones de euros procedentes de deterioros de activos financieros que la actora no había registrado; así como otros 424,31 millones de euros correspondientes al resto de activos (de ellos la mayoría era por la sociedad participada por Tenedora de Inversiones y Participaciones S.L. participada por la CAM, véase cuadro 10 página 41 del informe pericial PwC, documento 18 prueba de la demandada) y que en las presentadas por la Sra. Sonia presentaban signo positivo de 15,52 millones de euros. Y a su vez, ello trae causa de la interpretación de la tan citada Circular 4/2004, puesto que se produjo la inadecuada rehabilitación de riesgos dudosos o fallidos a riesgo normal como así lo recoge informe del Departamento de Inspección del Banco de España de 20.07.11, donde dice expresamente "(...) Especialmente en lo que se refiere a su política de reclasificaciones a riesgo normal desde posiciones dudosas y fallidas, debido a que era y es una de las prácticas habituales de la entidad que tiene como resultado la falta de reconocimiento contable de la mora. La entidad sólo ha cumplido parcialmente los requerimientos cuantitativos realizado y lo ha hecho contra reservas en el proceso de integración del SIP base (...)". Efectivamente, el Banco Base realizó unas reclasificaciones y reajustes cuantificados a 31 de diciembre y enviados al Banco de España el 7.02.11, de 186 millones de euros, como se refleja en el cuadro 8 de la página 36 del informe pericial PwC, documento 18 de la parte demandada.

Por tanto, con dichas premisas debe concluirse que resultó acreditado el incumplimiento del requerimiento del Banco de España de 14.12.10, donde les recordaba que debían ser prudentes en los criterios y procedimientos utilizados para el registro de las operaciones crediticias y conformes lo dispuesto en la Circular 4/2004, especialmente en la reclasificación de los activos en que debían aplicar lo dispuesto en la misma, en el sentido de que la prórroga e instrumentación de las operaciones no interrumpe su morosidad, ni producirá su reclasificación a una de las categorías anteriores, salvo que se cumplan los requisitos establecidos en la misma". Y frente a ello, no puede oponerse de un lado, que las reclasificaciones y ajustes se realizaron en el seno del contrato de integración, porque como arriba se ha expuesto, estas reclasificaciones fueron muy inferiores e insuficientes a las efectuadas con posterioridad por los Administradores Provisionales, y de otro lado, tampoco resulta válida la argumentación ofrecida por la actora, en sintonía con la explicación del perito que depuso a su instancia Sr. Luis Miguel según explica en su informe pericial (documento 26 prueba parte actora), que los criterios establecidos en la citada Circular eran susceptibles de interpretación flexible, y no de obligado cumplimiento, así como que se había producido un cambio en los criterios seguidos en la clasificación de los riesgos por parte de los diferentes administradores de la CAM, en el momento de formulación de cuentas anuales de 2010 y estados financieros intermedios 2011, y ello porque de un lado, la afirmación del informe no aparece corroborada con datos de carácter objetivo, y ni tan siquiera explica qué partidas concretas o sobre que aspectos se ha producido un cambio de interpretación de la Circular 4/2004; y de otro lado, porque dicha interpretación fue negada tajantemente tanto por el Administrador Provisional del FROB como por el Perito Don. Balbino que ofrecieron una justificación razonable, en atención a la finalidad de la Circular, esto es, establecer un marco uniforme y homogéneo para todas las Entidades financieras que operan en el mercado; y por otro lado, porque choca frontalmente y es contradictoria dicha afirmación con la postura mantenida por la propia Entidad durante todo el proceso que duró el proceso de integración en el SIP, con anterioridad y con posterioridad. Así al requerimiento que efectuó el Banco de España 14.12.10 antes aludido, la propia actora contestó manifestando que los ajustes se realizarían en el marco del SIP, dando cuenta al Banco Base, es decir, no cuestionó los criterios del organismo público, que además corrigió conforme los criterios del Banco de España aquellas deficiencias de dotaciones de créditos dudosos y subestándar (véase la comparativa ofrecida en la página 32 del informe pericial PwC); de otro lado, según refleja el Banco de España en el requerimiento, la propia CAM ya había efectuado algunos reajustes y reclasificaciones atendiendo a dicha Circular, si bien a juicio del Banco de España no eran suficientes, indicativo de que la Entidad, sus directivos, y por lo que atañe al presente procedimiento, la actora eran perfectamente conocedores del contenido de la Circular y su obligatorio cumplimiento. Y dado que la clasificación de los activos deteriorados tenía indudable repercusión en la cuenta de pérdidas, y por tanto en las ganancias, es obvio y meridianamente clara la intencionalidad de esta irregular actuación, pues de esta forma, al rehabilitar (esto es, corregir un saldo por error, que pasa de una cuenta del balance a otra, de activo a pasivo) a normales riesgos dudosos o fallidos no se recogía la correspondiente dotación y provisión, conforme exige la circular, que debían recogerse contra pérdidas y ganancias, lo que afectaba en último término a las ganancias, que sufrían un injustificado aumento. Y dichos datos resultaron además, corroborados por el informe de revisión limitada presentado por KPMG de 14.09.11, que expresamente recoge idénticas conclusiones que los Administradores, aludiendo expresamente a que "las pérdidas por deterioros de activos financieros suponen un gasto de 1.147 millones de euros, y las pérdidas por deterioro del resto de activos una carga de 424 millones".

Además, al falseamiento se le dio publicidad, en lo relativo a la cuenta de resultados cerrada a fecha 31.03.11, en la revista interna de la empresa demandada, transmitidos el día 27.05.11 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), así como al Consejo de Administración y se dio cuenta a la Asamblea General en sesión de 27.05.11. Además, consta que sólo había dotado durante el primer semestre del 2011 un total de 154 millones de euros por deterioros de activos.

Y no cabe la exoneración de responsabilidad que alude la actora, de que actuaba en virtud de delegación de facultades del Banco Base acordada en la firma del contrato de integración de 21.07.10; y ello porque debe señalarse de un lado, que la propia actora formaba parte del Consejo de Administración del citado Banco Base, porque la delegación de facultades no se materializó en el contrato de integración sino en el momento de elevación a público de la constitución del Banco Base que acaeció el 28.12.10, y por último, porque dicha integración tan sólo duró tres meses, al romperse el contrato de integración el 30.03.11. De otro lado, la integración en el SIP y la constitución del Banco Base no eximía a la Entidad, en la persona de su Directora General de no cumplir las directrices y requerimientos del Banco de España, que serían los mismos, cualquiera que fuese la situación jurídica de la Entidad, ya como CAM, ya como Banco Base, porque si bien es cierto que se le permitió mayor flexibilidad en cuanto a realizar saneamientos contra reservas en 2010, pero con ciertos límites, como refleja el propio requerimiento del Banco de España de 14.12.10. Además, es obligación del Directivo que ostenta el cargo de Directora General presentar unas cuentas anuales que reflejen la imagen fiel del patrimonio, y la verdadera situación económico-financiera. Por último, corolario de que la verdadera intención que trató de ocultarse, es aparentar unos resultados ficticios, son los correos electrónicos cruzados entre la actora, el anterior Director General Sr. Bernardo , y los Directores de Planificación y Control y de Inversiones y Riesgos, en los que se trasluce que debían maquillarse al máximo las cuentas. En este sentido, es suficientemente ilustrativo el correo

electrónico remitido el 18.01.11 por el Jefe de Control de Gestión al Director General de Planificación y Control, Sr. Ambrosio, sobre ajuste al alza de las previsiones tendenciales de la CAM en el 2011, donde se establece una comparativa de los resultados presupuestados en 2011 internos y los enviados al SIP (documento 21 de la parte demandada).

Décimo.

En relación a las cuentas anuales del ejercicio 2010, cuatro son las irregularidades que se le imputan a la actora: a.- liberación de provisiones ligadas a préstamos titulizados; b.- reparto de dividendos a la Entidad por parte de sociedades participadas; c.- defecto en las dotaciones efectuadas al fondo de prejubilaciones; y d.- gastos por abono de la paga de beneficios, aportaciones al Plan de Pensiones e incentivos.

Como presupuesto de todas las irregularidades, debe señalarse y consta acreditado documentalmente, que la actora presentó una cuenta de resultados de la CAM; no del grupo, con un beneficio de 244,2 millones de euros, en la sesión del Consejo de Administración de Consejo de Administración de 3.02.11, siendo aprobadas en la Asamblea General de 30.03.11, que comprendían el balance de situación, la cuenta de pérdidas y ganancias, el estado de ingresos y gastos reconocidos, el estado total de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo, la Memoria y el Informe de Gestión a propuesta de la propia actora acompañándose el informe de auditoría efectuado por KPMG Auditores S.L. y el informe de favorable de la Comisión de Control.

E igualmente consta acreditado que toda la información económica y financiera en lo relativo a la cuenta de resultados de la Caja tanto en el 2010 como los estados financieros intermedios del 2011 fue sometida a la consideración, supervisión y aprobación previa de la actora (declaración del Sr. Ambrosio). Respecto de dicho ejercicio y como arriba se expuso se reflejan en la carta de despido tres concretas actuaciones, que conviene analizar por separado.

a.- Liberación de provisiones ligadas a préstamos titulizados.

Efectivamente, la primera de las irregularidades detectadas fue la liberación de provisiones ligadas a préstamos titulizados, lo que en la carta de despido se denominó "créditos altamente deteriorados". Para la adecuada comprensión de la compleja operación conviene aclarar que la titulización es un método de financiación de las entidades de crédito basado en la venta de determinados activos (como créditos hipotecarios o préstamos al consumo) a cambio de dinero en efectivo a un tercero (Fondo o Entidad de propósito especial) que los compra y a su vez financia la compra emitiendo valores a renta fija (Bonos con distintos tramos A, B y C, en función de su calificación crediticia) que se colocan entre los inversores, garantizados por la cartera hipotecaria de la entidad emisora. Para dar de baja en el balance un activo por titulización, es preciso que se haya transferido el riesgo a un tercero. En el presente caso, lo que hizo la CAM fue un traspaso de los activos a un Fondo que los adquirió con un descuento sobre el principal pendiente, Fondo que a su vez financió la compra mediante la emisión de unos bonos (clasificados como A "senior", B "subordinado" y C "primeras pérdidas", en función de la prelación de pagos). La Caja retuvo los tramos A y B, y transfirió los C a los inversores institucionales que los adquirieron y a su vez emitieron una opción de compra sobre B y C que la CAM adquirió. Tanto la constitución de los fondos como la venta de tramos, como las opciones de compra se firmaron en idéntica fecha. De esta forma, el riesgo no se transmitió a terceros, tal y como explica el informe pericial PwC de la parte demandada (páginas 50 a 68 del documento 18 sobre estados financieros), y por tanto, no se debió dar de baja en el balance.

Dichas operaciones se instrumentaron a través de cuatro Fondos, tres de activos denominados "Fondo privado de titulización hipotecas residenciales 1", "Fondo privado de titulización hipotecas residenciales 2" y "Fondo Privado de Titulación Pymes 1 Limited" y uno de activos reales adjudicados "Fondo privado de Titulación Activos Reales 1", si bien las correcciones que efectuaron los Administradores Provisionales sólo afectaron a los dos primeros fondos. Las dos primeras operaciones fueron aprobadas por el Consejo de Administración en sesión de 25.03.10 y realizadas en abril y junio de 2010. Por este procedimiento durante el ejercicio 2010, la Entidad procedió a titular créditos por valor total de 1.803,4 millones de euros, la Entidad concedió préstamos seniors a los mencionados fondos, y adquirió los bonos de mejor calidad crediticia emitidos por éstos, distribuyéndose a terceros los bonos que figuraban en posición más desfavorecedora en el orden de prelación de pagos. Así mismo, la entidad Nomura Internacional Plc concedió a los fondos financiación subordinada destinada a las primeras pérdidas. La Entidad cedió el derecho a percibir los intereses ordinarios de los préstamos, así como del principal de éstos al vencimiento, si bien determinados flujos de efectivo relativos a las comisiones a percibir fueron retenidos por éstos. Además, se acordó la existencia de una opción de compra sobre la totalidad de los préstamos titulizados por la Entidad. De esta forma, la Entidad consideró que los riesgos y beneficios sustanciales de los préstamos se habían transferido en dichas titulaciones, y los dieron de baja.

Ello no fue correcto porque de un lado, como antes se dijo, la Entidad mantuvo una opción de compra sobre los bonos de peor calidad, retuvo determinados flujos de efectivo (como comisiones de apertura, amortización anticipada, de administración, etc); mantuvo determinados poderes sobre los fondos (poder de

oposición al cambio de legislación aplicable); mantuvo una opción de compra sobre la totalidad de certificados de transmisión de hipoteca cedidos; y asumió un porcentaje sustancial de los pasivos de los fondos de titulización (bien a través de la adquisición de tramos de fondos emitidos, bien a través de concesión de préstamos a los fondos). En este sentido, la Entidad asumió un total 73,67% sobre el volumen total de los pasivos de los Fondos, según cuadro 14 que se recoge en la página 59 del informe pericial PwC (documento 18 de la parte demandada), al que procede remitirse.

En relación al primer aspecto, destacar que en la operación de Hipotecas Residenciales 1, se titularon 33.1 millones de euros de préstamos, por los que el Fondo pagó 259,1 millones de euros a la CAM, respecto de los cuales ésta entidad adquirió por importe de 252,3 millones de euros los bonos de mejor calidad y el resto fueron adquiridos por inversores extranjeros por importe de 6,8 millones de euros, a los que se les concedió el derecho de recibir la suma de 80,8 millones de euros como derecho de flujos de principal e intereses; simultáneamente la CAM adquirió a dichos inversores una opción de compra sobre los citados bonos por la que pagó 5,4 millones de euros, y con un precio por el ejercicio de la opción de 6,3 millones de euros. De esta forma, el riesgo máximo asumido por los inversores era de 1,4 millones de euros, lo que no supone un transferencia sustancial del riesgo por parte de la Entidad a terceros (inversores).

De otro lado, la normativa contable está compuesta por la norma 23ª de la Circular 4/2004, del Banco de España, el cual establece un tratamiento contable en las transferencias de activos en función del grado de transferencia de los riesgos y beneficios, de forma que solo se dan de baja cuando se ha extinguido los flujos de efectivo, o se han transferido "sustancialmente" al tercero los riesgos y beneficios asociados. A su vez, la transferencia puede ser del activo, de los riesgos o del control financiero. En el presente caso, la simple presencia de las opciones de compra que mantenía la CAM sobre los bonos adquiridos a los inversores, junto con el precio del ejercicio de esta opción en comparación con el que pagaron los inversores a CAM por la adquisición de los derechos de cobro de los activos, ya resulta concluyente de que los citados activos no debieron ser dados de baja en el balance, y ello de conformidad con el apartado 5 c) de la norma 23ª de la citada Circular 4/2004

De este modo, se dieron de baja provisiones de activos titulizados que ha sido cuantificada por KPMG auditores en 168.590 millones de euros, (informe de revisión limitada de estados financieros intermedios), -de los cuales 125 millones corresponde a titulaciones y 43 millones a saneamiento de operaciones de swaps (permuta financiera para intercambiar cantidades de dinero en diferentes fechas del futuro)-, idéntica cantidad a la reflejada en la carta de despido. Es cierto que constan en autos, y se han aportado dos informes de la auditoría KMPG de fechas 30.11.10 y 25.06.10 (documento 64 de la parte demandada), en el que hacen un análisis sobre si se podía dar de baja los activos titulizados mediante "certificados de transmisión de hipotecas" a través de los fondos Hipotecas Residenciales I e Hipotecas Residenciales II, las conclusiones que en el mismo se obtienen se hicieron a partir de la información que les fue suministrada por la propia entidad, constando en la introducción de los mismos los contratos facilitados por la entidad CAM (página 1 de ambos informes, documento 64 de la parte demandada), y concluye afirmativamente, lo era en función de determinadas asunciones, como que el importe de los bonos crediticios de peor calidad crediticia fuera suficiente para absorber todas las pérdidas esperadas e inesperadas o que las opciones de recompra a favor de la Entidad "no estuvieran profundamente en dinero", esto es que sea altamente improbable que no pase a ser ejecutada al vencimiento del contrato, lo cual no acontecía en el presente caso, como se explica en el informe pericial aportado por la demandada de PwC que efectúa un análisis de la opción de compra que la Entidad conservó sobre la totalidad de los certificados de transmisión de hipoteca cedidos y el apartado 5, de la norma 23ª de la Circular 4/2004 del Banco de España, y a sus conclusiones es preciso remitirse que constan en las páginas 61 y 62 del documento 18.

Undécimo.

En relación a la imposición de dividendos a la CAM por parte de las filiales, debe destacarse que efectivamente consta que en el ejercicio 2010 se repartieron un total de 294.774 miles de euros de las filiales, siendo los más destacados los repartidos por Gestión Financiera del Mediterráneo S.A.U. (Gesfinmed), por importe de 155.900 miles de euros a cuenta de los ejercicios 2010, 2009 y anteriores, CAM International Issues SAU por importe de 51.559 miles de euros, y CAMGE Financiera EFC SA por importe de 41.860 miles de euros. De dicho importe total, 125,225 millones correspondían a dividendos a cuenta de los resultados del ejercicio en curso (2010) de todas las filiales, y 38 millones de resultados anteriores a 2009 (en este sentido véase el cuadro 17 que consta en la página 73 del informe pericial PwC, documento 18 parte demandada).

De otro lado, conviene precisar que Gesfinmed es una sociedad participada al 100% por la CAM, y del importe reseñado que repartió a la matriz, 95.400 miles de euros fueron generados en ejercicios anteriores al 2010 y 60.500 miles de euros fueron dividendos a cuenta de resultados del ejercicio 2010, lo que fue aprobado el 26.03.10, el primero y el segundo los días 27.07.10 y 21.12.10, por dicha sociedad. Para efectuar dicho reparto, se produjo una merma de la reducción de fondos propios que pasó de 127,3 millones de euros en el 2009 a 49,4 millones de euros en diciembre 2010, siendo negativo el fondo de maniobra a junio de 2010. Y consta que la matriz CAM concedió un préstamo a la filial Gesfinmed el 28.12.10 por importe de 14.390,347 miles de euros,

adicional al de 50.000 miles de euros que le concedió en fecha 30.04.08, (documento 66 de la parte demandada), así como que no disponía de liquidez para hacer el reparto de dividendos a la matriz, como se confirma en el correo electrónico (documento 65 de la parte demandada) de 23.11.10 de la Directora General de Administración y Control de Gesfinmed al Director de Información Financiera, y sucesivos entre ellos el de 26.11.10, del Director General de Planificación y Control Sr. Ambrosio al Director de Información Financiera donde dice textualmente "(...) la directriz es generar el mayor resultado individual posible antes del 31 de diciembre de 2010. Si es posible traer el resultado por dividendo en 2010 mejor que en el 2011 (...)" Y lo corrobora el hecho de que dicho préstamo tuvo que ser refinanciado mediante nuevo contrato de préstamo firmado el 28.12.11 por importe de 86,5 millones de euros, al no poder la sociedad filial hacer pago del mismo (documento 69 de la parte demandada).

De otro lado, debe destacarse que al cerrarse las cuentas anuales del ejercicio 2010, la Entidad estaba inmersa en un proceso de integración en el SIP, lo que le eximía de presentar cuentas consolidadas del grupo, y sólo las individuales, por lo que la verdadera situación financiera de las filiales no se advirtió. Es cierto que sí incluyó en las cuentas individuales un detalle de la procedencia de los principales dividendos de las filiales, pero no detalló ninguna información al respecto en la nota 34 "Operaciones y saldos con partes vinculadas" ni en su Anexo II, siendo una información relevante dado que en la partida de rendimientos de instrumentos de capital (donde se incluyen principalmente los dividendos) aumentó desde 140.512 miles de euros en el 2009 a 322.421 miles de euros en el 2010, tal y como se explica en la página 72 y 73 del informe pericial PwC -documento 18-, lo que obligaba a reflejarla en la correspondiente partida de las cuentas anuales de la Entidad.

En definitiva, de toda la información registrada en la documental se desprende sin género de dudas, que la Entidad CAM matriz forzó a las filiales al reparto de dividendos, aún a costa de la propia solvencia y liquidez de las filiales, como es el caso de Gesfinmed, que para el reparto impuesto de beneficios, tal y como se trasluce de los correos electrónicos, tuvo que financiarse mediante un préstamo de 14 millones de euros de la propia matriz, luego refinanciado en diciembre del 2011. Y frente a ello, no puede oponerse, como pretende la actora, que el reparto de beneficios se acordó en los propios órganos de gobierno de las filiales, dado que consta que Gesfinmed es una sociedad participada al 100% por CAM, de forma que está totalmente subordinada a la misma, a la hora de tomar sus decisiones. Es más los diversos correos electrónicos cruzados entre Directivos de la filial de la matriz se desprende con meridiana claridad que la decisión del reparto de dividendos venía dada por la CAM, y en consecuencia, la actora en cuanto máxima responsable de la misma, es responsable de dicha decisión.

Duodécimo.

En relación a las dotaciones al fondo de prejubilaciones, debe señalarse que para la adecuada comprensión y análisis, es preciso determinar el contexto en el que se efectuaron las prejubilaciones. Así en el marco del SIP, se suscribió acuerdo de fecha 13.12.10, en virtud del cual se definieron las medidas de reestructuración de personal, en el marco del Banco Base, y las condiciones para adherirse al programa de reestructuración de plantillas, que básicamente era tener 55 años de edad a 31.12.10, y una antigüedad mínima de 10 años, con un plazo de 30 días para acogerse, período de adhesión que fue en el caso de la CAM del 25.01.10 al 25.02.10, al que se adhirieron 836 empleados, para lo cual se envió a Torres Watson de España S.A., entidad que se encargó de calcular el compromiso correspondiente al fondo de prejubilaciones, que éste calculó en 147.037,65 miles de euros, para lo cual se debía hacer la dotación correspondiente, con el asiento contable en el haber, y con cargo a la cuenta de pérdidas y ganancias del 2010, según la normativa contable compuesta por la norma 54ª Circular 4/2004, y la Norma Internacional Contable 37 (NIC), cuyo contenido íntegro se reproduce en las páginas 82 y 83 del informe pericial PwC, documento 18 parte demandada. La irregularidad contable consistió en la falta de inclusión de los 6 miembros del Comité de Dirección que se iba a jubilar: D. Cosme , D. Eleuterio , D. Everardo y D. Franco , el 28.02.11; D. Bernardo , el 29.06.10 y d. Ildefonso el 22.07.10, que respecto de los cuatro primeros mencionados ya estaba previsto como así lo acordó tanto en la Comisión de Retribuciones de 10.11.10, como se dio cuenta al Consejo de Administración al día siguiente. El importe que la Entidad debía haber dotado al fondo de prejubilaciones correspondiente a estos 6 miembros, ascendía a 15,446 millones de euros, si bien registró un apunte contable de 6,6 millones de euros (correspondiente al coste de las prejubilaciones de aquellos de los cuatro miembros del Comité de Dirección que lo hicieron el 28.02.11), con cargo a otro fondo constituido en el año 2005, que estaba constituido para otras provisiones, sin contabilizar el asiento correspondiente al gasto en la cuenta de pérdidas y ganancias, de forma que ésta no sufrió variación. De haberse contabilizado dicho gasto, habría minorado las ganancias en la suma de 15,5 millones de euros, que luego los Administradores Provisionales se encargaron de corregir en los estados financieros de 30 de junio de 2011. Y dicha operación es obvio tuvo por finalidad que dicho coste no aminorara los beneficios a presentar por la Entidad, al ocultar la información sobre las prejubilaciones de los cuatro miembros del Comité de Dirección que ya se había aprobado tanto por la Comisión de Retribuciones de 10.11.10 como por el Consejo de Administración al día siguiente, y al no efectuar la dotación correspondiente contra pérdidas y ganancias.

Dichas irregularidades contables eran conocidas por la actora, como se desprende de los correos electrónicos cruzados que mantuvieron el 14.03.11 entre el Director de Información Financiera, y el de

Planificación y Control, (documento 71 parte demandada), donde el primero da cuenta al segundo de que la actora era conocedora de la situación y no quería decir nada al Banco Base hasta el 31.03.11.

Y resulta reseñable a estos efectos, el informe de 8.02.12 la Comisión Ejecutiva del Banco de España, y concretamente en su punto 4 "Cabe resaltar el establecimiento de una serie de medidas, que aunque aprobadas por los órganos internos competentes, desvelan la intención de favorecer a un colectivo muy concreto sin causa justificada. Las medidas aludidas se refieren principalmente (...) al establecimiento de condiciones de prejubilación para la administración en condiciones más favorables que al resto de personal cuando no existen contratos de alta dirección".

Decimotercero.

En relación a la paga de beneficios, consta que como consecuencia de los resultados presentados por la actora al Consejo de Administración de 3.02.11, en la que se reflejaba que unos beneficios individuales de la Entidad, se produjo el abono de la paga de beneficios por importe de 5,7 millones de euros, cuyo cálculo se realiza conforme prevé el artículo 50 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro, de una mensualidad o mensualidad y media según sobre la base de de la mitad de la suma de los saldos de imponentes y reservas, en función de que los resultados de la Entidad representen una porcentaje (0.5%-2% o igual o superior al 2%) de dicha base. Además, y sobre la base de los resultados del ejercicio 2010, se hicieron aportaciones al Plan de Pensiones de todos los empleados, que se dividen en cinco subplanes, de los cuales los dos primeros son una aportación fija, y los otros tres restantes, una fija y otra variable en función de los resultados del ejercicio de la Entidad, que para el colectivo 3 se aportaron 123,02 miles de euros, colectivo 4 y 5, 16.794,92 y 92,11 miles de euros. Ahora bien, debe tenerse en cuenta respecto de a los datos de las aportaciones al plan de pensiones y los incentivos, reflejados en el informe pericial PwC (documento 18), dado que no se cuantifican en la carta de despido, simplemente se hace referencia a los mismos, no pueden ser examinados y analizados.

E igualmente consta, que partiendo de la cuenta de resultados que presentó la actora al Consejo de Administración del ejercicio 2010, si se hubieran tenido en cuenta los ajustes y correcciones efectuadas por los Administradores Provisionales del FROB únicamente referidos en relación a la liberación de provisiones por el deterioro de activos financieros, la dotación adicional para el saneamiento de activos adjudicados y al fondo de prejubilaciones, el resultado que hubiera ofrecido la CAM ascendería a 12 millones de euros (conforme cuadro 23 reflejado en la página 100 del informe pericial PwC, documento 18), de forma que la paga de beneficios no se hubiera abonado porque la parte porcentual para el cálculo de la misma ascendería a 0,04%, es decir, no alcanzaría el 0,5% necesaria para su devengo.

Decimocuarto.

En relación a la previsión social complementaria, debe señalarse que para la adecuada comprensión de la cuestión enjuiciada es preciso hacer referencia a los distintos acuerdos que desde el año 2007 fueron realizándose en el Consejo de Administración a propuesta del Comité de Retribuciones.

Efectivamente, y como así consta en los hechos probados, que la Comisión de Retribuciones acordó en sesión de 24.07.07, proponer un sistema de previsión social complementario al de la Seguridad Social y Plan de Pensiones para los miembros de alta dirección, para su aprobación por el Consejo de Administración, en los siguientes términos: "En caso de jubilación, una pensión vitalicia revalorizable al 2% que, junto con la pensión de la Seguridad, permita obtener una cobertura, a la edad de jubilación ordinaria (65 años), equivalente al 60% de la media de retribución anual fija percibida en los 3 años anteriores a la jubilación, reversible, en caso de fallecimiento al 50% (.....) Para tener derecho a las prestaciones anteriores se exige que llegada la fecha del cobro de la prestación, no se hubiera producido el cese en la entidad por voluntad propia o motivos disciplinarios, y que el período mínimo como miembro del Comité de Dirección sea de 5 años".

Y el Consejo de Administración, en su reunión celebrada el 25.07.07, aprobó la citada implantación para todos los miembros de alta dirección del sistema de previsión social complementario al de la Seguridad Social y Plan de Pensiones, en los términos de la propuesta que la Comisión de Retribuciones formuló en sesiones de 22.03.07, 22.05.07 y la del día anterior. Como consecuencia, en fecha 17.09.07, la CAM y la actora suscribieron un acuerdo que incorporaba al cálculo de la prestación adicional asegurada además los incentivos, lo cual no aparecía recogido ni autorizado por el Consejo de Administración. Idéntico acuerdo suscribieron los entonces restantes 11 miembros del Comité de Dirección, y su Director General D. Bernardo.

De esta forma, conforme lo especificado en los contratos suscritos, los miembros del Comité de Dirección, tendrían derecho a percibir a los 65 años: el Plan de Pensiones, en capital o renta o combinación de ambas; el Fondo Interno o Póliza de Seguros, en forma de capital, renta o una combinación de ambas, y las Prestación Adicional Asegurada.

Posteriormente, en reunión de la Comisión de Retribuciones de 13.03.08 se propuso y así se aprobó por el Consejo de Administración en sesión de 24..04.08, una modificación en la prestación adicional asegurada, de

forma que el complemento del 60% se calcularía sin computar los fondos constituidos en el Plan de Pensiones de empleados CAM (planes de pensiones y fondo interno), es decir, contemplando únicamente los derivados de la Seguridad Social, con lo cual se amplió la cobertura de la prestación. Nuevamente, la actora suscribió con la CAM nuevo acuerdo de 6.05.08, en virtud del cual consecuencia de los acuerdos citados en el párrafo anterior, se excluyó para el cómputo de la prestación adicional asegurada, citados los fondos constituidos en el Plan de pensiones y fondo interno, pero manteniéndose los incentivos.

Por último, la Comisión de Retribuciones en reunión de 10.11.10, acordó, entre otros puntos, proponer una serie de acuerdos en materia laboral, de previsión social y prejubilación de los miembros del Comité de Dirección y del hasta entonces Director General, D. Bernardo , como consecuencia de su integración en el SIP, concretamente en su punto 2.2.1 y en relación a los demás miembros actuales del Comité de Dirección, apartado B), disponía "Para el caso de acceso al Programa de reestructuración de plantillas: La Comisión de Retribuciones presta su conformidad para que aquellos miembros del Comité de Dirección que ya han cumplido los 55 años, concretamente, D. Cosme , D. Ildefonso , D. Everardo y D. Eleuterio , y que por ello está afectados por el plan de prejubilación o de reestructuración de plantillas actualmente previsto, se puedan acoger a dicho programa, conforme a las condiciones y mejoras económicas previstas en los acuerdos adoptados por la Caja para los miembros del Comité de Dirección"; y en su punto 2.2.2 sobre Acuerdos en materia de previsión social y prejubilación, disponía lo siguiente "En relación con lo establecido en materia de prejubilación y previsión social complementaria para el momento de la jubilación, la Comisión de Retribuciones acuerda por unanimidad el informar favorablemente el que están cumplidos los requisitos mínimos de años de permanencia en el comité de Dirección establecidos, sea cual sea la fecha de su incorporación al misma, para acceder a los derechos complementarios que como miembros del Comité ostentan referidos a programas de prejubilación y al sistema de previsión social complementaria". Este acuerdo hacía referencia a los tres miembros del Comité que aún no había cumplido la permanencia: D. Cesareo , D. Ambrosio y D. Valentín . Es decir, se eliminó la necesidad de permanencia mínima en el Comité de Dirección. Dicho acuerdo fue aprobado por el Consejo de Administración en reunión celebrada el 11.11.10.

Y nuevamente, la actora suscribió otro acuerdo de 22.11.10, anexo nº 1 al firmado el 6.05.08, en virtud del cual se estipulaba que para tener acceso a la prestación adicional asegurada debería cumplir los requisitos de no haber causado baja en la Entidad, suprimiéndose la permanencia mínima en el Comité de Dirección, así como que conservaría dicho derecho en el caso de que la extinción o suspensión de la relación laboral de forma unilateral a voluntad del empleado estuviera motivada por el acceso a un programa de reestructuración de plantillas previsto en la CAM o por su incorporación en otra entidad con vinculación societaria con CAM.

Por último, la actora suscribió con el Presidente de la Entidad, D. Germán , un nuevo anexo nº 2 al acuerdo firmado con la entidad el 6.05.08, que fue fechado el 7.12.10, y firmado a principios de marzo de 2011, en el que se estipulaba a favor de la misma, que en relación al cálculo de la prestación adicional asegurada que la retribución anual y la pensión de jubilación de la Seguridad Social que intervengan en su cálculo se determinen en función de la remuneración anual actual devengada (593.040,02 euros), y de la pensión máxima vigente de la Seguridad Social, con una revalorización del 1% anual desde la fecha de la jubilación, dejándose sin efecto las cláusulas referentes a la proyección de las partidas que intervienen en la misma fijadas en el anterior acuerdo de 6.05.08. En consecuencia, se modificó de forma sustancial el cálculo de la prestación adicional tanto para la actora como para el resto de miembros del Comité de Dirección que firmaron idéntico acuerdo fechado el 25.11.10, ya que se fijó una cuantía cierta, sin ser aprobada por el Consejo de Administración, ni propuesta por la Comisión de Retribuciones el 25.11.10. Es cierto que dicho acuerdo, excluyó para el cómputo de la prestación las retribuciones variables, tal y como declaró el testigo Sr. Cosme que depuso a instancia de la actora, y que de esta forma intentó justificar el acuerdo dando a entender que los miembros del citado Comité habían minorado sus prestaciones, porque lo que obvia es que las retribuciones variables nunca estuvieron incluidas en las condiciones aprobadas por el Consejo de Administración, de forma que los acuerdos iniciales suscritos ya vulneraban las decisiones del órgano de administración, ampliando de forma injustificada la cobertura de la citada prestación.

Es obvio el beneficio que para la actora supuso la adopción dicho acuerdo individual, dado que tal y como recoge el informe pericial PwC de la parte demandada, en su página 36, del documento 18 sobre previsión social complementaria, la prestación que le correspondería a la actora percibir a fecha de extinción de su contrato el 27.09.11, en función de tomar las previsiones de los acuerdos de mayo de 2008, o las de diciembre de 2010, asciende a 1.167,75 miles de euros.

Para la instrumentación de los citados compromisos por pensiones, tanto la prestación social asegurada, como el plan de pensiones, fue suscrita el 13.11.07 una póliza de seguro colectivo con CASER sobre previsión social complementaria, y que preveía un desembolso de las primas en 7 años, que concluía el 2013. Sin embargo se adelantó el calendario de periodificación del pago de las primas a junio de 2010 (inicialmente figuraban siete años, y se redujo a cuatro tal y como consta en el escrito que Bernardo dirige a CASER, fechado el 17.06.10, pero que obviamente se antedató), de forma que en fecha 17.06.10 se abonó por la Entidad una prima de 25,6 millones de euros, que junto con los abonos de las primas de los años anteriores, cubría totalmente la obligación garantizada por importe de 57,9 millones de euros para los 13 miembros del Comité de Dirección.

Posteriormente, el 30.03.11, se produjo un extorno de la Compañía Caser a favor de la CAM por importe de 26,5 millones de euros, consecuencia de regularizar las primas excluyéndose los incentivos en el cálculo. Esto ha provocado a la Entidad un perjuicio valorado en 732.149,35 miles de euros, que se corresponden con los intereses que se hubiera generado a favor de la Entidad al tipo del interés legal del dinero, en caso de no haber pagado a la compañía el citado exceso de primas, y cuyo cálculo efectúa el informe pericial de PwC, antes citado en sus páginas 41 a 43, documento 18.

Demostrativa de la opacidad y falta de transparencia de la decisión adoptada, dejando al margen a los órganos de dirección, son diversos correos electrónicos de los meses de febrero y marzo, remitidos por D. Constantino (Director General de Mediterráneo Vida y encargado de la gestión de la póliza de Caser) a la actora y D. Bernardo, en el que se hacían distintas valoraciones de la prestación adicional asegurada de los miembros del Comité de Dirección, barajando diversas hipótesis de cálculo, que concluyó con la decisión del Sr. Bernardo de que los cálculos para la misma no podían exceder de 29,9 millones de euros, como importe total para todos los directivos. A estos efectos, resulta ilustrativo, el correo electrónico de 7.03.11 remitido por el Sr. Constantino a la actora, con las conclusiones sobre las premisas tenidas en cuenta para definir el modelo de previsión adicional asegurada, el planteamiento que se había ideado para dejar cerrada la misma, y las fechas que debían constar en los acuerdos, concretamente 25 de noviembre para el Comité de Dirección y 7 de diciembre para la actora y el Sr. Bernardo, acompañando al mencionado correo como documento adjunto un modelo del acuerdo "anexo 2 al acuerdo firmado con la CAM el 6 de mayo 2008", que debía firmarse con todos los miembros del Comité de Dirección, idéntico al que luego se firmó en dicho mes con todos ellos, incluido la actora. En este sentido se expresa el informe de KPMG Auditores de 27.09.11, "Comunicaciones de Errores e Irregularidades", donde recoge lo siguiente "(...) de la documentación analizada se desprende que los acuerdos retributivos e indemnizatorios alcanzados con los Directivos no han seguido los cauces reglamentarios, ya que no han contado con el informe previo preceptivo y detallado de la Comisión de Retribuciones y su ratificación por el Consejo de Administración de la Entidad, en el que se ratifiquen que dichos acuerdos eran consistentes y coherentes tanto con la situación económica y financiera de la Entidad como con las condiciones globalmente pactadas para el resto de la plantilla y en especial con: retribución tomada en consideración para calcular la indemnización; los criterios y magnitudes utilizados para el cálculo de la "Prestación Adicional Asegurada de Jubilación; la asunción por parte de la entidad de las eventuales contingencias fiscales derivadas de las indemnizaciones netas abonadas, en el momento de la extinción de la relación laboral al citado colectivo (...)".

Por tanto, resulta patente que la previsión adicional asegurada a favor de la actora, tanto en cuanto a los cálculos como en su adopción, fue contraria a los acuerdos adoptados por los órganos de administración y el último de los citados que es el que se imputa en la carta de despido, totalmente a espaldas del Consejo de Administración.

Decimoquinto.

Por último, en el tercero de los hechos de la carta de despido se le imputa a la actora una deficiente gestión al frente de la Entidad como Directora General y antes como Directora General Adjunta. Sobre este aspecto se le imputa el recurso a la financiación mayorista, descuidando la clientela tradicional y el uso de híbridos de capital, que ha permitido un crecimiento orgánico por encima de lo razonable asumiendo un grave riesgo reputacional al colocarlos en la propia red de la Caja, en la que la función de riesgos ha sido prácticamente inexistente, con carencia de controles internos y deficiente función de auditoría externa, situación que ha abocado a la intervención del FROB, que ha tenido que inyectar la cantidad de 3.000 euros para garantizar la liquidez. Basan los demandados su imputación en la Diligencia del Banco de España de 21.07.11.

Sobre este extremo, debe señalarse que aún que se dieron por ciertos los hechos que se reflejan en dicho apartado de la carta de despido, las responsabilidades que se le están imputando a la actora en el hecho tercero, son derivadas no ya de concretos incumplimientos de la normativa contable o de falta de observancia de los requerimientos del Banco de España destinadas a falsear la realidad de las cuentas y alterar la realidad financiera y patrimonial de la Entidad, sino que se trata de imputaciones sobre la base decisiones en la gestión misma de la Entidad. Concretamente, el uso de híbridos de capital, (que son instrumentos de financiación de las entidades, mediante la emisión o bien de deuda subordinada o bien acciones y participaciones preferentes y que computan como parte del capital de los bancos), recurso a la financiación mayorista o crecimiento orgánico (es decir, basado en los recursos que obtiene a través de su negocio, transacciones y operaciones habituales) por encima de lo razonable, pueden ser calificadas como más o menos acertadas, pero no revisten la gravedad necesaria para considerarles incardinables en una trasgresión de la buen fe contractual o abuso de confianza, y entrarían en el poder discrecional atribuido a los cargos de alta dirección, de forma que el deficiente o negligente uso de dichas facultades y atribuciones puede generar una responsabilidad exigible en otros ámbitos, como la disciplinaria ante el Banco de España, la cual ostenta facultades de inspección, control y sanción -memoria de Supervisión Bancaria del Banco de España 2010-documento 46 de la prueba de la actora- y prueba de ello es la incoación de un expediente ante dicho organismo frente a todos aquellos que son o han sido parte del órgano de administración o

ejercido funciones de dirección de la Entidad (y en dicho expediente incoado se destaca deficiencias en los mecanismos de gestión y control de riesgos, particularmente en las entidades Grupo Polaris y Tenedores de Inversiones y Participaciones) e incluso la penal, como lo demuestra la existencia de las Diligencias Previas nº 170/10 que están siendo instruidas en el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional sobre irregularidades de la normativa bancaria y mercantil cometida por los antiguos responsables de la CAM, pero en ningún caso una responsabilidad en el orden laboral.

Por tanto, siendo verdad que varios de los incumplimientos imputados a la actora en la carta de despido, concretamente, los relativos a las cuentas anuales del 2010 y las del primer semestre del 2011 se basan en el incumplimiento de la normativa bancaria y contable, lo esencial para entender que se produce un incumplimiento contractual y por tanto, trasgresión de la buena fe contractual, reside en la intencionalidad, esto es, falsear los datos, maquillar las cuentas para aparentar unos beneficios ficticios. Y esta es la razón de su enjuiciamiento en el presente procedimiento por incumplimiento contractual de los deberes de la actora como empleada del más alto nivel de la Entidad. Por el contrario, los incumplimientos que le imputan en el hecho tercero de la carta, como arriba se ha expuesto, es claro que guardan conexión con dichas irregulares actuaciones, pero no encubren esa finalidad de falseamiento, y la mala gestión que se le achaca, traducible en inadecuada gestión de los riesgos, o la opción de la figura de los híbridos de capital no son incardinables por tanto en una trasgresión contractual, sino en todo caso, en una mala praxis profesional, y en caso de ser encuadrable en alguna figura delictiva, en responsabilidad en el ámbito penal.

Decimosexto.

Partiendo de los datos expresados, es claro que la actuación de la demandante, concretada en los hechos primero, segundo y cuarto de la carta de despido, se inserta en las previsiones del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores , que contempla como causa de despido «la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo», siendo por ello aplicables los arts. 11 y 12 del Real Decreto 1382/1985 , en cuanto se remiten a las normas de dicho estatuto sobre causas de extinción del contrato de trabajo.

Conviene recordar la doctrina jurisprudencial que declara que la trasgresión de la buena fe constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución del contrato de trabajo - artículos 5.a y 20.2 ET - y el abuso de confianza constituye una modalidad cualificada de aquélla, consistente en el uso desviado de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la Empresa (SSTS 26/02/91 [RJ 1991, 875] y 18/05/87 [RJ 1987, 3725]). Además, que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traducándose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (artículos 7.1 y 1258 CC [LEG 1889, 27]) y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (SSTS 21/01/86 [RJ 1986 , 312] , 22/05/86 [RJ 1986, 2609] y 26/01/87 [RJ 1987, 130]). La esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios (SSTS 08/02/91 [RJ 1991, 817] y 09/12/86 [RJ 1986, 7294]), siquiera en ocasiones haya sido considerado el mismo como uno de los factores a ponderar en la valoración de la gravedad (SSTS 30/10/89 [RJ 1989, 7462]). De igual manera que no es necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el artículo 54.2.d ET las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable (SSTS 30/04/91 [RJ 1991 , 3397] , 04/02/91 [RJ 1991 , 794] , 30/06/88 [RJ 1988 , 5495] , 19/01/87 [RJ 1987 , 66] , 25/09/86 [RJ 1986, 5168] y 07/07/86 [RJ 1986, 3963] ...). A los efectos de valorar la gravedad y culpabilidad de la infracción pasan a un primer plano la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada, agravando la responsabilidad del personal directivo (así, entre tantas otras, las SSTS 18/03/91 [RJ 1991 , 1872] , 14/02/90 [RJ 1990 , 1086] , 30/10/89 , 24/10/89 [RJ 1989 , 7424] , 20/10/89 , 12/12/88 [RJ 1988 , 9595] , 18/04/88 [RJ 1988, 2978] y 19/02/86 [RJ 1986, 784]) y, muy especialmente, en quien realiza funciones de Cajero (así, en SSTS 12/05/88 [RJ 1988, 3615] y 19/12/89 [RJ 1989, 9250]). Por último debe significarse que en la materia de pérdida de confianza no cabe establecer graduación alguna (SSTS 29/11/85 [RJ 1985, 5886] y 16/07/82 [RJ 1982, 4633]) y el reintegro de la cantidad sustraída no obsta la procedencia del despido (SSTS 19/01/87 [RJ 1987 , 68] , 09/05/88 [RJ 1988, 3579] y 05/07/88 [RJ 1988, 5762]).

Las conductas imputadas, que han sido acreditadas, conllevan a la declaración de la procedencia del despido de la actora pues la presentación de las cuentas de los dos ejercicios, directamente imputable a la misma, impidió que la Entidad pudiera conocer su verdadera situación financiera, suministrándole un conocimiento absolutamente falso de su situación financiera intencionadamente originada, y evitó que adoptase las decisiones

oportunas para reducir o mitigar el impacto de las pérdidas de la compañía, y han conducido a la intervención por el Banco de España, con las consecuencias que ello ha provocado en la imagen de la Entidad, en los clientes que tenían en ella sus depósitos y en la sociedad en general, dado que es dato esencial y no puede olvidarse, ha sido necesario la intervención del FROB suministrándole inicialmente 3.000 millones de euros, más una aportación adicional de 2.800 millones de euros, los cuales han provienen en gran medida del erario público, con lo cual reviste su conducta, si cabe, una mayor gravedad.

Además, las conductas imputadas por la entidad no pueden calificarse de simples errores, o como pretende la actora, de divergencias en la interpretación de la normativa contable y la legislación aplicable, singularmente la Circular 4/2004 del Banco de España, porque como arriba se expuso era perfectamente conocedora de la obligatoriedad de su cumplimiento, amén del cargo que desempeñaba la actora y la responsabilidad aneja a aquel Es cierto, y no puede ignorarse, que las actuaciones imputadas en la carta a la actora se producen en el contexto de un irregular comportamiento jurídico-financiero de la empresa, en la persona del conjunto de sus trece directivos del Comité de Dirección, que no fueron ajenos a las decisiones adoptadas, y que conocieron y consistieron las conductas contrarias a la normativa contable y a la disciplina laboral. Ahora bien, resulta interesante a este respecto la STS de 26 de enero de 1990, la cual declara (...) la peculiar y trascendente función directiva atribuida a un Director General en una empresa de las características de la ahora, recurrente, quien ha de velar por el exacto cumplimiento de la normativa aplicable en salvaguarda de los intereses y fines de la propia Institución financiera impide exonerarle de su propia responsabilidad laboral en mérito al parcial y tácito asentimiento de algunos de los miembros del Consejo rector de la entidad financiera quienes, como es obvio, no alcanzaron a ostentar la representación institucional de esta última. En este sentido, podría tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 133.3 del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\2737)", la cual es perfectamente aplicable al caso de autos. De esta forma, y con independencia de las responsabilidades que en otros órdenes puedan serle exigidas al resto de miembros del Comité de Dirección, ajena al presente procedimiento, no puede olvidarse que el margen de gestión y responsabilidad encomendadas a la actora como Directora General e incluso como Directora General Adjunta, en su período anterior, en el ámbito de una entidad financiera como la CAM impide asimilarla a cualquier otro trabajador de la misma. En este sentido, poseía como Directora General la máxima responsabilidad en la gestión global de la Entidad, y como Directora General Adjunta, también un amplio margen de maniobra, y por tanto no puede eximir su responsabilidad, bajo la tesis que las cuentas anuales, junto con las decisiones de distribución de beneficios estaban amparadas por el manto de la legalidad de su autorización por el Consejo de Administración y aprobación en la Asamblea General.

De esta forma, la actuación de la demandante despedida no puede, en modo alguno, tenerse por justificada en mérito a la aprobación por el Consejo de Administración, ello porque la gestión efectiva no la ostentaba el citado órgano de administración, sino que estaba delegada en el equipo directivo formado por la actora junto con el resto de miembros del Comité de Dirección, y que no consta ni un solo acuerdo ni del Consejo de Administración ni de la Asamblea General de rechazo de las propuestas que precisamente realizaba el equipo directivo, demostrativo de que la dirección y control real estaba residenciado en la actora y el resto de componentes del mismo, máxime si se tiene en cuenta que el Consejo de Administración, no es un órgano profesionalizado, y cuyos miembros tienen distintas procedencias, y en definitiva, no llevan la gestión real y diaria de la Caja. En este sentido, si bien es cierto que conforme los Estatutos de la CAM, el Consejo de Administración es el máximo órgano de gobierno y administración (artículo 24), podía delegar, como de hecho hizo, sus funciones de supervisión y control, organización corporativa y vigilancia de la transparencia, tanto en Comisiones, muchas de las cuales o eran presididas por la actora o acudía a las mismas, como en el Presidente y en la actora como Directora General. Así destacan entre las Comisiones, las relevantes funciones de la Comisión de Control con competencias en el análisis de la gestión económica y financiera de la entidad, elevando a la Asamblea General información semestral de la misma, y la censura de cuentas, siendo impensable que la actora, aunque no formase parte de la citada, no estuviese al tanto de los acuerdos que allí se adoptaban máxime, desde su posición tanto de Directora General como Directora General Adjunta. Por tanto, la actora era la responsable de presentar unas cuentas anuales que reflejasen la imagen fiel del patrimonio, lo que no hizo ni respecto de las del 2010, ni las del primer semestre del 2011, sin que pueda eximirse que las correspondientes al 2010, corresponden a un período en que no ostentaba el cargo de Directora General al que accedió tan sólo veinte días antes de finalizar el ejercicio 2010, pues como arriba se expuso, como Directora Adjunta también tenía amplios poderes de dirección, con facultes similares al Director General, y además, desde el momento en que asumió el cargo de Directora General era función suya si las cuentas presentaban alguna irregularidad detectarlas y revisarlas, cosa que no hizo, dando el visto bueno a las presentadas por su predecesor, con lo que debe soportar las consecuencias; máxime si durante el año 2011 tuvo la posibilidad de rectificar las presentadas, cuando ya sí era Directora General y no lo hizo, reiterando la presentación falsa de los resultados no sólo ante el Consejo de Administración sino ante los Administradores Provisionales.

Por último tampoco puede eximirse de responsabilidad en base a que las cuentas anuales del 2010 y 2011 fueron auditadas por KMPG Auditores S.L. y ello porque las mismas fueron examinadas, y con ello elaborado su informe, en base a la información suministrada por la propia Entidad, habiéndose acreditado a través

de la documental que en muchos casos, como la liberación de créditos, que ocultó información. Es más, el informe del Departamento de Inspección del Banco de España de 25.01.12 en su punto 1.2 "Relativos a la auditoría externa" señala que "(...) La auditoría externa, con dependencia jerárquica del Director General de la entidad, prácticamente limitaba su funcionamiento a la verificación de los procedimientos administrativos de gestión de la red. No evaluaba los riesgos en que podía incurrir la entidad, identificando los no asumidos voluntariamente, y por tanto, no proponía medidas para eliminarlos y/o mitigarlos". Y además, no puede olvidarse que el resultado de la auditoría efectuada por KPMG S.L. fue posteriormente objeto de revisión, emitiéndose nuevo informe de fecha 14.09.11, que reflejaba las irregularidades contables en relación con la titulización de los activos, que habían sido dados de baja y la falta de dotación de las prejubilaciones, entre otros, en sintonía con las que luego fueron relatadas en la carta de despido.

Tampoco puede trasladar su responsabilidad en el Banco Base, como ya se expuso más arriba, respecto de las cuentas anuales del 2010, que fueron formuladas efectivamente cuando aún estaba vigente y no se había roto el contrato de integración en el SIP. Y ello porque, silencia el dato de que la misma actora iba a formar parte del Banco Base, en su Consejo de Administración junto con D. Bernardo y D. Germán, donde iba a asumir la dirección comercial; amén de que la integración en citado SIP no le eximía de observar las más elementales normas en la elaboración de las cuentas de pérdidas y ganancias que reflejasen la verdadera situación económica y financiera de la Entidad, permitiéndole eso sí cierta flexibilidad que no se confunde con la profunda alteración de las mismas en que consistió las irregularidades detectadas por el FROB.

Por último, debe tenerse en cuenta que los deberes de fidelidad y lealtad, si deben ser cumplidos por cualquier trabajador, lo deben ser con mayor escrupulosidad y rigor por quienes ejercen cargos de confianza dada su categoría profesional en la empresa a que pertenecen, máxime cuando se trata de persona que interviene decisivamente en las operaciones de la misma (sentencia de 25 de febrero de 1.984 (RJ 1984, 921)), debiendo estarse para la valoración de la conducta que la empresa considera contraria a este deber, a la entidad del cargo de la persona que cometió la falta y sus circunstancias personales (sentencia del Tribunal Supremo de 20 octubre 1983 (RJ 1983, 5127)). Por tanto, la actora en su condición de Directora General, ejerciendo facultades que implican asumir obligaciones en nombre de la entidad bancaria, exige que tales poderes se utilicen en beneficio de la empresa velando al máximo por los intereses de la misma, que depositó en la actora su confianza para que ejerciera las facultades conferidas a través del poder con la debida lealtad y probidad, entendida como el cumplimiento de sus funciones con la debida honradez, honestidad, integridad y rectitud de comportamiento. De esta forma, esta irregular actuación supone una grave quiebra de la buena fe contractual al provocar en los órganos de gobierno y administración, un conocimiento absolutamente falso acerca de la situación económica y financiera de la Entidad, desentendiéndose así de los perjuicios que, con ello, podía irrogar a ésta.

Mención especial merece la asignación de una pensión vitalicia sobre la base de la previsión social complementaria, la cual no sólo choca frontalmente con los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración hasta entonces, sino que supone un enriquecimiento injusto a su favor difícilmente justificable. En este sentido, como arriba se expuso, quedó acreditado que la actora junto con el resto de miembros del Comité de Dirección, a espaldas de los órganos de gobierno y por ende, sin su fiscalización, se asignaron una prestación adicional asegurada, conforme a unos parámetros distintos a los que habían sido acordados en las diferentes Comisiones de Retribuciones y aprobadas por el Consejo de Administración. Por tanto, la actora se benefició sin justificación objetiva alguna, de una pensión para su jubilación sobre la base de una remuneración fija, que estaba predeterminada, muy alejada de los acuerdos sociales, sobre una base retributiva no sólo que no le correspondía en el momento de su concesión, sino que no respondía a un criterio adoptado por la mayoría del accionariado, y con ocultación que encubría su carácter fraudulento. De hecho, de la prueba practicada en el acto de la vista, singularmente de la testifical del Sr. Cosme Perol que depuso a instancia de la parte actora, resultó patente no sólo dicha irregularidad, sino que había sido antedatada, muy probablemente para evitar fuera conocida por el Banco Base, de hecho así se desprende de los correos electrónicos remitidos entre los Directores Generales de la Entidad. Y dicha conducta, por sí sola, es merecedora del máximo reproche y sanción frente a la demandante, máxime si como ya se ha expresado, supone la imposición de un gasto, y su repercusión en la cuenta de pérdidas y ganancias, de una Entidad, que finalmente, y debido a múltiples factores que no es esta la sede para enjuiciar, pero entre los que a buen seguro se encuentran la deficiente gestión de la misma por sus máximos responsables, se ha visto abocada a una situación de falta de liquidez y solvencia tan graves que ha hecho necesaria su intervención por el Banco de España, con el lógico perjuicio que ha conllevado para la misma, los particulares que han depositado durante años en ella su confianza, y la sociedad en general. Por tanto, la conducta de la actora es muy reprochable en términos jurídico laborales, pues prevaleciendo de su condición de Directora General, y abusando de la confianza en ella depositada por la Entidad, se asignó una prestación de jubilación con el fin de asegurarse una cantidad que quizás con el devenir de los acontecimientos, en el futuro no le hubiera correspondido; lo cual resulta aún más incomprensible, alcanzando tal hecho extrema gravedad en el actual contexto de generalizada crisis económica que está padeciendo nuestro país. En este sentido, es suficientemente ilustrativo el informe de fecha 27.09.11 de la auditora externa KPMG Auditores S.L. que presentó ante los Administradores Provisionales del FROB sobre "Comunicaciones de Errores e Irregularidades", donde en relación

a la prestación adicional asegurada señala que "(...) Adicionalmente, consideramos que estas indemnizaciones a todos los Directivos de la Entidad, no se encuentran alineadas con las últimas tendencias en la regulación financiera en materia de políticas retributivas y, concretamente, con las modificaciones introducidas recientemente en el derecho español, tanto en el ámbito mercantil como en la regulación bancaria, como reflejo de los cambios operados en la regulación financiera internacional (...)"

Por todo ello, procede la íntegra desestimación de la demanda, declarando la procedencia del despido de la actora, y convalidada la decisión extintiva, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, quedando en consecuencia extinguida la relación laboral especial que como se expuso en el fundamento segundo se extendería desde su nombramiento de Directora General Adjunta el 16.02.01 y hasta su despido; y también la relación laboral común preexistente con anterioridad desde su ingreso en la Entidad demandada. Es cierto que la relación laboral común quedaría suspendida a partir de dicho nombramiento, de conformidad con la doctrina jurisprudencial plasmada, entre otras en sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Septiembre y 2 de Diciembre de 1986 (RJ 1986\5139 y RJ 1986\7253), que establece que en los supuestos en que un trabajador contratado en régimen laboral común pase a desarrollar funciones de alta dirección, ha de apreciarse, salvo pacto en contrario, que el contrato inicial se suspende. Como también lo es, y así lo admite la doctrina aludida, que pueda reanudarse la relación laboral común al producirse el cese en la relación especial de alta dirección; ahora bien, ello siempre y cuando, la extinción de la relación laboral especial no se haya producido por despido disciplinario que sea calificado como procedente, razón por la cual no puede reanudarse, como pretende la actora, la relación laboral común que estaba suspendida. En este sentido se pronuncia la STSJ Madrid 10 de diciembre de 2002 , la cual ha declarado que " (....) cabe extinguir la relación laboral ordinaria reanudada por hechos cometidos durante la vigencia de la especial de alta dirección, y ello porque en los supuestos de promoción interna, como es el presente, los incumplimientos por quien ha sido promocionado relativos a su nueva función no solo acarrear, a si tienen la entidad suficiente para generar la procedencia del despido, la extinción de la relación especial, sino que llevan también aparejada la de la común u ordinari a, por así disponerlo el artículo 9.3 del Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto (...)"

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

FALLO

Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D^a Sonia frente CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO Y BANCO CAM S.A. debo declarar y declaro procedente el despido de la actora, declarando convalidada la extinción del contrato de trabajo que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de SUPPLICACIÓN, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de la notificación de esta sentencia y por conducto de este Juzgado, y a la que pretenda recurrir no siendo trabajador o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social, o no gozando del beneficio de justicia gratuita, que no se le admitirá sin el previo ingreso de la cantidad objeto de la condena, en la cuenta corriente de este Juzgado en el Banco Español de Crédito, Oficina núm. 3230 de Urbana Benalúa, c/ Foglietti nº 24 de esta ciudad, Cuenta núm. 0114-0000-69-0925-11 indicando el número de los presentes Autos y Concepto: Consignación Recurso Suplicación, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista., así como la de TRESCIENTOS EUROS (300, 00 euros) en la cuenta corriente de este Juzgado en el Banco Español de Crédito, Oficina núm. 3230 de Urbana Benalúa, c/ Foglietti nº 24 de esta ciudad, Cuenta núm. 0114-0000-36-0925-11 indicando el número de los presentes autos y Concepto: Depósito Recurso Suplicación con presentación de los correspondientes resguardos.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dicha Sentencia fue leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrada- Juez que suscribe en Audiencia Pública, en el día de la fecha. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.