

1.5. Obligaciones

Comentario del recorrido jurisprudencial del caso Orcel: daño emergente y lucro cesante en la indemnización de daños contractuales

Commentary on the judicial path of the Orcel case: consequential damages and loss of profits in the compensation of contractual damages

por

JULIO ESPLUGUES GARCÍA

Personal Investigador en Formación

Universidades de Bolonia y Valencia

Becario del Real Colegio de España en Bolonia

RESUMEN: La indemnización de daños patrimoniales tras el incumplimiento de contrato siempre ha contrapuesto las categorías de daño emergente y lucro cesante, de modo que cada daño debía englobarse en una de estas categorías para poder ser indemnizado. En este artículo se analiza brevemente si esto es necesario y para ello se emplea un caso de gran relevancia mediática.

ABSTRACT: *The compensation of pecuniary damages after breach of contract has always opposed the categories of *damnum emergens* and *lucrum cessans*, so that each loss had to be included in one of these categories in order to be compensated. This article briefly analyzes whether this is necessary, using a case of great media relevance.*

PALABRAS CLAVE: Incumplimiento de contrato, Indemnización, Daño emergente, Lucro cesante, Deber de mitigar.

KEYWORDS: *Breach of contract, Damages, *Damnum emergens*, *Lucrum cessans*, Duty of mitigation.*

SUMARIO: I. UN APUNTE INICIAL.—II. UN RESUMEN DE LOS HECHOS.—III. LAS POSICIONES DE LAS PARTES.—IV. UNA PRIMERA DECISIÓN JUDICIAL—V. UNA SEGUNDA DECISIÓN JUDICIAL.—VI. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL NOMBRAMIENTO COMO CONSEJERO Y SU DESTITUCIÓN.—VII. UN (NO TAN CLARO) PRECEDENTE DEL CASO ORCEL.—VII. LAS DIVERSAS PARTI-

DAS INDEMNIZATORIAS: UN BREVE COMENTARIO: 1. CLÁSULAS DE INCORPORACIÓN. 2. COBRO DEL SALARIO PESE A NO HABER TRABAJADO: MOTIVOS PARA SU CONCESIÓN COMO DAÑO. 3. BREVE ANÁLISIS SOBRE LA TRASCENDENCIA (O NO) DE LA CALIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL PARA SU INDEMNIZACIÓN. 4. DAÑO MORAL—VIII. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE SENTENCIAS.—BIBLIOGRAFÍA.

I. UN APUNTE INICIAL

En la concepción tradicional de la indemnización de daños por incumplimiento contractual, se ha distinguido entre daño emergente y lucro cesante a la hora de determinar la categoría a la que pertenece el daño e indemnizarlo. De este modo, la contraposición de las categorías resulta de gran relevancia, en tanto que cada una de las pérdidas debe ser calificada como daño emergente o lucro cesante a la hora de determinar su indemnizabilidad y, en ocasiones, el nivel de prueba que debe seguirse.

El propósito de este artículo es analizar cuál es la importancia de esta distinción a través del análisis de un caso judicial de gran relevancia mediática: el denominado caso Orcel¹. En él se analizan las consecuencias del desistimiento que realizó el Banco Santander respecto a la contratación del que iba a ser su consejero delegado. Este caso, nos permite observar en la práctica judicial cuál es la trascendencia de la calificación de un daño como lucro cesante o daño emergente al contener diversas partidas indemnizatorias por daños patrimoniales de naturaleza diversa.

En septiembre de 2018, el Banco Santander había comunicado públicamente el nombramiento de una nueva persona como consejero delegado². Así, quedaba claro que existía un relevo para quien hasta entonces desempeñaba esta función, puesto que iba a ocupar la posición de Presidente del Banco Santander España³. Sin embargo, en enero de 2019, el Consejo de Administración de la entidad decidió dejar sin efecto el nombramiento realizado en septiembre. La razón que se adujo para la marcha atrás de la entidad financiera fue el elevado coste que tenía para ella la contratación del nuevo consejero delegado y que, supuestamente, habían conocido con posterioridad⁴.

Desde el punto de vista jurídico, el caso plantea ciertas cuestiones de gran interés como son si se había llegado a contratar al nuevo consejero delegado, si se puede desistir de un nombramiento anunciado y, en su caso quién es el órgano competente, o cuáles son las consecuencias de hacerlo.

En la actualidad, han recaído, hasta donde conocemos, dos sentencias sobre este asunto —Instancia y Apelación— y un auto de aclaración de sentencia.

II. UN RESUMEN DE LOS HECHOS

La comprensión de este caso requiere la explicación de los hechos que constan acreditados por las sentencias, aunque no sean sencillos debido a la multitud de detalles que no se proporcionan o que no han quedado acreditados.

En primer lugar, en el año 2018, el Banco Santander necesitaba un nuevo consejero delegado, ya que la persona que ocupaba el cargo en ese momento iba a convertirse en el Presidente del Banco Santander España. Esto se debía a que el hasta entonces Presidente había manifestado el 25 de junio de 2018 su intención de retirarse⁵.

Por ello, se puso a la búsqueda de un nuevo consejero delegado y contactó con quien consideraba que era un buen candidato. Hasta ese momento, esta persona ocupaba el puesto de Director de Inversiones y era miembro del Comité Ejecutivo de UBS, un grupo bancario internacional con sede en Suiza. UBS era una entidad con la que el Banco Santander trabajaba de manera frecuente y, especialmente, con quien iba a incorporarse a la entidad financiera española.

En 2017 —último año en el que trabajó toda la anualidad para esta entidad—, recibió una remuneración de 12.000.000 CHF. De este salario, 4.000.000 CHF eran fijos y el resto dependían, principalmente, de la consecución de objetivos. A su vez, la parte variable se pagaba en ese ejercicio o de forma diferida.

En el contrato que tenía este directivo de UBS con la entidad que le empleaba se establecía que, para abandonarla, debía preavisar con seis meses de antelación y pasar por un período de seis meses de *gardening leave*, un tiempo en el que ya no trabajaría para la entidad, pero seguiría cobrando de ella su salario. No queda claro en las sentencias si la parte diferida de la retribución variable que correspondería cobrar en este tiempo, se pagaba o no, aunque el Banco Santander sosténía que sí la recibió⁶.

Posteriormente, y antes de la celebración del contrato entre la entidad financiera y el consejero delegado a incorporar se llevó, a cabo una negociación entre tres partes: la Presidenta del Banco Santander, UBS —el empleador hasta ese momento— y el directivo que cambiaba de entidad. De este modo, el 10 de septiembre de 2018, la Presidenta del Banco Santander conoció que la persona que deseaba incorporar como consejero delegado tenía pendiente de cobrar una remuneración de UBS y que no lo haría si abandonaba UBS para irse al Banco Santander. Además, el 18 de septiembre de 2018, el Presidente de UBS comunicó a la entidad financiera que la marcha voluntaria de uno de sus directivos implicaría la pérdida de la remuneración que se recibiría de manera diferida, según lo establecido en el contrato que existía con UBS. Es decir, UBS mostró su negativa a modificar lo pactado y otorgarle una parte de la remuneración aplazada.

Después de conocer el Banco Santander que la persona a la que deseaban incorporar perdería la remuneración diferida por UBS si abandonaba esta entidad, incluyeron ambos una cláusula en el contrato que posteriormente, celebraron por la que la entidad financiera española se comprometía a mantenerle indemnidad con un límite de 35 millones de euros. Dicho de otro modo, ante la posible pérdida de la retribución diferida a recibir de UBS por el abandono de la entidad helvética, el Banco Santander garantizaba que el nuevo directivo recibiría dicha remuneración diferida, puesto que la entidad española sería la encargada de abonarla. En las sentencias no se explica ni la cuantía a cobrar de UBS por parte del nuevo directivo en la entidad española ni la forma de cálculo o abono. Por ello, desconocemos si la cantidad a recibir de UBS era mayor de 35 millones de euros, si su cuantía podía variar con referencia a algún índice o cuándo se cobraría.

Asimismo, el directivo que iba a incorporarse a la entidad española se comprometía a negociar con UBS un posible cobro de la retribución diferida que le permitiera al Banco Santander abonar una cuantía menor.

UBS había comunicado el 23 de septiembre de 2018 —dos días antes de esta reunión— a la Presidenta del Banco Santander que no iba a abonar ninguna cuantía de la retribución diferida al directivo que cambiaba de entidad y el 24 de septiembre se lo manifestaron también a él. Esto suponía que se aprobara el nombramiento con el conocimiento de que debería hacerse frente a la indemnización pactada de hasta 35 millones de euros.

El 24 de septiembre de 2018, la Presidenta del Banco Santander conoció que ni el Banco Central Europeo se oponían al nombramiento del nuevo consejero delegado del banco ni el Banco de España se mostraba en contra y lo comunicó a la Comisión de Nombramientos de la entidad junto con la existencia del *gardening leave*. Además, la persona a incorporar y el Banco Santander celebraron un contrato denominado «carta-oferta» en el que se establecía que él sería el consejero delegado de la entidad financiera y pactaron la remuneración a recibir. Este contrato fue firmado por el Secretario del Consejo de Administración del Banco Santander y necesitaba ser aprobado por el Consejo de Administración de la entidad previa recomendación de la Comisión de Remuneraciones del Consejo de Administración. Asimismo, el directivo que cambiaba de entidad dimitió de su puesto en UBS.

El 25 de septiembre de 2018, el Consejo de Administración del Banco Santander se reunió y nombró por cooptación al nuevo consejero delegado de la entidad. La fecha de inicio de su labor como consejero se pactó que fuera la última de estas tres: 1 de enero de 2019, aprobación del nombramiento por parte del Banco Central Europeo o el final del *gardening leave*.

Las condiciones del nombramiento eran las siguientes: un bonus de incorporación de 17 millones de euros; una compensación de hasta 35 millones de euros por la pérdida de la retribución aplazada de UBS y un salario de 10 millones de euros al año en su total. No consta que se pactara una indemnización por cese en el puesto.

El bonus de 17 millones de euros se devengaba por el simple nombramiento como consejero delegado de la entidad y solo debería reintegrarse si el Banco Central Europeo⁷ o la junta general de accionistas de la entidad rechazaran el nombramiento o si el nuevo directivo abandonara voluntariamente la entidad. En este último caso, la devolución sería proporcional, pero no se indicaba respecto a qué. La finalidad del bonus de incorporación y de la compensación de hasta 35 millones de euros era compensar al nuevo consejero delegado por la pérdida de la retribución diferida de UBS.

El salario anual se dividía en cuatro partidas: 2,9 millones de euros de salario base —fijo—, 5,35 millones de euros como retribución variable, 0,829 millones de euros como aportación al plan de pensiones —no se menciona si es fija o variable esta partida— y 0,921 millones de euros en concepto de otros beneficios —tampoco se conoce si es una partida fija o variable—.

El contrato con la entidad tenía una duración de 3 años, aunque para la fijación del salario se tomaban cinco como referencia. En este punto, no se precisa en las sentencias si el periodo se refería a que era fijo el máximo global a recibir

durante este tiempo, a si el tiempo para el cálculo del variable eran cinco años o a qué ocurriría de renovarse el contrato antes de que transcurrieran esos cinco años.

Después de la aprobación en el Consejo de Administración del Banco Santander, la Presidenta de la entidad publicó un mensaje en Twitter el 25 de septiembre de 2018 en el que comunicó la incorporación del nuevo consejero delegado. Además, en una entrevista el 2 de octubre de 2018, sostuvo que la nueva incorporación sería el próximo consejero delegado de la entidad y el 2 de noviembre de 2018⁸, grabaron ella y el nuevo administrador un vídeo de 26 segundos en el que reiteraron la incorporación del nuevo consejero delegado.

El 19 de noviembre de 2018, UBS comunicó al directivo que cambiaba de entidad que estaba en nómina hasta el 31 de marzo de 2019, pero que a partir del 31 de octubre de 2018 dejaba de trabajar. El contrato se extinguiría el día 31 de marzo de 2019, momento a partir del que podría incorporarse a trabajar dónde desee. Es decir, ejecutó el período de *gardening leave*. Resulta sorprendente que le comunicaran el fin de sus funciones pasado el momento en el que había dejado de realizarlas.

El 7 de enero de 2019, el que iba a ser el nuevo consejero delegado se reunió con la Presidenta del Banco Santander. Él pensaba que iba a debatir con ella ciertos puntos presentados sobre la estrategia a seguir por la entidad tras su incorporación. Sin embargo, la Presidenta del Banco Santander le comunicó que ya no quería contar con él.

El 15 de enero de 2019, el Consejo de Administración del Banco Santander dejó sin efecto el nombramiento del nuevo consejero delegado de la entidad. Basó esta decisión en un elevado coste de realizar el fichaje⁹. La junta general de accionistas que debía ratificar el nombramiento estaba prevista para abril de 2019.

Finalmente, el 15 de abril de 2021, el que iba a ser consejero delegado del Banco Santander se incorpora a la entidad financiera Unicredit como consejero delegado.

III. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

Ante la negativa del Banco Santander a incorporar al nuevo consejero delegado y la pérdida de su puesto de trabajo anterior, la persona que iba a ocupar este puesto decidió demandar el a la entidad financiera y solicitó una indemnización por lo dejado de obtener. No queda claro en las sentencias si también pidió que se condenara al cumplimiento de contrato, esto es, a la provisión del puesto pactado como consejero delegado del Banco Santander. Respecto a la indemnización solicitó que se le abonaran los 17 millones de euros del bonus de incorporación, los 35 millones de euros por la pérdida de la retribución diferida de UBS, el salario correspondiente a la «retribución objetivo anual» en el contrato durante su periodo de vigencia — tampoco se entiende si se toma como referencia un periodo de tres o cinco años — y 10 millones de euros en concepto de daño moral. Posteriormente, modificó el suplico y lo redujo a dos años de salario — el tiempo entre el fin del contrato en UBS y su incorporación a Unicredit —. Subsidiariamente, solicitó el abono del bonus de incorporación y el daño moral.

El Banco Santander contestó y alegó que no existía contrato alguno sino una mera oferta que no resultaba vinculante. Además, sostuvo que las partidas relativas al bonus de incorporación y la compensación por la retribución diferida de hasta 35 millones de euros no eran válidas, puesto que requerían la aprobación por parte de la junta general de accionistas. Esto último no queda claro si lo alegaba en la contestación, pero sí lo hizo al interponer el recurso de apelación. Por todo ello, solicitó que la demanda fuera desestimada íntegramente.

Resulta extremadamente curioso observar cómo actuaron ambas partes. Por un lado, el que iba a ser consejero delegado exigió como pretensión principal una compensación por su interés de cumplimiento. Subsidiariamente, pidió que se le repararan ciertas partidas de este interés, pero no que se le indemnizara por el interés de confianza. No parece que solicitara que se le indemnizara por el daño con base en la doctrina de la *culpa in contrahendo*, es decir, su pretensión no se basaba en la ruptura injustificada de tratos preliminares — que sí podría fundamentar una indemnización — sino en la existencia de un contrato ya celebrado y que había sido incumplido.

De este modo, si se considerara por el juzgador que la estimación de la pretensión no procede por no haberse llegado a celebrar el contrato, pero sí una indemnización por *culpa in contrahendo* no podría otorgarla al suponer esto una vulneración del principio de congruencia de las sentencias. Esto se debe a que la causa de pedir de la pretensión no era la indemnización por *culpa in contrahendo* sino por incumplimiento de contrato¹⁰.

Por otro lado, el Banco Santander jugaba a todo o nada. Es decir, si sus alegaciones eran atendidas, no indemnizaría nada al no existir incumplimiento alguno que diera lugar a la indemnización. Pero de no serlo, si se declarara que había existido un contrato que no ha sido cumplido sí debería indemnizar los daños derivados de este cumplimiento. La única objeción que puso a la indemnizabilidad del daño era la jurídica, al considerar que debía haber sido aprobada la concesión de esa partida contractual en la junta general de accionistas y no por el Consejo de Administración. En ningún momento negó que existiera el daño o que no fuera indemnizable con base en otros motivos.

IV. UNA PRIMERA DECISIÓN JUDICIAL

La sentencia de Primera Instancia de 9 de diciembre de 2021¹¹ consideró que estábamos ante un contrato de consejero delegado ya celebrado.

El juzgador consideró que la promoción del nombramiento, la aceptación de este por parte del Consejo de Administración, la renuncia de la entidad al contrato antes de la celebración de la junta general de accionistas, el conocimiento de la aceptación informal por parte del Banco Central Europeo y del Banco de España del nombramiento y el conocer la existencia del plazo de no competencia eran hechos suficientes para considerar la existencia y validez del contrato¹². Además, dio por acreditado que la entidad sabía el riesgo en el que incurría de tener que abonar hasta 35 millones de euros en compensación de la pérdida de la retribución diferida¹³.

Todo ello hizo que estimara íntegramente la demanda planteada por el que iba a ser consejero delegado del Banco Santander y condenara a la entidad al abono de 17 millones de euros por el bonus de incorporación, 35 millones de euros por la pérdida de la retribución aplazada de UBS, 5,8 millones de euros por el salario no recibido durante dos años y 10 millones de euros en concepto de daño moral por el sufrimiento psicológico y la pérdida de imagen del directivo en el sector.

No se justificó la concesión de cada partida más allá de enunciar que son indemnizables esos daños, pero no explica la sentencia los motivos que le llevan a ello.

Posteriormente, se dictó auto de aclaración de sentencia el 13 de enero de 2022 y se modificó el fallo en el sentido de cambiar la concesión de la indemnización hasta 35 millones de euros por la pérdida de la retribución diferida y dejarla en 18.623.489,12€¹⁴. No está publicada esta resolución y, por tanto, desconocemos qué elementos se han tenido en consideración para modificar la cuantía, aunque en la sentencia de apelación se indica que se debe a la recepción de cantidades de dinero por el concepto de incentivos a largo plazo. Es decir, parece que al no incorporarse al Banco Santander sí recibe la retribución diferida.

V. UNA SEGUNDA DECISIÓN JUDICIAL

El Banco Santander recurrió en apelación y reiteró que no estábamos ante un contrato sino ante meros tratos preliminares. Además, sostuvo que tanto la aprobación del bonus de 17 millones de euros como de la garantía de hasta 35 millones de euros correspondían a la junta general de accionistas y no al Consejo de Administración de conformidad con la legislación societaria. Finalmente, sostuvo que al no incorporarse el que iba a ser consejero delegado a la entidad pudo recibir la remuneración aplazada y que lo que todavía le quedaba por cobrar es por haber aceptado el puesto en Unicredit.

La Audiencia Provincial de Madrid, en su sentencia de 20 de enero de 2023¹⁵, consideró que estábamos ante un contrato válido y celebrado por las partes y que la necesidad de aprobación en la junta general de accionistas no impedía su eficacia. Además, sostuvo que se trataba de un contrato sujeto a plazo, pero que ello no obstaba para ser válido. Justificó la decisión en la existencia de un precontrato al que consideró eficaz y válido¹⁶, pero al que otorgó la misma eficacia que a un contrato¹⁷. Esta calificación la basó en el hecho de que la incorporación a la entidad no era hasta marzo de 2019 y, por tanto, habrían existido diversas fases en la celebración del contrato. De este modo, tras la negociación empezaría la fase precontractual hasta que el que iba a ser consejero delegado empezara a trabajar en el Banco Santander. Sin embargo, consideramos que esto carece de sentido puesto que da a entender que los contratos sometidos a plazo no son contratos sino precontratos hasta la llegada del término.

Respecto a las partidas indemnizatorias, mantuvo las otorgadas por el juzgador de instancia, pero modificó la cuantía del daño moral.

En cuanto al bonus de incorporación, consideró que debía abonarse en tanto que se devengaba con la celebración del contrato y fue el obligado a su abono el

que impidió que pudiera ser aprobado el nombramiento, pues la destitución se produjo antes de la celebración de la junta general de accionistas.

La compensación por la pérdida de la retribución aplazada de UBS tenía, según la Audiencia Provincial, doble finalidad. Así, servía para compensar la pérdida del salario aplazado y, por otro lado, para mostrar la posibilidad de desarrollo en el Banco Santander¹⁸.

La Audiencia Provincial consideró que el salario a abonar era indemnizable, como entendió el Tribunal Supremo respecto a un caso similar¹⁹. En ese supuesto se consideró que formaba parte del interés de indemnidad, por lo que se calculó con base en el salario dejado de percibir en el anterior empleo. Sin embargo, en este caso, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que debía tomarse como referencia el salario base del nuevo puesto al ser menor que el anterior en un 18%²⁰, pero no explicó los motivos que le llevaron a otorgar la indemnización por el salario nuevo y no por el anterior como hizo el Tribunal Supremo en el caso que se cita en la sentencia. Es decir, indemnizó el interés de cumplimiento del que iba a ser consejero delegado del Banco Santander sin explicar el porqué. De todos modos, tampoco podría haber condenado a abonar el salario anterior al no haber sido solicitado.

Finalmente, rebajó la indemnización del daño moral al considerar que el perjuicio sufrido por la trascendencia del asunto y la afectación a su situación no era valorable en 10 millones de euros sino en dos. Para ello, afirmó que la gravedad de la situación en la que se encontró el demandante no fue tan grave como él la describe, sino que la afección consistió en la publicación de noticias en prensa, la situación de desempleo o la alteración de la vida familiar²¹. Además, consideró que no era adecuada una indemnización de 10 millones de euros, puesto que recibió cuantiosas cantidades económicas por el incumplimiento²².

VI. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL NOMBRAMIENTO COMO CONSEJERO Y SU DESTITUCIÓN

En el caso reseñado observamos como el nombramiento del nuevo consejero no es realizado por la junta general de accionistas sino el Consejo de Administración.

Esta forma de realizar el nombramiento de los consejeros está prevista en la Ley de Sociedades de Capital — Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital — para cubrir los puestos vacantes del Consejo de Administración²³. Especialmente relevante resulta para las sociedades cotizadas, puesto que no pueden ser nombrados consejeros suplentes²⁴. Así, ante una vacante anticipada, son los miembros del Consejo de Administración los que deciden quién ocupa el puesto vacante y, posteriormente, lo someten a la aprobación de los accionistas en junta general de accionistas. Es, por tanto, una modalidad para cubrir los puestos vacantes y produce efectos desde que el nuevo consejero acepta el puesto²⁵. Ello no impide que pueda ser sometido a plazo o condición el nombramiento, de tal manera que una vez transcurrido el plazo fijado o verificada la condición suspensiva el nombramiento sea eficaz, como ocurre en el caso comentado.

Por todo ello, no cabe entender como afirma el Banco Santander que no existe nombramiento alguno, puesto que el nombramiento por cooptación es tan válido y eficaz como el realizado por la junta general de accionistas y no impide que las consecuencias de este nombramiento se pongan de manifiesto una vez transcurrido el plazo fijado o verificada la condición suspensiva. Por tanto, estamos ante un nombramiento de consejero correctamente realizado.

La posterior aprobación por parte de la junta general de accionistas, no es una condición ni de validez ni de eficacia del nombramiento, puesto que la provisión de la vacante se produce antes de la aprobación. Es decir, se es consejero desde que se acepta el puesto y no desde que se produce la aprobación por la junta general de accionistas²⁶. Es más, la votación sobre la persona del consejero constituye un nuevo nombramiento (VICENT CHULIÁ, 2022, 1248-1249), no una exigencia que dote de eficacia al nombramiento por cooptación.

Una de las cuestiones que no se trata en las sentencias y que resulta de gran relevancia es quién tiene la facultad de destituir al consejero en este caso. Podría pensarse que, al no haber todavía acuerdo de nombramiento por la junta general de accionistas, es el propio Consejo de Administración quien tiene dicha facultad. Sin embargo, nada se contiene en la legislación societaria acerca de la posibilidad del Consejo de Administración de dejar sin efecto el nombramiento por él realizado. Es más, la Ley de Sociedades de Capital establece que será la junta general de accionistas la que acordará el cese²⁷. Esta facultad de la junta general de accionistas es un elemento esencial para la configuración de las sociedades de capital y se considera una cláusula de orden público (ALFARO ÁGUILA-REAL, 2018) (VICENT CHULIÁ, 2022, 1178).

Por tanto, el Consejo de Administración del Banco Santander ejercitó una facultad que no tenía atribuida — destituir consejeros —. Ello supone, por tanto, que no pueda dejarse sin efecto el nombramiento por parte del Consejo de Administración de la entidad, pues es facultad propia de la junta general de accionistas.

VII. UN (NO TAN CLARO) PRECEDENTE DEL CASO ORCEL

El caso Orcel es el segundo caso de nombramiento frustrado de Consejero Delegado de una gran entidad española que se ha juzgado en los últimos años.

El primero de ellos terminó su controversia mediante la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2021²⁸. Se trata de un caso que en un principio parece compartir muchos elementos con el caso Orcel, por lo que la resolución debería ser similar. Sin embargo, encontramos que existen algunas diferencias que son convenientes resaltar con el fin de aplicar de manera incorrecta el criterio expresado por nuestro Alto Tribunal.

Así, en el caso resuelto por el Tribunal Supremo, se trata del nombramiento frustrado del consejero delegado en una filial de Fomento de Construcciones y Contratas. Esta sociedad contactó con un directivo de Holcim, una sociedad suiza, para proveer el puesto de consejero delegado de Cementos Portland Valderribas, una filial que controlaba. Sin embargo, antes de la reunión del Consejo de Administración de la filial — órgano competente para realizar el nombramiento — Cementos Portland Valderribas realizó una ampliación de capital. Por ello, se modi-

ficó la composición del órgano de administración y con la nueva composición no se alcanzaba la mayoría necesaria para realizar el nombramiento²⁹. Esto provocó que la persona propuesta por Fomento de Construcciones y Contratas no ocupara el puesto de consejero delegado. Sin embargo, este ejecutivo ya había abandonado su puesto en la empresa suiza, por lo que pasó a estar en situación de desempleo.

En este punto, nunca llegó a existir un nombramiento del consejero delegado, a diferencia de lo que ocurre en el caso Orcel, en el que el Consejo de Administración sí acordó el nombramiento.

Esta diferencia, que es fácil pasar por alto, tiene una implicación muy clara. En el caso resuelto por el Tribunal Supremo, la indemnización se calcula para proteger el interés de confianza del directivo con el nombramiento frustrado al considerarse que estamos ante una frustración de la expectativa de ser nombrado. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró en ese caso que estaba ante un pre-contrato para el solo faltaba colaborar para establecer el contrato definitivo, por lo que obliga a indemnizar como si no se hubiera celebrado nunca el contrato, en vez de otorgar una indemnización por el interés de cumplimiento³⁰.

En contraste, en el caso Orcel el nombramiento ya se había producido y solo faltaba el transcurso del plazo del *gardening leave*, por lo que hubo un verdadero desistimiento de contrato. Este desistimiento no es sino un supuesto de repudación anticipada del contrato, de manera que el deudor manifiesta antes de que llegue el plazo fijado que no lo cumplirá³¹.

VIII. LAS DIVERSAS PARTIDAS INDEMNIZATORIAS: UN BREVE COMENTARIO

1. CLÁUSULAS DE INCORPORACIÓN

Las dos primeras partidas indemnizatorias que están presentes en la sentencia son las relativas a las cláusulas de incorporación, concretamente, al bonus de incorporación de 17 millones de euros y la compensación por pérdida de la retribución diferida de UBS con el límite de 35 millones de euros. Estas dos partidas, aunque no quede claro en las sentencias, tienen, en principio, un carácter reintegrador de aquello que deja de obtener de la antigua entidad. Así, su finalidad sería favorecer la incorporación y dejar indemne al que iba a ser consejero delegado del Banco Santander por el abandono del puesto en UBS.

Esto se ve claramente respecto a la compensación por pérdida de la retribución diferida de UBS, en tanto que liquida lo que se deja de percibir por el cambio de entidad. En cambio, respecto al bono de incorporación parece que no lo es al ser una cantidad que se devenga por el simple hecho de cambiar de entidad y no parece guardar relación con elementos anteriores. Sin embargo, en las sentencias se indica que para su cálculo se tuvo en cuenta el menor salario a percibir en el Banco Santander, la pérdida de retribución variable por abandonar UBS y sufrir un régimen fiscal más gravoso por el cambio de entidad³². Por ello, entendemos que tiene una doble finalidad: liquidadora del interés de indemnidad e impulsora del cambio de entidad.

Por tanto, se trata de partidas que liquidan el perjuicio que él sufre por el cambio y pueden calificarse de liquidación del interés de indemnidad del nuevo administrador.

El bonus de incorporación es una cantidad que se devenga a favor del que iba a desempeñar el puesto de consejero delegado por la aceptación de esta posición en el Banco Santander y tiene una doble finalidad: favorecer el cambio de entidad financiera en la que se trabaja y garantizar que permanece en ella. Para ello, esta cantidad se otorga en el momento de aceptación del cargo y se reintegra si el Banco Central Europeo o la junta general de accionistas rechazan el nombramiento como consejero delegado o si él abandona la entidad, aunque solo en este caso la devolución es proporcional, aunque no sepamos respecto a qué.

Uno de los principales problemas que presenta la concesión de la indemnización de esta partida es la de si el daño es cierto. Dicho de otro modo, no procederá la indemnización si no puede probarse que el daño existe y para ello debemos tener en cuenta el hecho de que la junta general de accionistas tenía la facultad de rechazar el nombramiento del nuevo consejero delegado.

El Banco Santander cuestiona la validez de estas cláusulas al sostener que es la junta general de accionistas la que debe aprobarlas³³ en tanto que sobrepasaban la remuneración máxima autorizada por la junta general de accionistas (VICENT CHULIÁ, 2022, 1198). Sin embargo, es cuestionable hasta qué punto esto es compatible con el nombramiento por cooptación en tanto que existe una diferencia temporal entre la fecha del nombramiento y la junta general de accionistas. Dicho de otro modo, si para realizar el nombramiento por cooptación uno se encuentra con un límite tal que no permite negociar las condiciones, esta figura pierde su función.

De todos modos, esta posibilidad no es relevante para el caso, puesto que es el Consejo de Administración del Banco Santander el que impide que la junta general de accionistas acepte el nombramiento. Se trata, por tanto, de sujetar la devolución de la cantidad a una votación futura y cuyo resultado es desconocido de antemano. Por tanto, estamos ante un supuesto de obligación sujeta a condición, puesto que la devolución de la cantidad depende de un suceso futuro e incierto — la votación en la junta general de accionistas —. Es la dependencia respecto al suceso futuro e incierto el que dota claramente este supuesto del carácter condicional (CARRASCO PERERA, 2013a, 8158) (CLEMENTE MEORO, 2016a). No se conoce si este órgano hubiera aprobado el nombramiento del nuevo consejero delegado, sino que debía realizarse para poder conocer el resultado.

De este modo, debemos dar por ocurrida la aceptación de la junta general de accionistas³⁴. De lo contrario, se beneficiaría la entidad financiera por haber incumplido el contrato y por impedir que se pueda verificar la condición.

La cláusula de compensación por la pérdida de los incentivos es la que mayor entidad económica presenta en el contrato al tener un alcance máximo de 35 millones de euros. Esto significa que, en caso de cumplimiento del contrato, el máximo que se indemnizaría sería de 35 millones de euros, independientemente de si la pérdida que sufre el directivo por el cambio de entidad fuera mayor.

La finalidad de la cláusula es doble: garantizar al directivo que no se verá perjudicado por el cambio de entidad hasta un máximo y crearle una vinculación con el Banco Santander — esto último según las sentencias —.

Respecto a la garantía de indemnidad se aprecia su carácter en el hecho de que se le abona lo que pierde de manera directa. Otra forma de garantizarlo sería fijar un coste de desistimiento tal que le permitiera recibir aquella parte de la que se ha visto privada por el cambio de entidad. Así, aunque fuera cesado, mantendrá

dría su estatus. Sin embargo, al no pactar ninguna cláusula por cese, sería gratuito realizarlo al ser un puesto del que, conforme la legislación societaria³⁵, puede haber cese en cualquier momento y sin alegar causa³⁶.

Como hemos mencionado, tanto el bonus de incorporación como la cláusula de liquidación de la situación anterior tienen finalidad liquidadora del interés de indemnidad del que iba a ser nuevo consejero delegado del Banco Santander³⁷. Este tipo de daño se repara si la indemnización se calculara tanto por el interés de cumplimiento — como ocurre en las sentencias — como por el interés de confianza — supuesto de la STS de 23 de diciembre de 2021³⁸ —³⁹ (CARRASCO PERERA, 2022, Cap. 23, §23.).

En el caso de que se condenara a indemnizar por ruptura de tratos preliminares⁴⁰ — supuesto de *culpa in contrahendo* —, consideramos que esta cláusula sería de aplicación. No tiene sentido que, al negar la existencia del contrato por no haberse celebrado, se pierda una limitación de la responsabilidad que sí ha sido acordada y que no es cuestionada⁴¹. Dicho de otro modo, dado que acordaron un límite a la indemnización por el interés de indemnidad, entendemos que debe aplicarse, aunque se declare la inexistencia del contrato y se indemnice como si nunca se hubiera celebrado.

Uno de los aspectos más curiosos de la cláusula de compensación por la retribución diferida es su cálculo. Esto se debe a que indemniza la diferencia entre lo que se hubiera recibido de UBS y lo que finalmente se recibe. Así, es un problema de interpretación de esta cláusula determinar si los 35 millones de euros son el punto a partir del que se resta todo aquello que se recibe o si simplemente actúan como límite. De la redacción de las sentencias parece deducirse que es la segunda opción, de modo que debe analizarse cuál es la diferencia entre lo que se debía percibir y lo que se recibió y, en el caso de que sea superior a 35 millones de euros, entonces aplicar este límite. Esto significa que no son 35 millones de euros la cuantía a la que se le resta aquello que se recibe de UBS.

Esto se ve claramente con el ejemplo siguiente: si el nuevo consejero delegado recibe en febrero de 2019 2 millones de euros de UBS por una retribución diferida. Con la primera opción, el Banco Santander la abonaría 33 millones de euros — la diferencia entre 35 millones de euros y lo que recibe —. En cambio, con la segunda opción la cantidad que le queda por percibir de UBS es 53 millones de euros. En este punto, se aplica el límite pactado y el Banco Santander le abona 35 millones de euros.

Asimismo, esta partida se ve minorada por el incumplimiento del Banco Santander. Esto se debe a que UBS sigue abonando la retribución diferida al no existir un abandono de la entidad por una competidora. Así, durante el tiempo en el que el actor estuvo desempleado continuó recibiendo esta retribución que hubiera perdido de haberse cumplido el contrato.

2. COBRO DEL SALARIO PESE A NO HABER TRABAJADO: MOTIVOS PARA SU CONCESIÓN COMO DAÑO

Ambas sentencias reconocen el derecho a obtener una indemnización por el salario base dejado de percibir por el actor durante el tiempo en el que abandonó su antigua entidad y fue contratado en Italia para desarrollar su labor profesional. Es decir, se trata de conceder la cantidad que se hubiera obtenido de haber trabajado.

Sin embargo, respecto a este caso, se critica por parte de CARRASCO PERERA y LÓPEZ CUMBRE la reparación de este daño al considerar que supone un enriquecimiento injusto del actor, puesto que no realiza ninguna actividad, podría haber trabajado en otra posición— lo que minoraría la cuantía indemnizatoria — o incluso que supone una patrimonialización de la contraprestación no debida al ser un contrato con desistimiento libre y que indemnizar por este concepto supondría transformar el salario en una cláusula de desistimiento (CARRASCO PERERA y LÓPEZ CUMBRE, 2023).

Sin embargo, consideramos que sí se debe abonar una indemnización por este concepto y por varios motivos.

En primer lugar, si la indemnización se orientara para la tutela del interés de confianza, sería indemnizable el lucro cesante de confianza (CARRASCO PERERA, 1989b, IV), (MORALES MORENO, 2010, 39), (GÓMEZ POMAR, 2022, 41) es decir, se concedería una cantidad que cubriera el coste de oportunidad que experimentó el contratante afectado por el incumplimiento. Claramente, en el caso Orcel, este coste es el salario que deja de recibir de UBS.

En este punto merece reseñar que la indemnización del interés de confianza suele verse limitada en su cuantía por aquella del interés de cumplimiento. Es decir, en principio, la cantidad a indemnizar conforme el interés de confianza no puede ser superior a aquella que procedería si se calculara la indemnización como si el contrato se hubiera cumplido (ASÚA GONZÁLEZ, 2013b, 8107) (CARRASCO PERERA, 1989c, V) (MANZANARES SECADES, 1984, 740). Esto tiene como finalidad asegurar que el contratante incumplidor no sea garante de un contrato perjudicial para el perjudicado por el incumplimiento ni situar a una de las partes en una posición mejor que en la que estaría de haberse cumplido el contrato.

Por tanto, tendría derecho a recibir una cantidad tal que le situara como si no hubiera abandonado UBS, es decir, el salario que recibía antes de confiar en el contrato con el Banco Santander y abandonar la entidad en la que trabajaba anteriormente. Sin embargo, al ser el salario en el Banco Santander menor que el que recibiría en UBS — independientemente de si se compara la retribución base o la global —, la indemnización sería aquella que correspondería al interés de cumplimiento. Dicho de otra forma, en principio tendría derecho a recibir el equivalente a dos años de salario del Banco Santander.

Esto se ve claramente si comparamos las cantidades que percibiría de cada entidad⁴²:

| Salario | UBS | Banco Santander |
|---------|-----------------------------------|-----------------|
| Fijo | 4.000.000CHF (4.554.771,12€) | 2.900.000€ |
| Global | 12.000.000CHF (13.664.313,40€) | 10.000.000€ |

Aquí observamos como habría recibido más dinero de haber permanecido en UBS que de haber trabajado en el Banco Santander. Por ello, al entender que

la indemnización por el interés de confianza no puede superar la del interés de cumplimiento, se hace necesario reducir su cuantía en el caso de calcularla por el interés de confianza para que no sea así.

Si se calculara la indemnización conforme el interés de cumplimiento, el afectado por la no incorporación a la entidad financiera española tendría derecho a recibir una cantidad tal que le situara como si el contrato se hubiera cumplido. Aunque se trate de un contrato con posibilidad de desistimiento a voluntad por parte de la entidad financiera, consideramos que debe tomarse como horizonte temporal aquel que se fijó en el contrato al celebrarse. Así, debería abonarse la indemnización de tres años — duración del contrato — y no la de cinco años que aparece en el suplico, puesto que la fijación del salario para cinco años no significa que este sea el periodo de duración de dicho contrato. Consideramos que tomar tres años de referencia como periodo de cálculo es un criterio correcto puesto que era el plazo fijado para el nombramiento. Nos parece que negar la existencia de periodo por la simple posibilidad de desistimiento a voluntad carece de sentido puesto que no se realiza el nombramiento para cesarlo de inmediato.

Del mismo modo, tampoco entendemos los motivos por los que no se indemnizan las partidas relativas al plan de pensiones o de otros beneficios que se incluían en el contrato. Aunque no queda claro en las sentencias si estos conceptos formaban parte de la retribución fija o variable, consideramos que, de ser fija, sí resulta indemnizable y deben ser incluidos en la indemnización⁴³. No se trata de cantidades menores, puesto que ambas partidas sumadas hacen un total de 1,75 millones de euros al año, por tanto, 3,5 millones de euros en total si tomamos como referencia temporal los dos años.

La parte variable de la retribución no resulta incluida en la indemnización. Aunque puede deberse a la inexistencia de pretensión sobre ella, consideramos que, de ser exigida, sí debe ser indemnizable, aunque con ciertas matizaciones.

En la doctrina española se destaca que no será indemnizable el interés de cumplimiento — que aquí incluiría el salario con la parte variable — cuando su existencia se encuentre sujeta a condición suspensiva al no poder conocerse si llegará a cumplirse la condición y, por tanto, a ser exigible (CARRASCO PERERA, 2013c, 8203). Sin embargo, consideramos que esta doctrina favorece la infracompenación al no indemnizar todo aquello que debería otorgarse en caso de haber existido cumplimiento.

No se trata, en nuestra opinión, de otorgar una indemnización por la totalidad de la cantidad sujeta a condición, puesto que se vulneraría la prohibición de supracompensación. Proponemos que se compense el valor que tenía la prestación sujeta a condición en el momento en el que se incumple⁴⁴. De este modo, se calcula cuál es la probabilidad de que hubiera sucedido el evento al que está sujeta la verificación de la condición y se multiplica por el valor de la prestación que habría de otorgarse.

El ejemplo que se da con la regla enunciada en EEUU es el siguiente⁴⁵: A ofrece 100.000\$ de premio al dueño del caballo que gana la competición que organiza. B acepta participar en la competición y paga la cuota de participación, pero A le impide participar en la competición. B no puede probar que su caballo hubiera ganado la competición, pero sí que tenía una oportunidad de cuatro de hacerlo. De este modo, tiene derecho a una indemnización de 25.000\$.

En el caso Orcel, si el directivo consigue probar cuál es la oportunidad de obtener la parte de retribución variable, esto sería lo que se tendría en cuenta para el cálculo de la cuantía indemnizatoria. Por ejemplo, si la probabilidad de obtener el resultado que da lugar a la retribución variable en el momento del incumplimiento era del 60%, tendría derecho a un 60% de dicha retribución.

Respecto a la patrimonialización de la contraprestación, pensamos que esta es correcta. Nuestro ordenamiento recoge la indemnizabilidad del lucro cesante contractual en los supuestos de incumplimiento⁴⁶. Además, también establece que, para los casos de desistimiento del contrato de obra por parte del comitente, deberá indemnizarse al contratista el trabajo y la utilidad que pudiera obtener de ella⁴⁷. De este modo, entendemos que sí procede conceder una indemnización por el beneficio que deja de obtener el consejero delegado con nombramiento frustrado. Ahora bien, del cálculo de la indemnización deben restarse aquellos costes en los que no se incurre al no tener que realizar la prestación — *compensatio lucri cum damno* —. En este caso, estos gastos que no se manifiestan al no realizar la prestación son nulos o de cuantía tan reducida que no merece la pena reseñarlos. Asimismo, no aparecen mencionados en ninguna de las sentencias ni son aportados por las partes en el juicio. Esto implica que no se sustraigan de la indemnización al no poder tener en cuenta el juzgador elementos que no sean aportados por las partes⁴⁸.

Por último, consideramos que tampoco procede disminuir la cuantía indemnizatoria por no haber celebrado un contrato de reemplazo. El deber de mitigar el daño es recogido por parte de nuestra doctrina (CARRASCO PERERA, 2022 Cap. 24, §§26-31) (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, 218) (GÓMEZ POMAR, 2007, 23) y en los nuevos textos sobre derecho de contratos⁴⁹. En este supuesto, la mejor manera de mitigar las consecuencias del daño es la celebración de un negocio de reemplazo al permitir al que iba a ser consejero delegado recibir una remuneración que le permita obtener los ingresos que hubiera tenido de no haberse incumplido el contrato⁵⁰. Sin embargo, este deber de mitigar no es absoluto, sino que encuentra límites.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el caso *Parker v. 20th Century Fox, Inc.*⁵¹, decidido por la Corte Suprema de California.

Shirley Maclaine Parker era una actriz estadounidense a la que la productora 20th Century Fox contrató para filmar como protagonista el musical «*Bloomer Girl*». Por ello, le iba a abonar semanalmente como mínimo 53.571,42\$ y el período previsto de grabación era de catorce semanas, lo que hacía una cantidad de 750.000\$. Antes de empezar a filmar, la productora decidió que ya no iba a realizar esta película, pero le ofreció a la actriz un papel de protagonista en el western «*Big Country, Big Man*», con la misma remuneración, pero se grabaría en Australia y no en California.

Ella rechazó esta oferta y demandó a la compañía por la remuneración pactada. La productora sostuvo que la actriz no había mitigado el daño y, por tanto, no tenía derecho a cantidad alguna.

La Corte sostiene que la norma general obliga a mitigar el daño y en este caso sería mediante la aceptación de otro papel. Sin embargo, debido a la diferencia entre ambas películas el hecho de rechazar la segunda no supuso ninguna vulneración de la norma de mitigación, puesto que se trataba de un papel inferior y

diferente. Por ello, la actriz no hubiera podido mostrar sus dotes como cantante y bailarina, sino solo como actriz. Por todo lo anterior se estima la demanda de la actriz.

Aunque el caso de la actriz y el comentado aquí no sean idénticos ni por razón del puesto ofrecido y luego retirado ni por la inexistencia de ofrecimiento de un segundo puesto para el que iba a ser consejero delegado de la entidad financiera española consideramos que sirve de orientación la valoración que se da respecto al deber de mitigación del daño.

Por un lado, el mercado de altos directivos de entidades financieras no es un mercado en el que se opere con prestaciones fungibles o equivalentes entre sí. Esto se debe a que no todas las entidades tienen las mismas características — banca de inversión, banca comercial o banca industrial — ni el mismo alcance — entidades globales, nacionales o regionales —. Así, estamos ante prestaciones únicas para las que no existe un reemplazo adecuado. Esto ya limita la posibilidad de realizar el reemplazo al no existir un mercado en el que realizarlo⁵².

Por otro lado, debido a las características que describimos de las entidades financieras, la realización del reemplazo debería ser mediante un puesto diferente. Esto supone que no pueda realizarse el reemplazo de manera adecuada, al no existir un equivalente.

Del caso expuesto observamos, aunque no se aprecia claramente, que la realización de la mitigación no implica renunciar o sacrificar una posición. Esto se reconoce en el hecho de que, de haber aceptado el nuevo puesto como actriz, ella no podría haber reclamado una indemnización por los daños en su figura artística o en la reputación que de ella se tiene, puesto que no podría probar la valoración que se tendría de ella como actriz (GERGEN, 2009, 1403-1404). Dicho de otro modo, la celebración del reemplazo impediría probar cuál es la diferencia entre su consideración como actriz de musicales o de westerns. Esto supondría sacrificar la indemnización de esta partida a cambio de mitigar el daño por la no realización de la película original.

Estas consideraciones también son de aplicación al caso Orcel. Si el directivo recibe la remuneración pactada como consejero delegado del Banco Santander ve compensada la pérdida de oportunidad de mostrar sus dotes como directivo de una entidad financiera global. En cambio, si se le obliga a realizar el reemplazo no puede probar cuál es la diferencia entre su consideración como directivo de una entidad financiera global y el puesto que hubiera aceptado.

Todo esto no significa que no pueda realizar un reemplazo, como sí lo hace al trabajar para Unicredit. Simplemente supone que no está obligado a mitigar el daño de manera absoluta, puesto que le puede suponer una pérdida de imagen. Además, esto implica que el periodo de referencia para el cálculo indemnizatorio se reduzca al tiempo que transcurre entre que debiera haber comenzado a cobrar del Banco Santander hasta que lo hace de Unicredit, por lo que ya no serán los tres años del contrato la referencia sino solamente los dos que transcurren.

Si consideramos que no hay reemplazo celebrado, el periodo de cálculo sí sería de tres años, por lo que no entendemos la oposición de la entidad financiera a que se admita la modificación del suplico, puesto que le permite reducir la cuantía indemnizatoria.

3. BREVE ANÁLISIS SOBRE LA TRASCENDENCIA (O NO) DE LA CALIFICACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL PARA SU INDEMNIZACIÓN

Para las partidas relativas al daño patrimonial sufrido —incorporación, compensación por retribución diferida y salario— no se cuestiona la naturaleza de la pérdida. Así, no se distingue si estamos ante supuestos de lucro cesante o daño emergente, sino que lo único que se analiza es si procede otorgar la indemnización por ese concepto.

En el esquema tradicional, los diferentes daños patrimoniales deben calificarse según sean lucro cesante o daño emergente. Esta distinción tiene una gran importancia práctica, puesto que el Tribunal Supremo mantiene que la prueba del lucro cesante tiene un régimen distinto al considerarse que es un daño futuro y de mayor incertidumbre en cuanto a su existencia.

Ejemplo de ello es la sentencia de 21 de abril de 2008⁵³, en la que la Sala Primera del Tribunal Supremo resume su doctrina y afirma que

[e]n cuanto a los conceptos que se reclaman por lucro cesante, esta Sala tiene declarado que el quantum [cuantía] de la indemnización por lucro cesante, cuando éste se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse mediante apreciaciones prospectivas [...], fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y la ponderación de las circunstancias de cada asunto; pero la existencia del perjuicio por este concepto debe ser probada con una razonable verosimilitud, cosa que no ocurre cuando la ganancia o beneficio futuro se presenta como meramente posible o hipotético, existen dudas sobre su producción o no se aprecia su existencia en el marco de una lógica presunción sobre cómo habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso [...].

Otro ejemplo de la distinción clásica entre diferentes tipos de daño patrimonial se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2009⁵⁴. En ella, se califican ciertos gastos como daño emergente —notaría e impuestos abonados— y el beneficio que no se ha obtenido por no poder explotar la estación de servicio que se iba a construir como lucro cesante.

En cambio, en el caso Orcel, se rompe con la clasificación tradicional del daño entre lucro cesante y daño emergente —conceptos indemnizables según el Código Civil⁵⁵—. Es decir, no es necesario calificar un daño como daño emergente o como lucro cesante para que sea indemnizable, sino que lo relevante es que quede acreditado y fuera imputable objetivamente al deudor (ASÚA GONZÁLEZ, 2013b, 8103-8104). Por ello, desde este punto de vista resulta estéril discutir sobre si el daño es de un tipo o de otro, porque siempre que quede probado y se pueda imputar objetivamente al deudor, resultará indemnizable.

Tal es así, que el Tribunal Supremo declaró en la sentencia de 23 de diciembre de 2021⁵⁶ que

[t]anto si se considera como un daño emergente (ruptura consumada del vínculo contractual), como si se entiende como un lucro cesante (pérdida de los ingresos futuros en función de los obtenidos por esa relación en el pasado), lo cierto es que se ha producido un claro quebranto patrimonial, y el principio de indemnidad ínteg-

gra del perjudicado obliga a no excluir este daño de las bases para fijar el quantum indemnizatorio.

Es decir, que para el Tribunal Supremo, más recientemente, lo relevante no es la calificación del daño como daño emergente o lucro cesante, sino que exista tal daño independientemente del nombre que se le otorgue.

Todo esto supone que el sistema tradicional de calificación del daño como lucro cesante o daño emergente se vea cuestionado, puesto que no es necesario ubicar cada partida indemnizatoria en una de estas categorías. El sistema de indemnización de daños contractuales se transforma en un sistema de reparación integral de todo el daño sufrido por el acreedor sujeto a dos condiciones. La primera de ellas es que el acreedor pueda acreditar la pérdida sufrida y la segunda, que dicho daño resulte objetivamente imputable al deudor. Esto implica que la distinción entre daño emergente y lucro cesante pierda su importancia (ZIMMERMANN, 2018, 1459-1460) y sean otros criterios —imputación objetiva—los que prevalezcan en cuanto a la determinación de la indemnización.

4. DAÑO MORAL

La indemnización del daño moral en este caso la basa el juzgador en dos factores: el sufrimiento psicológico del que iba a ser consejero delegado del Banco Santander y su pérdida de reputación. No se detalla en las sentencias qué parte del daño moral pertenece a cada uno de estos conceptos ni cuáles son las bases que sirven para la cuantificación.

En nuestra opinión, no procede otorgar esta indemnización concedida puesto que no concurren los elementos necesarios para ello.

Respecto al sufrimiento psicológico por no tener el puesto de trabajo prometido — que no negamos que exista — entendemos que es un daño asignado al repartir el riesgo contractual al que iba a desempeñar la función. Esto se aprecia en el hecho de ser un contrato con libre desistimiento, por lo que él asumía que podía verse en la situación de desempleo.

La pérdida de imagen sería la segunda parte del daño moral que sufre el actor. Sin embargo, consideramos que esta partida tampoco resulta indemnizable conforme a la explicación que hemos dado sobre la excepción a la regla de la mitigación para un supuesto como este.

Así, si no resulta debido realizar el reemplazo para evitar la infracompenación del daño a la imagen del contratante defraudado, la concesión de un perjuicio por el daño moral no es procedente. Dicho de otro modo, si se le evita el deber de mitigar para que vea su compensación integral garantizada ya se le repara así su daño moral — psicológico o de imagen —. No es procedente, por tanto, conceder un tanto por un supuesto perjuicio que ya se repara.

En este punto, sin embargo, no negamos que la pérdida de la reputación que experimenta el actor no sea indemnizable. Lo único que mencionamos es que ya se ve satisfecha mediante la indemnización por el salario dejado de obtener y la excusa del deber de mitigar. De hecho, consideramos que sí es procedente que la pérdida de reputación sea compensada adecuadamente, aunque sea altamente complejo realizarlo⁵⁷.

Uno de los problemas que plantea esta indemnización es el relativo a qué es lo que realmente se compensa. Así, observamos que pueden ser dos los conceptos indemnizatorios y que coinciden en gran medida. Por un lado, se encuentra la pérdida de imagen en sí misma considerada y, por otro lado, las consecuencias económicas de ello como menores ingresos futuros (DJORDJEVIĆ, 2018, §§84-85.). De este modo, se hace necesario diferenciarlos adecuadamente para evitar la sobrecompensación del deudor defraudado.

Un ejemplo de esto lo encontramos en la sentencia del *Landesgericht* de Darmstadt de 9 de mayo de 2000⁵⁸.

En este caso, la vendedora alemana fabricaba productos electrónicos y la compradora suiza los adquiría en su condición de mayoristas. Ambas tenían una relación de cooperación a largo plazo, de modo que el vendedor se comprometía a suministrar productos a precio competitivo, el margen que esperaba el comprador era del 12% y confiaba lo suficiente como para realizar inversiones en publicidad.

Concretamente, se juzga la entrega de 8000 reproductores de vídeo defectuosos. El comprador había reducido el precio a pagar y alega que sufre daños adicionales consistentes en un menor beneficio de la reventa al tener que bajar el precio, pérdida de utilidad de la inversión en publicidad y una menor reputación que cifra en al menos 500.000 CHF⁵⁹. Se trata de un caso sujeto a la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

El Tribunal considera que no queda acreditada la pérdida por la inversión en publicidad. Además, sostiene que el comprador no ha demostrado cuál es su pérdida de beneficios y que no es suficiente la alegación de haber esperado unos márgenes de beneficio. En cuanto a la pérdida de reputación, el Tribunal afirma que no es posible obtener una indemnización por la pérdida de beneficios que le ocasiona el incumplimiento y simultáneamente sostener que se sufre una pérdida de imagen que reduce las ventas puesto que habría una sobrecompensación. De todos modos, considera que no está suficientemente acreditada la pérdida por lo que tampoco otorga indemnización por ello.

Así, entendemos que deben separarse claramente las partidas relativas a la pérdida de imagen o reputación. De este modo, es procedente indemnizar la pérdida de imagen en cuanto a menor beneficio futuro, pero debe evitarse que esto quede incluido en un concepto amplio de daño moral. Como hemos explicado, entendemos que no procede obligar a mitigar el daño mediante la celebración de un negocio de reemplazo para poder indemnizar adecuadamente. Pero una vez hecho esto, no procede otorgar una indemnización por un daño que ya se ha visto compensado.

IX. CONCLUSIONES

- I. El caso Orcel ofrece una perspectiva sobre diferentes problemas del nombramiento de un nuevo consejero delegado como quién es competente o qué consecuencias tiene desistir.
- II. Este nombramiento puede ser efectuado por el Consejo de Administración mediante el sistema de cooptación, conforme la ley societaria.

- III. Una vez se ha efectuado el nombramiento, el único órgano competente para dejarlo sin efecto es la junta general de la sociedad, aunque no se cuestione este aspecto en el caso.
- IV. El incumplimiento del contrato implica el deber de indemnizar los daños que se deriven y no es necesario que se califiquen en daño emergente o lucro cesante para que sean indemnizables.
- V. El caso Orcel es un ejemplo acerca de la relevancia de la acreditación del daño patrimonial y la superación de la calificación del daño patrimonial como de un tipo u otro.
- VI. Las sentencias del caso Orcel muestran la posibilidad de compensar daños futuros y la importancia de hacerlo para evitar incurrir en supuestos de infracompenación.
- VII. Aunque no se mencione en las sentencias, el caso Orcel ejemplifica que existen supuestos en los que se exonerá al acreedor del deber de mitigar el daño para evitar que pérdidas que no se vean adecuadamente reparadas. Todo ello, pese al riesgo de que la cuantía total del daño pueda ser mayor.
- VIII. A través del caso se observa la importancia de distinguir las diferentes partidas de la indemnización para evitar la duplicidad en la compensación y, por tanto, un enriquecimiento del contratante afectado por el incumplimiento.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- SJPI (46), Madrid, de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1719).
- SAP (25), Madrid, de 20 de enero de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:32).
- STS de 21 de abril de 2008, (ECLI:ES:TS:2008:4757).
- STS de 5 de mayo de 2009, (ECLI:ES:TS:2009:2386).
- STS de 23 de diciembre de 2021, (ECLI:ES:TS:2021:4948).
- Sentencia de la Corte Suprema de California de 30 de septiembre de 1970, (3 Cal. 3d 176, 89 Cal. Rptr. 737, 474 P.2d 689).
- Sentencia del Landesgericht, Darmstadt, de 9 de mayo de 2000 (ECLI:DE:LG-DARMS:2000:0509.10O72.00.0A.).

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (12 de abril de 2018). Almacén de Derecho. Junio de 2023. Disponible en: <https://almacendedederecho.org/la-separacion-los-administradores-sociales>

ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013a). Artículo 1102. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8072-8078.

ASÚA GONZÁLEZ, C. (2013b). Artículo 1106. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8103-8117.

CARRASCO PERERA, Á. (1989a). Artículo 1101. En M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. (Vol. XV). Madrid: Edersa, Versión electrónica.

CARRASCO PERERA, Á. (1989b). Artículo 1106. En M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. (Vol. XV). Madrid: Edersa, Versión electrónica.

CARRASCO PERERA, Á. (1989c). Artículo 1107. En M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (coords.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. (Vol. XV). Madrid: Edersa, Versión electrónica.

CARRASCO PERERA, Á. (2013a). Artículo 1113. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8158-8165.

CARRASCO PERERA, Á. (2013b). Artículo 1119. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8190-8194.

CARRASCO PERERA, Á. (2013c). Artículo 1121. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil. Tomo VI (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 8201-8207.

CARRASCO PERERA, Á. (2022). *Derecho de contratos* (3^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi.

CARRASCO PERERA, Á. y LÓPEZ CRUMBRE, L. (2023). Desistimiento societario de precontrato de consejero ejecutivo (Orcel vs. Banco Santander). *Diario la Ley*, (10287), Versión electrónica.

CISG-AG. (2006). *Opinion No. 6. Calculation of Damages under CISG Article 74*, Versión electrónica.

CLEMENTE MEORO, M. (2016a). Artículo 1113. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Conteras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández, *Código Civil Comentado. Volumen III. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)* (2^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

CLEMENTE MEORO, M. (2016b). Artículo 1119. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Conteras, J. Orduña Moreno, & R. Valpuesta Fernández, *Código Civil Comentado. Volumen III. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)* (2^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

DE BARRÓN, I., (17 de julio de 2019). El pulso judicial entre Orcel y el Santander: muchas incógnitas y 110 millones en juego, *El País*, Disponible en: https://elpais.com/economia/2019/07/16/actualidad/1563305055_945992.html

DÍEZ GARCÍA, H. (2022). Compromiso de nombramiento frustrado de consejero delegado en una sociedad filial. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (120), 109-140.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2016). Artículo 1101. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Conteras, J. Orduña Moreno, & R. Valpuesta Fernández, *Código Civil Comentado. Volumen III. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)* (2^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Pa-*

trimonial. Tomo 2. *Las relaciones obligatorias* (6^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho Civil. El contrato en general. La relación obligatoria* (11^a ed., Vol. 2. Tomo 1). Madrid: Tecnos.

DJORDJEVI , M. (2018). CISG Art. 74. En S. Kröol, L. Mistelis, y M.P. Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2^a ed.). Alemania: Nomos Verlag, Versión electrónica.

ESTRUCH ESTRUCH, J. (2016). Artículo 1594. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Conteras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández, *Código Civil Comentado. Volumen IV. Libro IV – De las obligaciones y contratos. Contratos en particular, Derecho de daños y prescripción (Arts. 1445 al final)* (2^a ed.). Cizur Menor: Aranzadi, Versión electrónica.

GERGEN, M. (2009). A theory of self-help remedies in contract. *Boston University Law Review*, 89, 1397-1449.

GÓMEZ POMAR, F. (2002). *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*. Madrid: Civitas.

GÓMEZ POMAR, F. (2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret*(3), 23, disponible en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/466_es.pdf.

MANZANARES SECADES, A. (1984). La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares. *Anuario de Derecho Civil*, 37(3), 687-748.

MONTERO AROCA, J. (2019). El objeto del proceso de declaración. En J. Montero Aroca, J. Gómez Colomer, S. Barona Vilar, y M.P. Calderón Cuadrado, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 149-172.

MORALES MORENO, A.M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*. Cizur Menor: Civitas.

VICENT CHULIÁ, F. (2022). *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ZIMMERMANN, R. (2018). Particular remedies for non-performance. En N. Jansen y R. Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*. Oxford: Oxford University Press, 1185-1556.

NOTAS

¹ En el desarrollo del artículo, se ha prescindido de los nombres de las diversas personas que intervienen y se menciona qué posición ocupan.

² Hecho relevante con número de registro 269894. Se puede consultar en: [https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t=\[6d4846ec-2e98-4115-a13e-ee30112bbdc8\]](https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t=[6d4846ec-2e98-4115-a13e-ee30112bbdc8]).

³ Banco Santander y Banco Santander España, aunque comparten nombre, no son la misma entidad. Así, Banco Santander España es una filial del Banco Santander y opera en España. En cambio, Banco Santander es la matriz de todos los negocios de la entidad a nivel mundial.

⁴ Nota de prensa del Banco Santander de 15 de enero de 2019. Disponible en: <https://www.santander.com/es/sala-de-comunicacion/notas-de-prensa/el-consejo-de-banco-santander-acuerda-no-continuar-con-el-nombramiento-de-andrea-orcel-como-consejero-delegado-del-grupo>

⁵ Hecho relevante con número de registro 269894. Se puede consultar en: [https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t=\[6d4846ec-2e98-4115-a13e-ee30112bbdc8\]](https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t=[6d4846ec-2e98-4115-a13e-ee30112bbdc8]).

⁶ No consta en las sentencias cómo se recibía la retribución variable en UBS. Sin embargo, entendemos que se iba abonando según el cumplimiento de unos objetivos en un tiempo determinado. La cuestión aquí es si recibió en el periodo de *gardening leave* la parte que le correspondería haber cobrado de no haber abandonado UBS.

⁷ Esta cláusula la fijaron pese a conocer que el Banco Central Europeo, aunque de manera informal, no se oponía a la contratación del nuevo consejero delegado del Banco Santander.

⁸ Sin embargo, en la sentencia se menciona que el vídeo se grabó el 2 de noviembre de 2021.

⁹ Hecho relevante con número de registro 273824. Se puede consultar en: [https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t=\[9616d619-c56d-42b6-9ca6-b2127e8f2ced\]](https://www.cnmv.es/portal/HR/verDoc.axd?t=[9616d619-c56d-42b6-9ca6-b2127e8f2ced])

¹⁰ En nuestra opinión, la alteración de la *causa petendi* se produce en el hecho de fundamentar la pretensión exclusivamente en el incumplimiento contractual. Por tanto, condenar por un hecho distinto como es la *culpa in contrahendo* por ruptura injustificada de negociaciones, supondría indefensión al Banco Santander. Aunque la fundamentación jurídica no integre la pretensión de manera general, sí sirve para identificar el objeto del proceso, por lo que condenar por un hecho tan diferente sí supone una alteración del objeto. Por tanto, estaríamos ante un supuesto de incongruencia de la sentencia (MONTERO AROCA, 2019, 156).

¹¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid de 9 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:JPI:2021:1719).

¹² *Pues bien, con arreglo a tales preceptos, es evidente que el documento no 19 de la demanda, de fecha 24 de septiembre de 2018, constituye un contrato válido y perfecto, puesto que en él se contienen oferta de una parte, aceptación de otra, con el consiguiente consentimiento de ambas sobre un objeto, según el documento "la gestión directa del negocio" a cambio de una retribución, y una causa, entendida ésta como la finalidad directa e inmediata que persiguen ambas partes con su celebración, en el caso concreto de colaboración de un profesional de la banca y de una entidad bancaria.*

¹³ *Pero lo cierto es que no se ha acreditado "cambio en la situación en la que se emitió y aprobó la Carta-Oferta". Prueba de ello es que en el apartado "Asunción de incentivos a largo plazo", en su párrafo primero, ya se prevéa que su empresa actual no le abonase totalmente la cantidad que le correspondiera por ese concepto, sin perjuicio de hacer constar que el Sr. Jose Augusto haría "todo lo posible" para que así fuera. Incluso, puede entenderse que el B.S. era consciente de la posibilidad de que UBS no le pagara nada [...].*

¹⁴ En este punto nos preguntamos qué elementos son los tenidos en cuenta por el juzgador, puesto que se trata de un cambio de gran consideración en la sentencia. El art. 214 LEC prohíbe la variación del fallo excepto en lo relativo a la corrección de errores de hecho, por lo que pensamos que estamos ante uno de ellos.

¹⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25^a) de 20 de enero de 2023 (ECLI:ES:APM:2023:32).

¹⁶ En función de esa doble finalidad se distinguen dos tipos circunstancias: 1. Condiciones necesarias para la efectividad del negocio (aprobación por el Consejo de Administración, evaluación de idoneidad del BCE); 2. Plazo de inicio (a partir de finalizar la situación de gardening leave con UBS el día 31 de marzo de 2019).

Lo anterior supone que una vez cumplidas las dos condiciones necesarias para la efectividad (condiciones causales), BANCO DE SANTANDER estaba obligado a mantener la vigencia del contrato hasta el momento de cumplirse el plazo para el inicio de la actividad comprometida. Si a partir de ese día 31 de marzo de 2019 era necesario formalizar un nuevo contrato donde se hiciese una mayor pormenorización de la relación contractual, es algo que no se dice expresamente, pues en él sólo hay una referencia al "Contrato de Trabajo", de manera muy tangencial y destinada a tratar la resolución unilateral, pero que necesariamente debería ocurrir, pues el contrato de 24 de septiembre define unas bases que precisan ser desarrolladas para definir el modo y tiempo de cumplimiento de las prestaciones a partir del momento en el que, se produzca la "contratación", expresión empleada en el documento estudiado para referirse a la situación que se suscitaría tras la resolución del contrato del Sr. Higinio y UBS.

La imposibilidad de hacer efectivo el nombramiento de Consejero Delegado de manera inmediata por la vinculación contractual del Sr. Higinio con UBS hasta el día 31 de marzo de 2019, forzó a dotar a los pactos de 24 de septiembre de naturaleza precontractual en el sentido explicado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 60/2008, donde diferencia el precontrato del pacto de contrahendo.

¹⁷ De ese modo, no se trata de un acto de negociación, ni de tratos preliminares o pacto de contrahendo, sino, como describe la Sentencia de anterior referencia citando su propia Jurisprudencia: "el precontrato supone el final de los tratos preliminares y no una fase de ellos", y, por tanto, concluye como un contrato nacido con voluntad de ser plenamente exigible. Que se formule como una oferta aprobada por el Consejo de Administración de BANCO DE SANTANDER el día 25 de septiembre de 2018 no es más que expresión de la voluntad contractual de esa parte en el negocio jurídico, de modo que en el momento de ser aceptados por la otra parte los términos aprobados, se produce el efecto vinculante propio para ambos del artículo 1.091 CC, imponiendo a las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo.

¹⁸ Por otro lado, resulta llamativo observar que, según consta en el acta de reunión del Consejo de Administración de BANCO DE SANTANDER del día 25 de septiembre de 2018, se explicó que entre las ofertas económicas realizadas al Sr. Higinio estaba la compensación en acciones Santander como una retribución propia del Banco "con el objetivo de aumentar la alineación de los intereses del Sr. Higinio con los del Banco y sus accionistas, se han aplicado algunas adaptaciones respecto de lo que establece el citado procedimiento corporativo de buy-outs: la entrega de acciones quedará condicionada no sólo a las cláusulas malus y clawback, sino también al cumplimiento de los objetivos correspondientes a las métricas de largo plazo de los incentivos anuales del Banco que se hayan medido con anterioridad a la fecha prevista para la entrega de acciones. ", de tal manera que, según se desprende de la redacción dada, al margen de la indemnización por buy-out no satisfecho por UBS, BANCO DE SANTANDER ofreció emplear el mismo sistema de incentivos a partir del momento en que se hubiese firmado el contrato de servicios. Eso es lo que parece deducirse de los tres últimos párrafos de la cláusula del precontrato titulada "Asunción de incentivos a largo plazo" cuando regula ese tipo de retribuciones a partir de la contratación. De ello se desprende que en esa cláusula se contienen dos tipos de conceptos económicos: por un lado, la indemnización al Sr. Higinio por la pérdida total o parcial de los buy-out de UBS como consecuencia de la resolución del contrato con esa entidad e ingreso en BANCO DE SANTANDER; por otro lado, la retribución buy-out que BANCO DE SANTANDER se obligaba a entregar como incentivo en el marco del desarrollo de su relación contractual de servicios proyectada.

Lo expuesto perfila aún mejor la finalidad y el sentido de la indemnización por la retribución perdida como consecuencia del negocio concertado por BANCO DE SANTANDER con el Sr. Higinio, quien de ese modo ve reconocido por el propio Banco la existencia de un perjuicio,

atribuyéndole un derecho subjetivo para su reparación, fácilmente incardinable en la Doctrina del Tribunal Supremo a la que seguidamente nos vamos a referir.

¹⁹ STS de 23 de diciembre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:4948

Comentario de esta sentencia en (DÍEZ GARCIA, 2022).

²⁰ Este dato lo extraemos de la sentencia. En nuestra opinión, no está claro que sea así. De hecho, el tipo de cambio recogido en la sentencia de apelación es 1€=0,87832€. Sin embargo, en ella se calcula con el tipo inverso —1CHF=0,87832€—, de modo que los 4.000.000 CHF se convierten en 3.512.800€.

²¹ *La concreción respecto ese tipo de daños lo centra en cómo pueda interpretarse en el mercado financiero el hecho de hacerse pública su contratación por BANCO DE SANTANDER, resolviéndola luego a los tres meses sin causa alguna. Ese daño en la reputación puede presumirse porque objetivamente se produce de modo impactante y de forma tan anómala que posibilita generar dudas sobre la cualificación del afectado, precisando para aclararlo, y a efectos de su comprensión por terceros, gestiones explicativas y tiempo para ser evaluada, asimilada y comprendida, de tal manera que durante ese espacio temporal es fácil entender el estado de inquietud que deba soportar el agraviado.*

A lo anterior se une la afectación personal que ha de producir la situación de paro, a la que el Sr. Higinio hace referencia aludiendo a daños psicológicos. Éstos también son presumibles, sobre todo considerando el elevado grado de frustración ocasionado por la renuncia a un buen puesto de trabajo para aceptar otro, que luego se resuelve y termina en paro durante dos años.

De lo argumentado en los párrafos anteriores resulta, de acuerdo con los criterios del Tribunal Supremo para reconocer el derecho a indemnizar por el tipo de perjuicio tratado, que concurre en el caso un daño moral resarcible.

²² *La parte actora cifra el perjuicio en 10.000.000€ por “la transcendencia mediática del caso Higinio, la relevancia del trabajo desarrollado por éste durante más de 30 años y lo reprobable del proceder de BS, que se aprovecha de su situación de poder en el mercado para inundarlo de explicaciones falsas en relación con el “despido” “. En realidad, es una explicación puramente subjetiva y aleatoria que no consideramos suficiente para fundamentar un importe tan elevado, y menos teniendo en cuenta las cuantiosas compensaciones económicas que va a recibir como consecuencia de la resolución injustificada del precontrato. Es más, los argumentos reproducidos no estarían dirigidos a resarcir el daño moral propiamente dicho, de acuerdo con las afectaciones personales y profesionales antes explicadas.*

A efectos de hacer una adecuada ponderación ajustada al caso, debemos situarnos en un espacio de análisis donde los intereses económicos, retribuciones, riesgos, responsabilidades, gastos, nivel de vida y afectaciones personales de los contendientes fluyen en una escala propia, muy diferente a la de otras relaciones jurídicas comunes.

En función de lo expuesto, consideramos más proporcionado fijar la indemnización en la cantidad de 2.000.000€. Para ello tenemos en cuenta que, fuera del perjuicio presumible, no se ha evidenciado algo más tangible que permita apreciar una gravedad especial en la situación personal o profesional del Sr. Higinio (noticias en medios de comunicación con críticas hacia él o cuestionando su capacidad, tratamientos psicológicos, alteraciones graves de su vida familiar). En esa cuantificación también tenemos en cuenta que la situación de paro se extendió durante un periodo relativamente largo de tiempo, aunque tuvo cierta compensación mientras recibió las retribuciones diferidas de UBS.

²³ Arts. 244 y 529 decies LSC.

²⁴ Art. 529 decies LSC.

²⁵ Art. 214.3 LSC.

²⁶ Art. 214.3 LSC.

²⁷ Arts. 160.b) y 223.1 LSC.

²⁸ ECLI:ES:TS:2021:4948.

²⁹ Además, este caso presenta un problema de legitimación pasiva relativo a si la entidad responsable es la matriz o la filial, puesto que la oferta la realiza la matriz, aunque el puesto es en la filial. Esta cuestión no se plantea en el Caso Orcel.

³⁰ Resulta curioso en este punto que el Tribunal Supremo sostenga que estamos ante un contrato con todos los elementos y que solo falta colaborar para que entre en vigor y que a la vez indemnice como si tal contrato no existiera.

³¹ Aunque en el Código Civil esta figura no aparece recogida, sí la encontramos identificada en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. De este modo, se reconoce al acreedor la posibilidad de dar por resuelto el contrato *si la otra parte hubiere declarado que no cumplirá sus obligaciones* (art. 72.3).

En la doctrina española: (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2008, Cap. XII, 4), (CARRASCO PERERA, 2022, Cap. 18, §9)

En Estados Unidos, en cambio, se reconoce el derecho del deudor a repudiar el contrato (§250 *Second Restatement*), es decir, manifestar que no lo cumplirá y poner fin así a la relación contractual y abonar daños.

³² Según el acta del Consejo de Administración en el que se aprobó la contratación:

La cifra ofrecida como prima de contratación ha tenido en consideración, entre otras cuestiones, la menor retribución a percibir por el Sr. Higinio en el Banco respecto de la que percibe en la actualidad, la retribución variable correspondiente a 2018 a la que no tendría derecho por abandonar UBS y la pérdida de la protección fiscal de la que disfruta actualmente (que le asegura una tasa impositiva máxima del 25%).

³³ Arts. 529 septdecies y octodecies LSC.

³⁴ En este caso, la condición es claramente resolutoria, de modo que si la junta general de accionistas rechazara el nombramiento deberá reintegrarse. Sin embargo, al ser ilícita la destitución, como antes hemos explicado, debe tenerse por no cumplida la condición y, por tanto, por no resuelta de conformidad con el art. 1119 CC (CARRASCO PERERA, 2013b, 8190-8191), (CLEMENTE MEORO, 2016b).

³⁵ Art. 223.1 LSC.

³⁶ En este punto, se considera por CARRASCO PERERA Y LÓPEZ CUMBRE que estamos ante un contrato de alta dirección sujeto al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, la indemnización por despido del alto directivo es de 7 días por año trabajado con un máximo de seis mensualidades, siempre que no haya pacto por el que se fije otra cuantía (CARRASCO PERERA y LÓPEZ CUMBRE, 2023).

Sin embargo, nosotros pensamos que conforme el sistema fijado en la Ley de Sociedades de Capital y la interpretación que de ella realiza el Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:494) no procede entender que exista una doble relación laboral y mercantil, por tanto, con sujeción a la Ley de Sociedades de Capital y al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. En nuestra opinión, estamos ante una simple relación mercantil que puede terminar en cualquier momento conforme lo dispuesto en la legislación societaria y para la que no se han pactado las consecuencias de ello, por lo que sería gratuito (VICENT CHULIÁ, 2022, 1197).

³⁷ Estas cláusulas son admitidas en nuestro ordenamiento (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2016).

³⁸ ECLI:ES:TS:2021:4948.

³⁹ La reparación del daño causado al interés de indemnidad no es una cuestión sencilla, puesto que consiste en compensar aquellas pérdidas que se ponen de manifiesto como consecuencia del incumplimiento del contrato y que son consecuencia del daño a un bien personal o patrimonial del acreedor previo al incumplimiento. Es decir, no se de una lesión al interés de prestación, sino a otros bienes o derechos del acreedor.

Por ello, se discute si su vía de reparación es la contractual o la extracontractual (CARRASCO PERERA, 1989a, IV), (MORALES MORENO, 2010, 87-88), (ZIMMERMANN, 2018, 1441).

Aunque en presencia de un contrato parece que sea la vía contractual la más adecuada al haberse podido realizar una asignación del riesgo contractual al tiempo de celebrar el contrato mediante el criterio de la previsibilidad del art. 1107 CC (MORALES MORENO, 2010, 92).

⁴⁰ Aunque como hemos mencionado *supra* creemos que no puede realizarse esta condena por no solicitarse en el suplico y no integrar la *causa petendi*. Por tanto, conceder una indemnización por este concepto sería incurrir en incongruencia.

⁴¹ Cuestión diferente es que el Banco Santander hubiera celebrado el contrato con finalidad dolosa, es decir, con la de no contratar de origen al supuesto nuevo consejero delegado. En ese caso, consideramos que debería eliminarse el límite para evitar la celebración de un contrato con valor negativo (ASÚA GONZÁLEZ, 2013a, 8077).

⁴² Como hemos explicado supra, no estamos de acuerdo con la conversión realizada en la sentencia, puesto que conforme el tipo de cambio que da, no sale el resultado mencionado. De todos modos, se observa que el salario en el Banco Santander era inferior al que percibía en UBS.

⁴³ Cuestión distinta es que debido al principio dispositivo no puedan otorgarse, puesto que el suplico solo contiene una pretensión por el «salario objetivo anual» y desconocemos qué se entiende por este concepto al no estar explicado en ninguna de las sentencias.

⁴⁴ Este principio es el recogido en el *Second Restatement of Contracts* en Estados Unidos, concretamente en el §348(3).

Aunque no existen referencias a la indemnizabilidad de un daño sometido a la verificación de una condición, a diferencia del precepto mencionado del *Second Restatement of Contracts*, sí se recoge la posibilidad de indemnizar por la pérdida de oportunidad en los nuevos textos relativos al Derecho de contratos. Así, los arts. 9:501(2) PECL, art. 7.4.3.(2) Principios Unidroit o art. III.-3:701(2) DCFR.

Al respecto, comentario en (ZIMMERMANN, 2018, 1452-1454).

⁴⁵ El *Second Restatement of Contracts* es un texto que no tiene naturaleza legal elaborado por el *American Legal Institute* — una institución en la que diferentes operadores jurídicos como jueces, abogados o académicos elaboran estos textos a partir de la doctrina que emana de la práctica judicial —. De este modo, estamos ante una especie de codificación de la jurisprudencia.

La estructura que siguen los preceptos contenidos es la siguiente: se enuncia la norma, se comenta la misma y se proporcionan ejemplos concretos. Estos ejemplos son un resumen muy breve del caso en el que se han basado.

⁴⁶ Art. 1106 CC.

⁴⁷ Art. 1594 CC.

En este punto, se ha pronunciado la jurisprudencia para establecer una presunción del 15% del precio de la obra como utilidad del contratista (ESTRUCH ESTRUCH, 2016).

⁴⁸ Art. 216 LEC.

⁴⁹ Art. 9:505 PECL, art. 77 CISG, art. 7.4.8 Principios Unidroit o art. III.-3:705 DCFR, art. 1211 PMCC y art. 518-25 Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

En todas estas propuestas se adopta el enfoque de realización de un negocio de reemplazo como manera de mitigación del daño con la excepción de la Propuesta de la Comisión General de Codificación y de la Propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

⁵⁰ Sin embargo, la operación de reemplazo no es la única manera que existe para mitigar el daño que se sufre tras el incumplimiento contractual. Así, también puede calcularse la indemnización como la diferencia entre lo que debía haber recibido de haberse cumplido el contrato y aquello que hubiera podido recibir en abstracto en el mercado. Así: art. 9:507 PECL, art. 76 CISG, art. 7.4.6 Principios Unidroit o art. III.-3:707 DCFR.

En los ejemplos del §350 *Second Restatement* encontramos diversos modos de mitigar como no realizar la propia prestación, cambiar el contenido de un recipiente con fugas a uno que no las tiene o no revender un producto defectuoso. Además, se indica que la celebración de un negocio de reemplazo es uno de los métodos para reducir la cuantía indemnizatoria.

⁵¹ 3 Cal. 3d 176, 89 Cal. Rptr. 737, 474 P.2d 689 (1970).

⁵² Por ello, la posibilidad de calcular la indemnización como la diferencia entre la remuneración que hubiera podido obtener de trabajar en el Banco Santander y aquella que obtendría en el mercado sin realizar un reemplazo no puede calcularse.

⁵³ ECLI:ES:TS:2008:4757.

⁵⁴ ECLI:ES:TS:2009:2386.

⁵⁵ Art. 1106 CC.

⁵⁶ Se trata del caso de nombramiento frustrado de consejero delegado en filial que mencionamos en el texto.

⁵⁷ Art. 9:501 (2) PECL, art. 7.4.2 (2) Principios Unidroit o art. III.-3:701 (2) y (3) DCFR.

Respecto a la Convención de Viena, el Comité Asesor entiende que sí es procedente la indemnización por pérdida de reputación con base en el art. 74 (CISG-AG, 2006).

⁵⁸ ECLI:DE:LGDARMS:2000:0509.10O72.00.0A.

⁵⁹ En el caso se plantean otros problemas como la jurisdicción competente, la ley aplicable a la determinación del cálculo de la moneda en la que se abona la indemnización o si es indemnizable el hecho de que los folletos no estén en italiano o francés cuando el comprador no manifiesta su falta de conformidad al recibir los bienes.