

Comentarios de Jurisprudencia

Retribución, asistencia financiera y doctrina del vínculo (STS 1ª, de 20 de julio de 2010, [RJ 2010, 6563])

FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN

Profesor Contratado Doctor. Universidad Complutense de Madrid.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES Y ASISTENCIA FINANCIERA

2.1. La denominada «doctrina del vínculo»

2.2. Asistencia financiera al personal de la empresa y doctrina del vínculo

2.3. Acuerdos unánimes y propios actos

ANTECEDENTES

I

El caso

El litigio tiene su origen en la adquisición de un paquete de acciones de una sociedad anónima (Crimidesa, S.A.). Durante el período comprendido entre la firma del contrato de promesa de compraventa y el otorgamiento de la escritura pública, la junta general de la sociedad adoptó un conjunto de acuerdos dirigidos a retribuir de modo extraordinario al director financiero, al secretario del Consejo de Administración y al Consejero Delegado de la sociedad. En concreto, se les facilitaron los fondos necesarios para comprar acciones en autocartera representativas de un 6% del capital que fueron adquiridas *ad hoc* de un grupo de socios.

Los hechos se relatan al detalle en el Fundamento de Derecho Tercero:

«1º) Una promesa de venta, perfeccionada el dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, marcó el inicio de una compleja negociación por la que un número determinado de las acciones representativas del capital de Crimidesa, SA debía ser transmitido a las entidades demandantes.

2º) La efectiva transmisión de los títulos a las actoras tuvo lugar en los meses de junio y julio de mil novecientos noventa y nueve, como culminación de la proyectada operación a que se ha hecho referencia.

3º) El pago de las llamadas retribuciones extraordinarias se efectuó mediante cheques librados el cinco de abril de mil novecientos noventa y nueve. Por lo tanto, con posterioridad a la fecha de la promesa de venta, pero con anterioridad al día en que fue efectiva la transmisión de los títulos a las demandantes.

4º) En junta general celebrada a las catorce horas y treinta minutos del día siete de abril de mil novecientos noventa y nueve, con asistencia de la totalidad de los socios en esa fecha, se autorizó la venta y correlativa adquisición de las acciones de que era titular la sociedad.

5º) *Seguidamente, en el mismo día, el consejo de administración facultó a su presidente y al consejero delegado para ejecutar dichas operaciones.*

6º) *En la propia fecha y a continuación, Crimidesa, SA compró un tanto por ciento de las acciones representativas de su capital a los miembros de un grupo familiar de socios y las vendió, a cambio de las retribuciones extraordinarias, al consejero delegado, al secretario del consejo y al director financiero de la propia sociedad.*

7º) *Por último, a las diecinueve horas del repetido siete de abril, la junta general de Crimidesa, SA, con el voto favorable de todos los que en ese momento eran accionistas, acordó ratificar “las remuneraciones extraordinarias percibidas por el consejero delegado, el director financiero y el secretario del consejo de administración, motivadas por su destacada intervención en las referidas operaciones y por su lealtad y dedicación a la compañía desde sus respectivas vinculaciones a la misma”, así como la adquisición de acciones por los beneficiarios de la repetida atribución patrimonial, producida unas horas antes».*

Según el escrito de demanda, las compradoras conocieron esta operación con ocasión de la formulación de las cuentas anuales del ejercicio de 1999, tras haberse formalizado la transmisión de los títulos. A su entender, las retribuciones extraordinarias acordadas por la junta general carecían de una justificación adecuada porque no tendrían por finalidad retribuir el desempeño de funciones realizadas a favor de la sociedad, sino las gestiones realizadas por sus beneficiarios en el marco de la operación de compraventa de acciones. En lo que concierne al consejero delegado se recordaba además que, según los estatutos de la sociedad, sólo podría ser retribuido mediante dietas. Los miembros del consejo de administración debieron negarse a ejecutar esos acuerdos que resultaron dañosos para el patrimonio de la sociedad, por lo que debían indemnizar el daño causado equivalente al valor de las acciones propias. Constatada la negativa de la mayoría de socios al ejercicio de la acción social, la promovieron en ejercicio de su legitimación extraordinaria como socios minoritarios, recién estrenada (art. 239 LSC).

Aparte de argumentos de tipo accesorio o utilizados para defender la particular posición de alguno de los demandados, la defensa de los administradores se fundó básicamente en que el daño era imputable al acuerdo de la junta general adoptado por unanimidad y no a un comportamiento imputable al consejo. Además, la decisión de los socios era lícita, pues se trataba de premiar a los beneficiarios por los servicios prestados a la sociedad durante «muchos años» y «fidelizarlos» para el futuro, atribuyéndoles la condición de socios en beneficio del interés de la sociedad.

La demanda fue desestimada en primera instancia.

II

La Sentencia de la Audiencia Provincial

La Sentencia de la Audiencia Provincial calificó los acuerdos de modo bien distinto a como lo hicieron los demandados en sus escritos de contestación a la demanda. La Sala descartó que se hubieran entregado directamente las acciones propias a modo de retribución (supuesto reconducible al apartado 146.1 a) LSC). Los servicios prestados por los administradores «ya habían sido retribuidos» y la causa de la atribución patrimonial (anticipo de los cheques) era financiadora, dirigida a facilitar la adquisición de acciones propias por «personal de la empresa» (art. 150.2 LSC). El razonamiento consta en el Fundamento de Derecho Sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo:

«3ª) *En la sentencia recurrida, pese al término “retribución” elegido por los socios al adoptar el acuerdo ratificador, no se calificó como onerosa la atribución patrimonial. Esto es, como contraprestación debida por la sociedad a cambio de los servicios prestados por quienes la recibieron, en el sentido del artículo 1.274 del Código Civil. Aquellos se habían prestado, pero ya habían sido retribuidos.*

Es más, la Audiencia Provincial –en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia– negó que la actuación del consejo de administración fuera antijurídica, precisamente, por considerar que lo que había hecho la sociedad no era otra cosa que *prestar a miembros del personal de su empresa una asistencia financiera para la adquisición de acciones propias. Lo que es totalmente incompatible con la idea de retribución.*

Ello supuesto, en la sentencia recurrida no se ha negado la “salida de fondos” con destino a la adquisición de acciones de Crimidesa, SA ni que éstas pertenecieran a dicha sociedad por haberlas adquirido previamente o, al fin, que el cambio de estructura accionarial no se hubiera ejecutado a costa de la propia

sociedad. Lo que en ella se ha negado es que los pagos hubieran producido de modo ineluctable un daño a Crimidesa, SA, por ser admisible la abstracta posibilidad de que una atribución patrimonial del tipo de la enjuiciada pueda generar beneficios o ventajas para la financiadora».

Este razonamiento resultó determinante para rechazar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia.

III

La Sentencia del Tribunal Supremo

En el primer motivo del recurso de casación se invocó la infracción del artículo 150.2 LSC. El consejero delegado no podía ser calificado como «personal de la empresa» a los efectos de aplicar la excepción a la prohibición de asistencia financiera prevista en ese precepto. Esto implicaría la ilicitud del acuerdo de la junta general y por tanto del comportamiento de los administradores que lo ejecutaron. También se denunciaba, de modo complementario, la inaplicación del artículo 236.2 LSC sobre ineficacia exoneratoria de los acuerdos de la junta general en cuanto a la responsabilidad de administradores.

Además se interpuso recurso extraordinario de infracción procesal en el que se argumentaba que se habían infringido las reglas sobre carga de la prueba en el proceso civil (art. 217 LEC): correspondía a los administradores acreditar las ventajas que habrían podido compensar el daño causado a la sociedad por la atribución patrimonial realizada a favor de los beneficiarios. Este recurso lo estimó el Tribunal:

«(...) a los efectos de aplicación de las reglas de la carga de la prueba, no cabe negar sustantividad a la mera disminución patrimonial sin contraprestación sufrida por Crimidesa, SA, para distinguirla del hipotético conjunto de circunstancias que, en abstracto, podrían convertir en beneficio social lo que inicialmente constituía un perjuicio evidente. Dicha distinción tiene sentido, a los relatados efectos, porque la primera ha sido probada “ex re”, a la vista del contenido de la sentencia recurrida. Son sólo las segundas las que no han quedado demostradas.

Lo expuesto permite, a la vista de los apartados 2 y 3 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, concluir afirmando que a las actrices les bastaba con que se probase aquel desplazamiento patrimonial gratuito, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión. Y que eran los demandados quienes corrían con la carga de demostrar la concurrencia de aquellos otros hechos que, en su caso, podrían enervar la eficacia jurídica del primero.

En conclusión, las referidas normas no han sido correctamente aplicadas en la instancia, como se denuncia en el motivo, el cual estimamos, con la consecuencia de que haya que considerar producido un resultado dañoso para la sociedad por la actuación de su consejo de administración.

Una precisión más cumple hacer en relación con el daño, dado que, aunque la Audiencia Provincial no haya descrito la operación como una mera donación de las acciones de Crimidesa, SA al consejero delegado, al secretario del consejo y al director financiero, sino como una financiación concedida a los mismos para su adquisición –según se expuso antes–, el bien que como consecuencia de aquella salió del patrimonio social sin retorno no fue propiamente el dinero de las llamadas retribuciones, que la sociedad recuperó en concepto de precio, sino el conjunto de acciones que componían la autocartera de la sociedad transmitente.

No obstante, el precio de las acciones interesa a la decisión del conflicto por significar el valor de las mismas en el momento de ser adquiridas por los beneficiarios de la financiación y, en su caso, el equivalente dinerario –especialmente apto, de proceder la indemnización–, como medio de determinación de la medida del daño, dado el tiempo transcurrido desde que la operación se llevó a cabo»

El análisis de la cuestión de fondo permitió al Tribunal estimar el recurso de casación. En cuanto a la ineficacia exoneratoria de los acuerdos de la junta general y por tanto al alcance del artículo 236.2 LSC se muestra tajante: la posición autónoma de los titulares del órgano de administración en sociedades de estructura corporativa les exige negarse a ejecutar aquellos acuerdos que sean *antijurídicos* y *dañosos* para la sociedad, aunque sean unánimes. (Fundamento de Derecho Séptimo):

«Pese a que los acuerdos de la junta general vinculan a todos los socios –artículo 93, apartado 2 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas–, el legislador ha reconocido a los administradores, al actuar en el ámbito de su competencia, una independencia o autonomía respecto de ellos, cuando sean antijurídicos y dañosos para la sociedad. En tal sentido, el artículo 133, apartado 3, niega que queden exonerados de responsabilidad los administradores por la existencia de un acuerdo de junta, tanto si se adoptó previamente, como “ex post”.

Responde dicha norma a la idea de que los administradores no pueden realizar actos ilícitos –contrarios a la ley, a los estatutos o al deber general de diligencia: apartado 1 del mismo artículo– que dañen a la sociedad, incluso aunque un acuerdo de la junta general lo autorice o ratifique.

La mencionada norma debió ser aplicada en las instancias, pese a que –como se ha destacado en ellas– los acuerdos de autorización y ratificación hubieran sido adoptados en junta general por todos quienes en la fecha eran titulares de acciones de Crimidesa, SA.

De otro lado, el precepto no distingue entre acuerdos adoptados por unanimidad y sólo por mayoría, al efecto de legitimar para el ejercicio de la acción social al accionista o al acreedor. Otra cosa es que las circunstancias puedan justificar entender contradictorio exigir responsabilidad al administrador con el hecho de haber participado afirmativamente quien lo pretendía en la adopción del acuerdo luego ejecutado por aquel o en la del de ratificación de lo que hubiera realizado antes. Esta situación no se da, sin embargo, en el caso, por razón de que las demandantes –cuya legitimación activa, afirmada por la Audiencia Provincial, no ha sido discutida en casación– ingresaron en la sociedad con posterioridad a la adopción de los acuerdos sociales unánimes de que se trata».

En segundo lugar revela porqué considera que el acuerdo de la junta general era ilícito y la conducta de los administradores que lo ejecutaron antijurídica: hubo asistencia financiera ilegal (Fundamento de Derecho Octavo):

«El artículo 81 apartado 1 del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas –con precedente en el apartado 1 del artículo 23 de la Segunda Directiva de 13 de diciembre de 1976 (LCEur 1977, 15)–, trata de evitar el riesgo de que la adquisición de acciones se financie con cargo al patrimonio de la propia sociedad cuyo capital en aquellas se representa. Se inspira la prohibición en la idea de que constituye un uso anómalo del patrimonio social aplicarlo a la adquisición de las acciones de la financiadora –o de la que sea su sociedad dominante–.

En el marco de esa operación prohibida entra, desde luego –y así lo ha dado por supuesto el Tribunal de apelación–, la atribución efectiva que, gratuitamente, aunque con el propósito premiar servicios ya retribuidos, efectuó Crimidesa, SA a cargo de su patrimonio –no de hipotéticos fondos distribuibles entre los socios– y a favor de sus consejero delegado, secretario del consejo y director financiero, al fin de que adquirieran acciones propias, sobre las que la sociedad tenía, además, la titularidad en régimen de autocartera.

Se trató, por tanto, de un acto que, en principio, hay que considerar contrario a la ley. Y, como se expuso, causante de un daño patrimonial a la sociedad, apto para generar, entre otras consecuencias jurídicas posibles –artículo 83–, la responsabilidad civil de los administradores frente a aquella».

El término «personal de la empresa» a los efectos de aplicar las excepciones a la prohibición de asistencia financiera no comprende a los consejeros delegados, como se deduce de la «doctrina del vínculo» surgida en sede de retribución de administradores (Fundamento de Derecho Nove-no):

«No obstante, el artículo 81 establece que la antijuridicidad desaparece en los supuestos previstos en su apartado 2 y de ellos la Audiencia Provincial declaró concurrente el primero. En efecto, consideró que lo que había hecho Crimidesa, SA no fue otra cosa que financiar la adquisición de acciones por una parte del personal de su empresa.

La excepción de que se trata responde a una idea reformativa de la empresa mediante el fomento de la participación del trabajo en el capital de la misma. Constituye, además, el reflejo de la exigencia contenida en el artículo 129, apartado 2, de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y, como excepción a la operación prohibida, de la previsión del apartado 2 del artículo 23 de la Segunda Directiva.

El término “personal”, tomado de otros ordenamientos, está referido a las personas unidas a la sociedad por una relación laboral, común o especial, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y en la legislación complementaria.

La Audiencia Provincial, como se expuso, atribuyó dicha condición a los tres favorecidos por las atribuciones patrimoniales de Crimidesa, SA: el consejero delegado, el secretario del consejo y el director financiero.

Sin embargo la cuestión queda reducida en el recurso sólo al primero.

En efecto, en el motivo que examinamos, las demandantes admiten que era personal de la empresa el director financiero. Y, aunque niegan que también lo fuera el secretario del consejo –que no ha sido demandado precisamente por no ser consejero–, no indican cual ha sido la norma legal, estatutaria o

contractual que ha podido infringir el Tribunal de apelación al reconocerle aquella condición. La cual, al fin, no ha sido discutida en los términos que este extraordinario recurso reclama para entenderla planteada.

En cuanto al consejero delegado, designado de entre las personas que integraban el consejo, de acuerdo con el llamado sistema monista que sigue nuestro régimen –artículo 141, apartado 1, del Texto refundido de la Ley de sociedades anónimas–, es evidente que el mismo no tiene la condición de personal de Crimidesa, SA –artículo 1, apartado 3, letra c, del Estatuto de los Trabajadores–, con independencia de que hubiera celebrado con ella un contrato de los previstos en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (RCL 1985, 2011, 2156) .

Así lo ha puesto de manifiesto esta Sala, en numerosas ocasiones, al tratar de las retribuciones –sentencia de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3184) y las que en ella se mencionan– y así lo ha declarado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo –sentencias de 26 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 1777) y 9 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 1182), entre otras–.

En la mencionada sentencia de 26 de diciembre de 2007, la Sala Cuarta de este Tribunal, con cita de otras resoluciones propias, declaró que “es cierto que la jurisprudencia admite que esas personas puedan tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero ello sólo sería posible para realizar trabajos que podrían calificarse de comunes u ordinarios; no así cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (gerente, director general, etc.) dado que en tales supuestos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección..., de ahí que se incardinan en el mencionado artículo 1.3 c) del Estatuto de los Trabajadores”.

La conclusión a todo lo expuesto es que el único daño antijurídico atribuible a los administradores de Crimidesa, SA se identifica, por aplicación del apartado 2 del artículo 81 con la atribución concedida a su consejero delegado para la adquisición de las acciones, de las que, como se ha repetido, era la financiadora titular».

COMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

La exposición pormenorizada del supuesto de hecho objeto de esta sentencia es necesaria porque se advierte enseguida que se planteó un litigio sobre responsabilidad de administradores para resolver un problema de dolo incidental entre compradores y vendedores de unas acciones. Aun así, merece un comentario porque aborda cuestiones de gran trascendencia dogmática.

La primera queda anunciada en el título y se refiere a la compatibilidad de la condición de consejero delegado y la de «personal de la empresa» a los efectos de la aplicación de la normativa sobre prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias (artículo 150.2 LSC). La segunda cuestión se refiere a la ineficacia exoneratoria del acuerdo de la junta general de socios, que además contaba con el voto a favor de todos los partícipes del capital. Los demandantes habrían adquirido la condición de socios con posterioridad, por lo que no les serían imputables los actos realizados por los socios que autorizaron o ratificaron la medida.

En los distintos apartados de este trabajo analizaremos estos temas fundamentalmente, si bien debemos dejar reseñados otros dos pronunciamientos de cierto interés.

El primero versa sobre el contenido de la propuesta de acuerdo sobre ejercicio de la acción social, que debe ser el preciso para permitir a los socios conocer cuál es el asunto y quienes son los administradores potencialmente afectados por la demanda. No es necesario que la propuesta concrete el acto, omisión o acuerdo lesivo del órgano de administración determinante de la responsabilidad ni tampoco identificar precisamente a los administradores potencialmente demandados. Es lógico, si se tiene en cuenta que la legitimación extraordinaria de la minoría para el ejercicio de la acción social se activa cuando se constata la voluntad de la mayoría de no promoverla y para eso no hace falta invocar ni tener en cuenta cuestiones de tipo formal, sino sólo si del contexto se deduce que todos conocían el tema que se estaba votando (Fundamento de Derecho Duodécimo).

También se afirma, con razón, que el cese en el desempeño del cargo poco después de la adopción del acuerdo no podía exonerar a quienes participaron en la formación de la voluntad

del órgano en las decisiones determinantes, aunque no participaran luego en su ejecución. En definitiva, la dimisión intempestiva no exonera y es un mal consejo, salvo que se espere lograr la prescripción (Fundamento de Derecho Undécimo).

II. RETRIBUCIÓN DE ADMINISTRADORES Y ASISTENCIA FINANCIERA

2.1. La denominada «doctrina del vínculo»

Las dificultades que suscita explicar la relación entre los administradores y la sociedad en organizaciones de estructura corporativa son bien conocidas y hay concepciones muy distintas que reflejan sendas formas de entender el Derecho de Sociedades de capital.

Un sector de la doctrina considera que, tras el nombramiento y aceptación, entre los administradores y la sociedad se establece una *relación de administración*, integrada por el contenido típico legal (deber de diligencia, retribución, representación y responsabilidad orgánicas) y el voluntario establecido en los estatutos, acto de nombramiento por la junta general o reglamento de funcionamiento interno del órgano de administración (retribución, indemnizaciones por cese, etc.). Conceptualmente no se niega que esa misma relación de naturaleza societaria (teoría unitaria) se pueda complementar mediante contratos celebrados entre los administradores y la sociedad, siempre que sus cláusulas respeten las normas legales y estatutarias. Sin embargo, se niega que surja una relación laboral de alta dirección (R.D. 1382/85) cuando esos administradores desarrollan funciones ejecutivas de dirección de la empresa (administrador único, solidarios, mancomunados, consejero delegado). El argumento fundamental contrario a la laboralidad es que los administradores con funciones ejecutivas ejercen el poder inherente a la titularidad jurídica de la empresa (autónomamente, en defensa del interés de la sociedad y bajo su propia responsabilidad) y por tanto no pueden estar sujetos, al mismo tiempo, a ese poder¹.

Otro sector de la doctrina admite esa argumentación para las estructuras organizativas simples, aunque lo explica desde una perspectiva puramente contractualista. El administrador único o los administradores solidarios o mancomunados estarían vinculados con la sociedad mediante un *contrato de servicios* cuyo contenido, aparte de lo pactado por las partes, estará integrado por la Ley, los estatutos sociales y la normativa sobre el mandato. Dicho contrato se perfecciona mediante la aceptación del nombramiento realizado por la junta general y no se aprecia la necesidad de distinguir entre una relación orgánico-societaria y una contractual complementaria. La dualidad de título jurídico, societario y contractual, para definir una misma prestación, se considera inadmisibles: hay *una* relación contractual entre el titular del cargo y la sociedad. Esa relación no puede ser considerada laboral en ningún caso, a menos que el llamado administrador lo sea sólo formalmente y el verdadero administrador sea un socio que constantemente le imparte instrucciones (que, en suma, ejerce el poder de dirección empresarial sobre un trabajador-testaferro).

El acuerdo de delegación de facultades por el Consejo de Administración provoca un cambio (estructura organizativa compleja) importante en esta relación. Los consejeros no ejecutivos estarían vinculados con la sociedad mediante una relación «básica» que participa también de la naturaleza de un *contrato de servicios* integrado por la normativa legal sobre órganos de sociedades de capital (incluidas las reglas sobre retribución) y trae causa del nombramiento por los socios reunidos en Junta General. La prestación debida consiste en el desempeño de las funciones propias del Consejo (supervisión) que se ejercen de modo intermitente en las deliberaciones que tienen lugar cada vez que adoptan los acuerdos correspondientes. Los consejeros ejecutivos estarían vinculados por una relación contractual coligada en relación de subordinación a la «básica» y suele documentarse además mediante contratos escritos con sus cláusulas de retribución, indemnización por cese, suscripción de pólizas de aseguramiento de responsabilidad civil o específicas prohibiciones de competencia *post* contractuales. La constitución de esta relación «subordinada» sólo requiere respetar las reglas propias del acuerdo de delegación (249 LSC). La calificación de esta relación que

1. ESTEBAN VELASCO, G.: «Administradores de SA», *EJBC*, Madrid, 1995, pp. 346 – 347. ESTEBAN VELASCO, G.: «La administración de la SRL», en AA VV: «*Tratado de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*», dir. C. PAZ-ARES, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pp. 747-748. Para un planteamiento similar en la dogmática alemana (en español), cfr. KÜBLER, F.: «*Derecho de sociedades*», Ed. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pp. 312-313.

vincula a los consejeros *qua* ejecutivos como relación laboral de alta dirección depende de si concurre la ajeneidad (si el ejecutivo tiene o no una mayoría en el capital social), pues se presenta a los ejecutivos como sometidos a la vigilancia e instrucciones del consejo como «órgano superior de gobierno»².

La doctrina científica se cuestiona si la necesidad que existe en la *praxis* jurídica de que las cosas se regulen de otro modo justifica por sí sola reducción teleológicamente fundamentada del ámbito de aplicación de normas legales o si es posible, mediante técnicas de desarrollo judicial del Derecho, convertir un sistema monista de organización de la administración en uno dualista (dos órganos con sus funciones respectivas e incluso su régimen jurídico diferenciado en cuestiones básicas). Es normal que se muestre cierta cautela a la hora de aceptar planteamientos que afectan a la esencia misma de la organización de las corporaciones³.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo elaboró hace tiempo la denominada «doctrina del vínculo» en la línea de una concepción unitaria. Los jueces de lo social debían declarar su competencia para resolver litigios promovidos por consejeros delegados sobre pago de salarios o indemnizaciones previstas en contratos de alta dirección y para ello debían calificar la relación jurídica entre el demandante y la sociedad: laboral de alta dirección o societaria, en términos excluyentes. Esa doctrina parte de la base de que las funciones que desarrollan los consejeros delegados son idénticas a las que se obligan a ejecutar en los contratos de alta dirección, algo que nadie discute, pero niega la relación de dependencia propia de las relaciones laborales porque se considera incompatible con la atribución legal del ejercicio de la dirección de la empresa a los ejecutivos⁴.

La Sala Primera acogió hace tiempo esa doctrina, aunque los términos en que se plantea la controversia en esta jurisdicción son distintos. No se trata de calificar la relación como requisito para pronunciarse sobre excepciones de competencia de jurisdicción y por tanto en términos necesariamente excluyentes. El Tribunal no niega la posible concurrencia de una regulación contractual (mandato oneroso, contratos mixtos de mandato y prestación de servicios) con la relación orgánico – societaria (ley, estatutos, acuerdos de la junta general), sino que se limita a constatar la prevalencia de la reglamentación societaria cuando los pactos contractuales sobre retribución o indemnizaciones por cese resulten contradictorios con aquélla (gratuidad salvo previsión del sistema, fijación de la retribución por la junta, revocabilidad *ad nutum*)⁵. Cuando las regulaciones concurrentes (societaria y contractual) no resultan contradictorias, sino que se complementan entre sí, porque las retribuciones cuentan con su previsión estatutaria, nadie discute que los pactos resultan válidos, eficaces y exigibles, aunque sea de modo complementario a la relación orgánica⁶.

2. PAZ-ARES, C.: «El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos», *Indret*, enero, 2008, p. 28, p. 58, n. 154 y p. 60, n. 161. PAZ-ARES, C.: «Ad impossibilia nemo tenetur (o porqué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)», *La Ley*, núm. 7136, 17 de marzo de 2009, p. 6.
3. LEÓN SANZ, F.J.: «La previsión en los estatutos de la retribución de los administradores de las sociedades anónimas. El estado de la cuestión en la doctrina española», en AA VV: «*I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*», Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19 a 23. En la p. 26 explica las implicaciones metodológicas de todo este razonamiento: se trata de reducir teleológicamente el ámbito de aplicación del art. 130 LSA (217.1 LSC) y ampliar el ámbito del 141 LSA (249 LSC) apoyándose en un desarrollo jurisprudencial del Derecho superador del tenor literal pero inmanente al ordenamiento jurídico. También apunta los límites, si se afecta a la configuración misma del órgano de administración es preciso que intervenga el legislador (Proyecto de Quinta Directiva). Hace tiempo que nuestra doctrina científica reclama *de lege ferenda* la introducción voluntaria en nuestro derecho de alguna de las modalidades de sistema dual de organización de la administración (cfr., ESTEBAN VELASCO, G.: «La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre el gobierno corporativo», en AA VV: «*El gobierno de las sociedades cotizadas*», Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 170 y ss. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: «El deber de diligencia», en AA VV: «*El gobierno de las sociedades cotizadas*», Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 443 (sin entrar por la puerta falsa en el sistema dualista).
4. Cfr., una última revisión de toda la compleja evolución de esta doctrina jurisprudencial en DESDENTADO BONETE, A./ DESDENTADO DAROCA, E.: «En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, 2011, pp. 41 y ss.
5. Este es el sentido de la STS 1ª de 21 de abril de 2005 (RJ 2005, 4132), en su Fundamento de Derecho Tercero: «La relación establecida carece de eficacia y no puede ser tenida en cuenta a los efectos de las reclamaciones de cantidad formuladas por el demandante, pues infringe la previsión de carácter imperativo del artículo 130 LSA». Lo mismo puede afirmarse de la STS 1ª de 22 de abril de 2007, en el Fundamento de Derecho Cuarto (RJ 2007, 2418): «admitir otra cosa sería tolerar la burla del mandato contenido en el artículo 130 LSA, mediante el rodeo propio del *fraus legis*».
6. JUSTE MENCÍA, J.: «La retribución de los consejeros» en AA VV: «*El gobierno de las sociedades cotizadas*», Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 511-512.

2.2. Asistencia financiera al personal de la empresa y doctrina del vínculo

La cuestión fáctica más conflictiva que suscitaba el caso objeto de esta sentencia consistía en calificar jurídicamente los acuerdos de la junta general ejecutados por los administradores demandados. La operación refleja un negocio jurídico complejo que se va formando sucesivamente: se entrega una cantidad mediante cheques para comprar unas acciones que la sociedad tiene previsto adquirir *ad hoc* de un grupo de socios y, una vez constituida la autocartera, se venden las acciones propias los administradores quienes las compran precisamente por la cantidad que figura en los cheques. La demanda calificaba la entrega de esa suma como una «retribución extraordinaria» y los demandados reconocieron que «se trató de premiar los servicios prestados a la sociedad durante años por los beneficiarios».

La Audiencia Provincial descartó la mera liberalidad como causa de la atribución patrimonial (FD Segundo: «en ningún momento el Tribunal de apelación ha dado por supuesto que lo que hizo Crimidesa, SA fue donar directamente sus acciones»), pero se niega también el carácter oneroso porque se consideró que los servicios prestados ya habían sido retribuidos (FD Sexto: «pese al término retribución elegido por los socios al adoptar el acuerdo ratificador, no se calificó como onerosa la atribución patrimonial. Esto es como contraprestación debida por la sociedad a cambio de los servicios prestados por quienes las recibieron en el sentido del artículo 1274 del Código Civil. Aquellos se habían prestado, pero ya habían sido retribuidos»). La conclusión de la Sala de instancia fue que la finalidad del acuerdo consistía en prestar asistencia financiera para la adquisición de acciones propias, con lo que se deduce que los beneficiarios de la atribución patrimonial deberían devolver la cantidad que utilizaron para pagar el precio de las acciones.

No alcanzamos a comprender bien el pronunciamiento de la sentencia de la audiencia provincial, que no hemos podido consultar. Entre los negocios típicamente onerosos o gratuitos existe también la *causa remuneratoria* que comprende aquellas atribuciones patrimoniales que no responden a una mera liberalidad ni son estrictamente debidas, pero encuentran su causa en la prestación de un servicio (v.gr. una propina o un pago complementario a un administrador que no estaba inicialmente previsto)⁷. La relación de hechos que refleja la sentencia muestra claramente que la finalidad económico-social perseguida por los socios con sus decisiones (la causa de los acuerdos) fue retribuir a sus administradores con la intención de «fidelizarlos» para el futuro. Se puede entender que la retribución consistió en la cantidad consignada en el cheque entregado para pagar a su vez el precio de la compraventa de las acciones o que consistió en la entrega de las acciones propias, pero no cabe duda de que se pretendía retribuir y esto no parece compatible con la idea de la asistencia financiera como reconoce la propia sentencia⁸. La identificación de una *causa remuneratoria* habría permitido considerar nulo el acuerdo de la junta general, por infracción del artículo 217.1 LSC, ya que los estatutos sólo preveían la retribución mediante dietas⁹.

El Tribunal de apelación partió de la base de que el acuerdo consistió en conceder asistencia financiera y lo calificó como ilícito porque el consejero delegado no podía considerarse «personal de la empresa» en el sentido del artículo 150.2 LSC.

El fundamento de esta excepción a la prohibición de asistencia financiera es favorecer la integración del factor trabajo en la titularidad del capital, en desarrollo del mandato del artículo 129.2 CE. Los laboristas distinguen normalmente el «personal de la empresa» del «personal laboral» y se ha dicho que a los efectos de aplicar esta normativa deben entenderse comprendidos todas las personas sujetas al poder de dirección empresarial, con independencia de que estén o no vinculados por un contrato estrictamente laboral (v.gr. está comprendido el personal vinculado a la empresa mediante un ETT o transportistas no laborales sometidos al poder de organización del

7. DE CASTRO Y BRAVO, F.: «El negocio jurídico», Ed. Civitas, Madrid, 1971, pp. 269-270.

8. PAZ-ARES, C./PERDICES HUETOS, A.: «Los negocios sobre las propias acciones», en AA VV: «Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles», dir. R. URÍA/A. MENÉNDEZ/M. OLIVENCIA, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 436 – 437. Aun así, las relaciones entre asistencia financiera y retribución mediante *stock options* es muy controvertida (cfr. MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P.: «Las opciones sobre acciones como sistema de retribución de administradores de sociedades anónimas cotizadas», Ed. La Ley, Madrid, 2009, pp. 549 y ss).

9. La STS 1ª de 28 de mayo de 1986 (Ar. 2829) resolvió el caso de una gratificación extraordinaria a modo de «galardón o recompensa pecuniaria de un servicio eventual» que distinguía del sueldo o retribución ordinarias que requieren constancia estatutaria (sin embargo, es retribución: cfr. TUSQUETS TRIAS DE BES, F.: «La remuneración de los administradores de las sociedades mercantiles de capital», Ed. Civitas, Madrid, 1998, pp. 125 – 126).

empresario)¹⁰. Los autores sostienen que, por regla general, los administradores que desarrollan funciones ejecutivas propias de la alta dirección no pueden acogerse a esta norma y algunos argumentan, como hace la sentencia comentada, sobre la base de la denominada «doctrina del vínculo»¹¹.

En nuestra opinión, los consejeros delegados no pueden considerarse vinculados con la sociedad mediante una relación concurrente laboral de alta dirección. El argumento que se ofrece para defender lo contrario es que el consejo puede dar instrucciones relativas a la gestión diaria delegada, pero no se aclara suficientemente si esas instrucciones son de obligado cumplimiento por el delegado, bajo sanción de responsabilidad y esto es algo esencial para poder hablar de una relación de dependencia o sujeción al poder de dirección del empresario *equivalente* a la del personal laboral de alta dirección. Cuando se afirma que los delegados están «subordinados» al consejo que continúa siendo el máximo «órgano de gobierno» de la sociedad, se quiere significar que la delegación no supone una transferencia completa de las funciones delegadas, sino que éstas permanecen en el consejo, que puede sustituir a los delegados en cualquier momento, adoptar acuerdos o dar instrucciones relativas a la materia delegada, revocar la delegación y designar un nuevo consejero delegado o recuperar las competencias para su gestión conjunta mediante acuerdos¹². Los consejeros delegados, precisamente por su estatuto orgánico, están obligados a perseguir, con diligencia y autonomía, el interés de la sociedad, deben negarse a ejecutar aquellas instrucciones en materia de gestión diaria que puedan considerar lesivas (arts. 225, 226 y 236.2 LSC) y además deben hacer todo lo que sea conveniente para evitar que un acuerdo del consejo de administración contrario a la diligencia debida en el desempeño del cargo cause un daño a la sociedad, incluido impugnarlo (art. 237 LSC). Los altos directivos están sometidos al poder sancionador del consejo si no obedecen una instrucción concreta, mientras que los consejeros delegados conservan su autonomía como administradores que son: la diferencia entre un consejero delegado (delegación orgánico-societaria) y un director general (apoderamiento alta dirección / laboral) está bien clara¹³.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que, si por «personal de la empresa» hay que entender aquellos sometidos al poder de dirección empresarial (como parece deducirse del artículo 129.2 CE), este concepto no comprende a quienes ejercen precisamente ese poder. Si en realidad de lo que se trata es de distinguir factor de producción y factor capital en términos económicos, podrían considerarse incluidos a quienes emplean su esfuerzo personal en la empresa con independencia de la naturaleza de la relación que les vincule desde un punto de vista jurídico. No obstante, es evidente que aquí hay más cuestiones implicadas que aconsejan un análisis en profundidad¹⁴.

2.3. Acuerdos unánimes y propios actos

La segunda cuestión de importancia que plantea este caso se refiere a la responsabilidad de los administradores por ejecutar acuerdos de la junta general, en materia de gestión, dañosos para la sociedad. El Tribunal apela a la posición autónoma de los administradores y afirma que el hecho

10. Cfr. PAZ ARES/PERDICES, ob.cit., p. 479 («trabajadores autónomos por capricho del legislador»).
11. Cfr. FLORES DOÑA, M.S.: «Adquisición de acciones financiada por la sociedad», 2ª Edición, Ed. Dijusa, Madrid, 2002, pp. 307 y ss.; BAYONA GIMÉNEZ, R.: «La prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias», Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 371 y ss.; TUSQUETS TRIAS DE BES, ob.cit., p. 287); PAZ-ARES/PERDICES, ob.cit., p. 480. CARRASCO, A./ERLAIZ, I./RENTERÍA, A.: «La adquisición con asistencia financiera», en AA VV: «Adquisiciones de empresas», dir. J. M. ÁLVAREZ ARJONA / A. CARRASCO PERERA, 3ª Edición, Ed. Aranzadi, Madrid, 2010, pp. 645-646; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, C.: «La asistencia financiera para la adquisición de acciones/participaciones propias», Ed. Comares, Granada, 2001, p. 339.
12. SÁNCHEZ CALERO, F.: «Los administradores en las sociedades de capital», 2ª Edición, Ed. Civitas, Madrid, 2007, p. 605.
13. Sobre la figura del Director General, cfr. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.: «Notas sobre el régimen jurídico del director general de la SA» en AA VV: «Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues», Volumen III, Madrid, 1971, pp. 115 y ss.
14. El Anteproyecto de Ley de Modificaciones Estructurales, que autorizaba la asistencia financiera sometida a ciertas condiciones, introducía un nuevo artículo 81 *bis* en la LSA, referido a la asistencia financiera a favor de «personas vinculadas». En realidad se trataba de una norma sobre buen gobierno, que no contenía especialidades respecto del régimen general: «1. En los casos en que un administrador de la sociedad o de la sociedad dominante, o la propia sociedad dominante, sean parte de una operación de asistencia financiera, la operación se realizará en las mejores condiciones posibles para el interés de la sociedad. 2. Las partes implicadas, tanto si actúan directamente como si lo hacen a través de persona interpuesta, se abstendrán de participar en la deliberación y votación en los órganos de administración y en la junta general de la sociedad que proporciona la asistencia financiera».

de que la concesión de la asistencia financiera ilícita hubiera sido acordada por los socios en junta general (y ratificada posteriormente), aunque sea mediante un acuerdo unánime, carece de eficacia exoneratoria. También afirma que no se puede oponer la excepción de contravención de los propios actos, pues los promotores de la acción social de responsabilidad no formaban parte de la sociedad en el momento en que se adoptó el acuerdo y por tanto éste no les vincula ni les afecta de ninguna manera.

El principio básico que debe guiar la interpretación y aplicación de las normas legales sobre esta cuestión es el siguiente: si hay deber de ejecución del acuerdo no puede haber responsabilidad. Se trata de una causa de justificación («cumplimiento de un deber») que ha de ser alegada y probada por los administradores y se refiere sólo a acuerdos válidamente adoptados (ni nulos ni anulables) por la junta general dentro de su competencia. En este tipo de litigios debe poder valorarse si la nulidad o anulabilidad del acuerdo era o no reconocible para los administradores en el momento de su ejecución, empleando la diligencia debida en el desempeño del cargo, porque de lo contrario puede concurrir un error de prohibición que opera como causa de justificación y elimina la antijuridicidad de la conducta. La existencia del deber de ejecutar los acuerdos presupone que los socios han sido debidamente informados de todas las circunstancias relevantes y que éstas no han variado desde que se adoptó el acuerdo hasta que llega el momento de ejecutarlo¹⁵.

En el caso de los acuerdos en materia de gestión se plantea la necesidad de coordinar las conclusiones sobre deber de ejecutar los acuerdos con la regulación sobre responsabilidad orgánica, que a su vez depende del sistema de atribución y ejercicio de las funciones y competencias en las sociedades de estructura corporativa, según el tipo social tomado en consideración. Se trata de un problema que no tiene una solución sencilla y que ha ocupado y preocupado a la doctrina científica y a los legisladores de todos los países.

La normativa legal sobre sociedades anónimas españolas no contempla la posibilidad de que la junta general imparta instrucciones (de obligado cumplimiento) a los administradores en materia de gestión, aunque no se descarta que una decisión pueda ser sometida a la aprobación de los socios (*ex ante*) o a su ratificación (*ex post*) en lo que se conoce como «acuerdos de descargo». La posición de la doctrina científica española respecto a la eficacia exoneratoria de este tipo de acuerdos no es unánime. Incluso para la sociedad de responsabilidad limitada, donde está prevista expresamente la posibilidad de dar instrucciones en «*asuntos concretos de gestión*», salvo disposición estatutaria en contra (art. 161 LSC) se afirma que, si bien los administradores no pueden sustituir el criterio empresarial de los socios por el suyo propio, deben negarse a ejecutar acuerdos de la junta general cuando se revelen manifiestamente imprudentes y con probable verosimilitud dañosos para los intereses sociales¹⁶.

Los administradores de las sociedades españolas de capital asumen las funciones de gestión

15. El trabajo fundamental sobre la materia es ESTEBAN VELASCO, G.: «Acuerdos de la junta general de socios de la sociedad limitada en asuntos de gestión y responsabilidad de los administradores», *RdS*, núm. 18, 2002, pp. 214 y ss. También, GARCÍA VIDAL, A.: «Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada», Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, *passim*.
16. ESTEBAN VELASCO, ob.cit., p. 227. Contra, PAZ-ARES, «*El enigma (...)*», p. 58, para el supuesto de instrucciones impartidas por unanimidad. Cfr. también PAZ-ARES, C.: «*Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el Consejo*», *Indret*, octubre, 2010, pp. 6-14, que sólo niega el deber de ejecución para acuerdos nulos o anulables conforme al art. 204 LSC. En ausencia de infracción de norma (legal o estatutaria) la decisión máxime determinaría el interés social y haría inatacable el acuerdo. En la doctrina alemana sobre AG la cuestión es conflictiva. Algunos afirman que existe un deber de impugnar los acuerdos de la Junta General que puedan causar un daño a la sociedad, que deriva del deber de diligencia en el desempeño del cargo, incluso en un sistema donde la propia Ley prevé la eficacia exoneratoria de los acuerdos lícitos de la junta general adoptados a instancias de los administradores causantes de daños al patrimonio social (cfr. FLEISCHER, H.: «Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandmitglieder», en AA VV: «*AktG*», dir. SPINDLER/STILZ, Tomo I, 2ª Edición, Ed. Beck, München, 2010, pp. 1141-1142 y FLEISCHER, H.: «Vorstandspflichten bei rechtswidrigen Hauptversammlungsbeschlüssen», *BB*, núm. 38, 2005, p. 2030; KRIEGER/SAILER-COCEANI: «§ 93» en AA VV: «*AktG*», dir. M.LUTTER/K.SCHMIDT, Ed. O. Schmidt, 2ª Edición, 2010, p. 1284). El administrador no puede quedar exonerado por ejecutar un acuerdo impugnado de la junta general si tenía el deber impugnarlo y no lo hizo (MERTENS, H.J.: § 93 en AA VV: «*Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*», 2ª Edición, 1988, p. 298 y 322.). También se afirma que el deber abstenerse de cualquier actuación que pueda considerarse manifiestamente dañina para la sociedad no se elimina por un acuerdo de la junta general (cfr. SPINDLER, G.: «§ 83. Vorbereitung un Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen», en AA VV: «*Münchener Kommentar AktG*», Tomo II, 3ª Edición, Ed. Beck, München, 2008, Rn. 21).

bajo su propia responsabilidad y conforme a un estándar tipificado de conducta y por eso responden sin perjuicio de que hayan actuado siguiendo instrucciones o mediante la autorización o posterior ratificación de los socios reunidos en junta general («en ningún caso exonerará de responsabilidad»). De este modo se trata de lograr una gestión diligente del patrimonio social, que debe permanecer afecto a la consecución del fin común y es la única garantía con la que cuentan los acreedores. El tenor tan contundente del apartado 2 del artículo 236 LSC es fruto de una concreta decisión de política legislativa que pretendía eliminar toda eficacia exoneratoria a los «acuerdos de descargo» o «quitus», utilizados a modo de blindaje preventivo por los administradores, pensando en que el órgano de los socios no es el más indicado para calibrar si una decisión de tipo empresarial puede resultar dañosa. Conforme a dicho planteamiento, no es preciso realizar una reducción teleológica del ámbito de aplicación de este precepto para salvaguardar las facultades de instrucción reservadas a la junta general en materia de gestión, pues se incluyeron en la regulación de la SL con conocimiento de su limitado alcance en materia de responsabilidad (art. 161 LSC)¹⁷.

Si se acepta lo anterior, el hecho de que el acto dañoso haya sido aprobado por los socios no debe incidir en materia de presupuestos (antijuridicidad de la conducta, deber de ejecución), sino en el plano del ejercicio de la acción social de responsabilidad¹⁸. La pretensión de indemnización de los daños causados por la ejecución de un acuerdo lícito (no nulo ni anulable) adoptado por todos los socios debe contestarse mediante una *exceptio doli* o doctrina sobre el ejercicio abusivo e ilegítimo de los derechos, incluso cuando la acción es promovida por la minoría legitimada de modo extraordinario (artículo 239 LSC). La argumentación que ofrece el tribunal (*obiter dicta*) de que los nuevos socios no se ven obligados por los actos propios de los socios transmitentes no resulta convincente. Los acuerdos de la junta general se imputan a la sociedad con efectos en la relación con los administradores y quienes adquieren la posición jurídica de socios de una sociedad se subrogan también en ese «acervo» de acuerdos vinculantes en la relación corporativa, lo que comprende la posibilidad de oponerles la mencionada excepción¹⁹.

En cualquier caso, para terminar con una referencia con el supuesto de hecho sometido al enjuiciamiento del Tribunal, resulta conveniente una precisión técnica sobre la cuestión de la antijuridicidad y el daño. La Sentencia de la Audiencia Provincial consideraba lícito el acuerdo y además consideró admisible «la abstracta posibilidad de que una atribución patrimonial del tipo de la enjuiciada pueda generar beneficios o ventajas para la financiadora». El Tribunal Supremo parte de que el acuerdo es ilegal y examina la cuestión desde el punto de vista del daño «no cabe negar sustantivi-

17. No obstante, hay que reconocer que esta es una cuestión discutible que requeriría un estudio exhaustivo. Sobre las implicaciones de política jurídica cfr. ESTEBAN VELASCO, ob.cit., p. 224 y p. 228. Y antes, ESTEBAN VELASCO, G.: «El poder de decisión en las sociedades anónimas», Ed. Civitas, Madrid, 1985, pp. 490 y ss. Un repaso a la doctrina científica alemana sobre sociedades de responsabilidad limitada, que tipológicamente reconoce competencias directas de los socios en materia de gestión, revela la complejidad de esta materia. Algunos autores entienden que los acuerdos *unánimes* de instrucciones o la aprobación *unánime* de los socios exonera a los administradores incluso respecto de acuerdos lesivos ilegales como la decisión de no pagar un impuesto (cfr. ULMER, P./HABERSACK/WINTER: «Gross Kommentar GmbHG», Tomo II, Ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 1091 y ss.). Otros consideran que la legalidad del acuerdo es un requisito esencial y distinguen entre acuerdos nulos y anulables (HAAS/ZIEMONS, ob.cit., p. 581; HAAS, U./WIGAND, M.: «Verzicht, Vergleich und sonstige Fälle der Haftungsbeschränkung», en AA VV: «Handbuch Managerhaftung», dir. KRIEGER/SCHNEIDER, 2ª Edición, Ed. O. Schmidt, Köln, 2010, p. 465). En todo caso parece que los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada alemana deben ejecutar los acuerdos lícitos de los socios aunque resulten dañosos, pero se marcan las distancias con la distinta configuración orgánica de la AG (cfr. SCHNEIDER, U.: «Organpflichten und Haftung in der GmbH/GmbH & Co. KG», en AA VV: «Handbuch Managerhaftung», dir. KRIEGER/SCHNEIDER, 2ª Edición, Ed. O. Schmidt, Köln, 2010, pp. 25 – 26).
18. SÁNCHEZ CALERO, ob.cit., p. 335 («La adopción del mismo por la propia junta ha de estimarse como un descargo de los administradores que elimina, al menos, la posibilidad de que sea la propia sociedad la que ejerza la acción de responsabilidad contra ellos. Los accionistas minoritarios o, en su caso, los acreedores podrán ejercitar la acción de responsabilidad si concurren las circunstancias previstas en el artículo 133 LSA»).
19. Lo expresado en el texto es una idea que admite la doctrina científica alemana mayoritaria, que lo suele asociar a la aplicación del § 254 BGB sobre compensación de culpas (cfr. FLECK, H. J.: «Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers», *GmbHHR*, 1974, p. 226; KONZEN, H.: «Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG», *NJW*, 1989, p. 2985); HASS, U./ZIEMONS, J.: «Haftung der Geschäftsführer», en AA VV: «GmbHG», dir. Michalski, Tomo II, 2ª Edición, Ed. Beck, München, 2010, p. 581. SUDHOFF, H.: «Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH», 12ª Edición, Ed. SCHMIDT, Köln, 1987, pp. 130-131 (la excepción persiste aunque cambien las personas de los socios, pues la excepción se imputa a la sociedad). En la doctrina italiana, cfr. SBISA, G.: «Patti parasociali e responsabilità degli amministratori», en *Contratto e Impresa*, 2, 1996, p. 455 («el cambio de los socios de control no influye sobre la exoneración de la responsabilidad de los administradores frente a la sociedad porque la deliberación asamblearia es acto de la sociedad»).

dad a la mera disminución patrimonial sin contraprestación sufrida por Crimidesa, SA, para distinguirla del hipotético conjunto de circunstancias que, en abstracto, podrían convertir en beneficio social lo que inicialmente constituía un perjuicio evidente».

La compensación de lucros y daños en el ámbito de la dogmática general sobre responsabilidad civil tiene que ver con el cálculo de la cuantía de la indemnización. Los autores que la admiten afirman que es preciso comparar la situación posterior al hecho dañoso y la que existiría sin haber ocurrido ese hecho y tener en cuenta, de oficio, a la hora de fijar la indemnización, no sólo los perjuicios sino también los beneficios objetivamente imputables al comportamiento antijurídico del supuesto responsable (v.gr. el valor de los escombros tras el incendio si lo tuvieran). Todos coinciden en afirmar que no se compensarán beneficios derivados de otro título (v.gr. imputables a caso fortuito, ventajas ofrecidas por terceros, indemnización derivada de un seguro, etc.)²⁰.

El «hipotético conjunto de circunstancias» que «en abstracto» pueden llevar a que se considere una «ventaja» la «fidelización» de los administradores implicados no podrían tomarse en consideración para aplicar valorar el daño indemnizable, según esa doctrina. Esas ventajas, si resultan de algún modo justificadas, deben tenerse en cuenta para valorar si la decisión de la junta general ejecutada por los administradores entra dentro de los límites del denominado margen de discrecionalidad empresarial o hay que calificarla como absolutamente irracional. El Tribunal valoró desde la perspectiva del daño indemnizable lo que, a nuestro entender, pertenecía al juicio de antijuridicidad de la conducta de los administradores que ejecutaron el acuerdo.

20. Cfr. SANTOS BRIZ, J.: «*La responsabilidad civil*», I, 7ª Edición, Ed. Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 275 y ss.; Díez-PICAZO, L.: «*Derecho de Daños*», Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 319 y ss.