

2. MERCANTIL

«RETRIBUCIÓN EXTRAESTATUTARIA» Y «TORPE» DE UN CONSEJERO DELEGADO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 24 DE OCTUBRE DE 2006

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*«Qui facit per alium, est perinde, ac si faciat per se ipsum»
(Azón, Brocardia, rúbrica 10, fol. 34)*

I. LOS HECHOS Y EL FALLO DE LA SENTENCIA

Según el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2006 (RJ 2006/6710), el objeto del proceso debatido en la misma versó sobre la eficacia de un acuerdo del Consejo de Administración de una Sociedad en el que «se concede al Consejero Delegado señor don Diego, para sí y para sus herederos, una comisión de cartera del 2 por 100 [reducido por renuncia del interesado al 1 por 100], por el total de las cuotas que se cobren anualmente, deducidos los ocho primeros millones». Por el señor Diego se cedió el derecho a los herederos, dos de los cuales formulan demanda reclamando el abono de las cuotas dejadas de pagar. Por su parte la sociedad, cuyo Consejo de Administración revocó el acuerdo anterior, formuló también demanda solicitando el reintegro de las cuotas abonadas.

Para el rechazo de la pretensión del apelante beneficiario de dicha comisión, la Resolución de la Audiencia Provincial (sentencia de 8 de febrero de 1999 [AC 1999/399]), se basa en que el establecimiento de la comisión en el Acuerdo del Consejo de Administración de 1964 no obedece a un cuasi-contrato, como se alega en la demanda, sino a un negocio jurídico «en virtud del cual el Consejo de Administración de la entidad Sanitas, S. A., acuerda, libre y voluntariamente, el establecimiento del pago de una determinada cantidad a favor del causante de los actuales demandantes, pero el motivo y causa de dicho establecimiento de esta retribución no es explicitado en el referido Acuerdo, aunque cabe deducir cuál es el motivo del mismo atendiendo a la condición que expresamente se establece en el Acuerdo de que la persona a cuyo favor se pacta, la comisión ostenta la condición de Consejero Delegado de la Sociedad, por lo que el establecimiento de dicho pacto no puede sino valorarse como retribución de las funciones de dicho consejero; por otra parte, el que se mencione en el Acuerdo que se trata de una comisión de cartera no implica en absoluto que nos encontremos ante la retribución de un agente de seguros, puesto que la persona a cuyo favor se establece la comisión nunca ostentó la condición de agente de la entidad Sanitas, S. A., y por tanto no puede ser retribución en dicho concepto». Y con base en lo expuesto, se aplica el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, vigente en el momento de adopción del acuerdo, que exige que la retribución de los administradores se halle prevista en los Estatutos, lo

que en el caso no ocurre, por lo que se considera que el acuerdo es contrario a la Ley.

Por otro lado, para rechazar la pretensión de Sanitas, S. A., la resolución recurrida se basa en que no se ejercitó la acción de nulidad, al no formularse la petición en tal sentido, y sin tal soporte no resulta posible examinar las pretensiones ejercitadas en su demanda.

En el primer motivo del recurso de casación del beneficiario de la comisión se alega infracción del artículo 1.249 del Código Civil porque no se ha acreditado que las comisiones se acordaran en su condición de Consejero, ni que tal comisión revista la característica de retribución de las previstas en el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Tribunal Supremo rechazó este primer motivo pues, si bien: «...La sentencia recurrida considera que la comisión —en realidad pensión o renta— se estableció como retribución a la condición de Consejero Delegado. Tal apreciación puede ser desacertada, por lo que cabría su impugnación desde las perspectivas de la interpretación, o valoración de la prueba, o argumentación equivocada del juzgador con ocasión de efectuar deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia, que posibilitan juicios hipotéticos, o conclusiones razonables en un orden normal de las cosas, pero que no constituyen presunciones porque no tienen la naturaleza de éstas (sentencias, entre otras, de 5 de julio de 2004 [RJ 2004, 4996], 25 de abril [RJ 2005, 3756] y 19 de diciembre de 2005 [RJ 2006, 295]), pero en modo alguno es impugnable con base en el artículo 74 LSA/1951, porque este precepto sólo establece la prohibición de la retribución de los administradores cuando ésta no se encuentre prevista en los Estatutos, sin que quepa cuestionar a través del mismo quién tiene o no tiene la condición de administrador y si la retribución respondió o no a tal concepto. Sólo cabría estimar la aplicación indebida del precepto si previamente se modifica el presupuesto relativo a que la fijación de la comisión no obedeció al concepto de retribución por la condición de administrador societario».

El segundo motivo de casación, en el que se denuncia la infracción de los artículos 1.277, 1.281, 1.282 y 1.283 del Código Civil, es igualmente desestimado por el Tribunal Supremo en base a la interpretación que el Alto Tribunal realiza del referido acuerdo del Consejo de Administración de 1964 al decir lo siguiente:

«Si detenemos la atención en el contenido del acuerdo se aprecian dos aspectos de interés: uno, que la concesión se hace al Consejero-Delegado, Doctor don Diego, para sí y para sus herederos, y otro que la concesión se define como comisión de cartera que fijada en un 2 por 100 se redujo a un 1 por 100 por renuncia del señor Diego, por cuya voluntad el devengo no se inició hasta el año 1964, en lugar desde el año 1961. Resulta claro que no se expresa que se trate de una retribución por la administración societaria, lo que no parece, por lo demás ilógico, habida cuenta la atribución también a favor de los herederos. Por otro lado, resulta incontrovertible que la verdadera razón de la asignación dineraria no era una comisión de cartera porque el señor Diego no era agente, ni llevó a cabo ninguna actividad que pudiera generar comisiones».

En virtud de lo anterior, deduce el Tribunal Supremo lo siguiente: «a) la exteriorización de una causa falsa, comisión de cartera; b) la inconsistencia de los planteamientos de los demandantes, primero un cuasicontrato; ahora en casación un negocio jurídico de abstracción procesal, en relación con unas circunstancias excesivamente ambiguas y etéreas para poder justificar una asigna-

ción económica absolutamente desmesurada; y c) que la mera consideración de una retribución por administración no resulta suficiente para explicar la concepción más allá de la duración de la actividad como administrador, y singularmente a favor de los herederos. Todo ello, unido a la poderosa influencia del señor Diego hasta que se produjo la entrada en el Consejo de Administración en el año 1988 de una sociedad que había comprado un número importante de acciones, fundamenta la apreciación de que el Acuerdo respondió a una doble finalidad: burlar la prohibición legal del artículo 74 LSA/1951 (RCL 1951, 811, 945), y blindar una percepción económica para el futuro, no sólo para el propio señor Diego, sino también a sus herederos, que, cabría entender, podría perdurar hasta dos generaciones después de fallecido aquél (aplicación analógica de los arts. 781 y 785.3.º del CC). Pues bien, ambas finalidades son ilícitas, la primera por ilegal, fraude de ley, y la segunda, dadas la circunstancias de la cantidad y tiempo, por contraria a la moral, pues los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura.

Por consiguiente, nos encontramos ante un supuesto claramente incardinado en la causa ilícita, que el ordenamiento jurídico sanciona con la nulidad. El artículo 1.275 del Código Civil dispone que los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno, y es ilícita la causa cuando se opone a las Leyes o a la moral, y el artículo 1.306 del Código Civil regula los efectos de la nulidad del negocio celebrado con causa ilícita torpe cuando no constituye delito ni falta, diciendo: 1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que otro hubiese ofrecido. 2.ª Cuando está de parte de un solo contratante, no podrá repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido. El otro, que fue extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido. En el caso estimamos aplicable la regla primera, al menos en cuanto a la primera de las ilicitudes, la cual resulta de apreciación suficiente a los efectos del proceso, y excursa de más discurso judicial».

Por último, y en relación con el motivo del recurso de casación de Sanitas, S. A., vuelve a desestimarse por el Tribunal Supremo de la siguiente forma: «El motivo se desestima por no haberse formulado de modo expreso, claro y preciso, la petición de declaración de nulidad del Acuerdo del Consejo de Administración de 21 de diciembre de 1964, la cual no cabe entenderse formulada implícitamente, tal y como se razona en las dos sentencias de instancia».

Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo rechaza ambos recursos de casación y confirma la sentencia de apelación, en virtud de la cual se declaraba que los herederos carecían de derecho para reclamar las cuotas dejadas de pagar, ya que el acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad era nulo por vulnerar el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (actual art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989), y se declara igualmente que la sociedad no tenía derecho a reclamar las cantidades derivadas de dicho acuerdo nulo, puesto que no había ejercitado expresamente la acción de nulidad contra el meritado acuerdo del Consejo de Administración de 1964.

II. DE LA FIJACIÓN ESTATUTARIA DE LAS RETRIBUCIONES DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES

La primera cuestión de interés que precisa ser analizada en el enjuiciamiento de la sentencia de instancia y de apelación consistente en aseverar que la remuneración de un consejero delegado ha de venir necesariamente establecida en los estatutos sociales de la compañía, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, artículo 130 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1989 (1), si bien es cierto que el Tribunal Supremo rechaza la calificación de que el acuerdo del Consejo de Administración estableciera una auténtica retribución a su perceptor en función de su cargo de consejero delegado, no contradice dicha calificación al no haber sido impugnada por la misma por la parte recurrente en casación, argumentando una interpretación ilógica e irracional del acuerdo realizada en la instancia. Ello supone que dicha calificación retributiva y la consiguiente nulidad de la misma decretada por el juzgador de instancia y la sala de apelación, tuvieran una importante repercusión en el litigio resuelto por la referida sentencia del Tribunal Supremo.

Una primera aproximación a la problemática apuntada ha de hacerse desde la perspectiva de la conocida «Teoría del vínculo», así como de la diferenciación entre consejeros ejecutivos y consejeros no ejecutivos.

Sin ánimo de realizar un exhaustivo análisis de la citada «Teoría del vínculo», al no ser éste nuestro cometido en el presente trabajo, sí que puede sentarse como doctrina general jurisprudencial la incompatibilidad en el desempeño del cargo de consejeros delegados con el cargo de director general. Uno de sus últimos exponentes más claros es la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2005 (RJ 2005/4132) que sienta la ineficacia de la retribución fijada por un Consejo de Administración a favor de consejero delegado concertando al efecto un contrato de alta dirección, puesto que supone una infracción del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas que exige, como hemos apuntado, que la retribución de los consejeros ha de venir establecida en los estatutos sociales de la compañía.

En este sentido, se pronuncia dicha sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2005, al decir que: «...*La jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, aplicable al tiempo del hecho y la demanda, distingue al personal de alta dirección de los miembros del órgano de administración de la empresa en atención a las notas de ajenidad y dependencia, cuando interpreta el artículo 127.1 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) ("los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal"). Así se declara en las sentencias de 30 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6433). Y también estima que la distinción entre un miembro del órgano de administración de una sociedad y alto directivo viene dada por la naturaleza del vínculo que le une con la compañía y no por la actividad desplegada que puede ser de gran analogía si el alto cargo está provisto de altos poderes (sentencia de 18 de diciembre de 1989 [RJ 1989, 9035]). La similitud de las actividades que desarrolla un consejero y alto directivo se pone*

(1) Para una mayor extensión sobre este problema, vid., por todos, Cándido PAZ-ARES, en Conferencia de 8 de febrero de 2007, organizada por la Academia Matritense del Notariado: *Consejeros ejecutivos ¿Quién establece la retribución?*, disponible en www.elnotario.com

de relieve en la sentencia de la referida Sala de 7 de abril de 1992: la existencia de la relación laboral de carácter especial no viene determinada por el hecho de las funciones desempeñadas, sino por la naturaleza del vínculo que lo une con la sociedad, de tal manera que la relación será ajena al ámbito del derecho del trabajo en todos aquellos supuestos en que el desempeño de las tareas responde a ostentar la condición de administrador de la sociedad, la relación entre éste y la sociedad es de carácter interno (sentencias de 29 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7143] y 13 de mayo de 1991 [RJ 1991, 3906]).

No existe contrato de trabajo por la mera actividad de un consejero. Hace falta "algo más". Pero, aún existiendo "algo más", para llegar a una actividad laboral se requiere ajenidad. Cuando los consejeros asumen las funciones de administrador gerente, como sea que estas dos funciones no aparecen diferenciadas en nuestro Derecho, debe concluirse que las primeras absorben las propias de la gerencia, que, en consecuencia, se considerarán mercantiles (...).

La naturaleza del vínculo que une al consejero con la sociedad es mercantil, no pudiendo serle aplicables pactos procedentes de un contrato de alta dirección anterior, rigiéndose por las normas imperativas contenidas en los artículos 130 y 141 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206). Es contrario al artículo 130 convenir una indemnización a favor del consejero para el supuesto de que sea cesado (sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 1992 [RJ 1992, 10570]). Es decir, el demandante, por voluntad propia al firmar el contrato, consintió su integración en el órgano de dirección y de representación de la sociedad, por lo que ha de aplicarse necesariamente la normativa de este tipo de personas jurídicas, que no puede quedar sin efecto por la vía de pactos contractuales. Y no puede alcanzar eficacia por la indeterminada remisión que en el presente caso se hace al Consejo de Administración en los estatutos de la sociedad demandada (...).

Si bien las anteriores manifestaciones vertidas por la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de abril de 2005, pueden considerarse como la línea general de la conocida como «Doctrina del vínculo», no es menos cierto que los tribunales han venido realizando alguna excepción a dicha incompatibilidad cuando si se desempeña además del cargo de consejero delegado, el de director gerente, porque así expresamente se hubiese establecido en los estatutos sociales. Defendiéndose la coexistencia de la relación mercantil y laboral en aquellos casos en que los cargos y funciones vengán diferenciados en los estatutos sociales, como establecen —por ejemplo— la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 1991 y la de 27 de enero de 1992.

Así la sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 1991, se pronuncia del siguiente modo: «(...) cuando se ejercen funciones de esta clase, la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que, en definitiva, se actúan directamente o mediante delegación interna la relación no será laboral.

Pero lo anterior no impide que las normas que regulan la administración social puedan configurar puestos directivos diferenciados de los órganos de administración social en sentido estricto, y esto es precisamente lo que ha sucedido en el presente caso a la vista de los preceptos de los Estatutos de la empresa demandada, en los que la Dirección General se establece como órgano distinto

del Consejo de Administración y subordinado a éste, sin que ninguna regla de incompatibilidad impida la designación para este puesto de un miembro del Consejo. De ahí que las actuaciones del actor como Consejero Delegado y Director General puedan aquí diferenciarse y aplicarse a la segunda la calificación de alta dirección a efectos de su inclusión en la relación laboral especial que contempla el artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, posibilidad que admiten las sentencias de 25 de julio de 1989 y 25 de octubre de 1990. Esta distinción entre administración social y dirección ha sido además la práctica normal de la empresa, pues no sólo se ha reconocido al actor su condición laboral en atención al cargo de Director General, sino que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en su informe, tras su cese y la reforma estatutaria mencionada, se ha designado un nuevo Director General pese a contar la sociedad con un Administrador único. Debe, por tanto, aceptarse el carácter laboral del vínculo del actor con la empresa respecto al desempeño de las funciones de Director General y la competencia del orden social para reconocer de la pretensión deducida en la demanda».

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 1992, estableció que: «(...) las funciones de alta dirección son las mismas, en principio que las de Consejero Delegado; otra cosa sería, si como se planteaba en la sentencia de esta Sala de 13-5-1991, el actor hubiera desempeñado además el cargo de Consejero Delegado, el de Director Gerente, porque expresamente se hubiera establecido por la Administración Social, como órgano distinto del Consejo de Administración y subordinado a éste su último cargo, nombrándose para el mismo, a quien era Consejero Delegado, supuesto, que en el caso de autos no concurre, ya que de las actuaciones no resulta aquello; el hecho de que figurase afiliado a la Seguridad Social con la categoría de Director Gerente, hasta pocos días después de su cese como Consejero Delegado en que se le dio de baja no es óbice, para lo antes dicho, la Sala reiteradamente ya tiene declarado que dicha circunstancia no es determinante de la calificación de la relación jurídica entre los litigantes».

En nuestra opinión, resulta conveniente realizar una redefinición de los postulados de la anterior doctrina en base a la distinción entre consejeros ejecutivos y consejeros no ejecutivos, entendiendo por consejeros ejecutivos aquellos que además de realizar la función de supervisión propia de cada consejero, tienen encomendada la función de la gestión ordinaria de la sociedad, coincidiendo con el profesor PAZ-ARES (2) en que: «...el artículo 130 LSA no se aplica a la retribución de la función ejecutiva que se haya encomendado a un consejero, sino solamente a la función de supervisión. La retribución de la función ejecutiva, como parte de la delegación de facultades, se ubica en el artículo 141 LSA», en contra del parecer general de la doctrina mercantilista que considera que toda retribución de administrador está sujeta a las previsiones de constancia estatutaria de acuerdo con lo establecido en el mencionado artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, aduciendo generalmente que una posición contraria vulneraría las normas del Estatuto de los Trabajadores, vulneraría de forma fraudulenta el espíritu del artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas al cercenar la competencia de la Junta General consistente en la fijación de dicha retribución y por la existencia de un conflicto de interés existente en que sea el Consejo de Administración quien fije la retribución del consejero delegado.

(2) Vid., *op. cit.*

Resulta claro que de los sistemas de administración societarias permitidos por nuestro Derecho de Sociedades (administrador único, administradores solidarios o mancomunados y Consejo de Administración), los tres primeros están integrados por consejeros ejecutivos, mientras que los miembros de un Consejo de Administración ejercen la función política o de supervisión social, y sólo ejercen la propia labor de gestión cuando así se le encomienda por el propio Consejo de Administración.

Pues bien, partiendo de la referida definición de consejeros ejecutivos, coincidimos igualmente con PAZ-ARES (3) al afirmar que lo que realmente excluye el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores no es la actividad de gestión que puede desempeñar cualquier consejero, sino solamente a «*la actividad que se delimite pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración*», pudiendo por tanto dicha actividad ser regulada por una relación mercantil o laboral de alta dirección, independiente o coexistente con la relación orgánica, siendo por tanto el Consejo quien puede fijar la remuneración de dicha actividad de gestión, con la conocida excepción de que la misma consista en planes de *stock options* o supuestos asimilados, donde la competencia reside ineludiblemente en la Junta General para fijar los límites del sistema retributivo, según el párrafo segundo del propio artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, aunque la competencia última para decidir si se otorga a un consejero una retribución de tales características vuelve a recaer en el Consejo de Administración. Mientras que los argumentos del fraude y conflicto de interés, consideramos también junto con el citado autor, que han de combatirse con los mecanismos societarios previstos al efecto, como sería la concreción positiva del deber de lealtad establecido en el artículo 127.ter de la Ley de Sociedades Anónimas.

En suma, como expone PAZ-ARES (4): «...*No tiene sentido, en efecto, que la retribución de la actividad de gestión que pueda desarrollar un consejero ejecutivo en virtud de la delegación de facultades adoptada por el propio Consejo haya de estar predeterminada por los Estatutos o por la Junta, y ello por varias razones: i) porque la delegación orgánica o contractual de facultades no es un acto necesario del Consejo, sino facultativo; ii) por la delegación de facultades puede hacerse con un alcance mayor o menor; y iii) porque las condiciones de desempeño de las facultades delegadas —nivel de dedicación, ámbito del deber de no competencia, etc.— son fijadas por el propio Consejo de Administración*».

Expuestas las consideraciones anteriores, no podemos más que disentir del criterio adoptado por la sentencia de instancia y de apelación, que no pudo ser desvirtuada en la casación comentada, consistente en la obligación de que toda retribución de administradores haya de venir fijada estatutariamente, ya que dicho criterio no obedece a la propia razón de ser la diferencia entre la dualidad de funciones de un administrador, la función supervisora o política y la función de gestión ordinaria de la vida social, máxime si nos atenemos a que la relación orgánica analizada en la meritada sentencia del Tribunal Supremo era la de un consejero delegado, quien ha de poder recibir una remuneración distinta a la de su propio cargo de administrador (función política) por el concepto, derivada de la propia delegación de funciones arbitrada por el Consejo de Administración en cuestión (función de gestión), lo que implica una justa retribución por la llevanza a cabo del objeto de la delegación realizada, aunque

(3) Vid., *op. cit.*

(4) Vid., *op. cit.*

tal postura siga siendo contraria a pronunciamientos jurisprudenciales existentes sobre cuestiones análogas a la analizada.

II. DE LA NULIDAD DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Como hemos podido ver la nulidad del acuerdo del Consejo de Administración que en la presente casación fue objeto de controversia, se decretó por la sentencia de instancia y por la de apelación como consecuencia de la vulneración de la norma imperativa contenida en el artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 (actual art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas), motivo de nulidad sobre el que ya hemos expresado nuestro desacuerdo en el apartado anterior del presente trabajo, por las razones expuestas en el mismo.

Con las premisas anteriores, conviene establecer *a priori* un apunte de Derecho Transitorio debido a la fecha del acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad cuya nulidad se discutió en esta casación, esto es, 1964. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 1997 (*RJ* 1997/6347), que versaba sobre la impugnación de un acuerdo del Consejo de Administración adoptado en 1988, por el cual el Director-Gerente (5) de la sociedad obtenía una situación de privilegio y blindaje económico para el caso de despido o resolución de su contrato estableció al respecto: «...*A tales efectos la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil es bien expresiva, ya que declara que tanto los derechos (Disposición Transitoria primera) como las acciones nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconocen las legislaciones precedentes. Ahora bien, su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer se sujetará a lo dispuesto en el Código, es decir, a lo que se establezca en el nuevo derecho instaurado, con lo cual la aplicación de la derogada Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951 (RCL 1951/811, 945 y NDL 28531) no presenta duda*

(5) En cuanto a la naturaleza del Director-Gerente, Rodrigo URÍA, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRÍA afirman lo siguiente: «...*Señalemos, no obstante, que el hecho de que los gerentes o directores generales desarrollen normalmente tareas o funciones propias de la gestión o representación de la sociedad, no parece suficiente para entender que estamos ante un órgano social en sentido propio [la sociedad sólo puede tener —como se desprende del art. 9.h) de la Ley— un órgano de administración], sino ante altos cargos, sometidos como tales a la relación especial de trabajo del personal de alta dirección regulada en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (vid. sin embargo, la STS de 20 de octubre de 1988) —que considera al Director Gerente como órgano de administración cuando el cargo se halle previsto y regulado en los estatutos—, así como SSTS de 29 de octubre de 2001 —extendiendo al director general la doctrina del “factor notorio”—, de 26 de abril de 2002 y de 27 de marzo de 2003. A diferencia de los administradores, que ejercitan las funciones y la representación legalmente atribuidas al órgano de administración (funciones orgánicas), los altos cargos son, en su caso, meros apoderados generales que reciben sus poderes de gestión y representación de un acto negocial y voluntario (apoderamiento), que puede tener muy diverso alcance (a este respecto, vid. Resoluciones de la DGRN de 12 de abril de 2002 y de 27 de febrero de 2003). Se discute, sin embargo, la posibilidad de que una misma persona reúna al tiempo la doble condición de administrador y de alto directivo (vid. SSTS de 9 de mayo de 2001, de 27 de marzo de 2003 y —especialmente— de 21 de abril de 2005, que con carácter general rechaza esta acumulación de relaciones)», Rodrigo URÍA-Aurelio MENÉNDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, 2.ª ed., Thomson-Civitas, 2006, pág. 987.*

alguna, no rigiendo, en cuanto atañe a la esencialidad del debate procesal, la nueva Ley de 22 de diciembre 1989 (RCL 1989/2607 y RCL 1989/1851), vigente desde el 1 de enero de 1990, ya que una cosa es el derecho en sí, que se mantiene y conserva, y otra es su ejercicio, que se adapta y actualiza, atemperándose a la normativa vigente de condición adjetiva, como dice la sentencia de 8 de noviembre 1995 (RJ 1995/8113)... pero en todo caso resulta improcedente la pretendida aplicación del artículo 143 de la Ley de 1989, en razón a la fecha cronológica en que se tomó el acuerdo, del que surge la acción para la procura de su impugnación e ineficacia, con lo que queda sometido de forma generalizada a la disciplina del artículo 79 de la Ley de 1951, que contempla el ejercicio del cargo de administrador con abuso de facultades o malicia, incluyéndose el proceder desleal, causante de daños» (6).

Hasta ahora la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 1997, nos sienta dos claras premisas aplicables a la sentencia objeto del presente análisis: i) la normativa derogada compuesta por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 es la rectora del caso analizado en función de la fecha del acuerdo del Consejo de Administración, esto es, 1964; y ii) es la disciplina del artículo 79 de la Ley de 1951, reguladora de la responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima la que ha de tenerse en cuenta para valorar y enjuiciar el supuesto de hecho. Esta última conclusión, extraída de un pleito dirimido por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 1997, en que analizaba la procedencia desleal del Consejo de Administración en el blindaje del director-gerente, lo consideramos análogo al acuerdo de la sentencia del Tribunal Supremo de 2006, objeto de este trabajo, puesto que, en suma, en ambas lo que realmente trasciende es el enjuiciamiento del deber de lealtad de los administradores.

(6) Estamos de acuerdo con la aplicación y resultado del Derecho Transitorio que realiza el Tribunal Supremo en la presente sentencia, incluso para la problemática derivada de la prescripción y caducidad (posteriormente tratadas) a los efectos de considerar el momento de comienzo de la prescripción como criterio decisivo en cuanto a la transitoriedad de las normas sobre la misma. En este sentido, Díez-PICAZO, al comentar el artículo 1.939 del Código Civil se expresa diciendo que: *«La regla central es que la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, se rige por la Ley vigente en el momento en que el fenómeno de prescripción comenzó a producirse. Se deduce de ello que la ley nueva no se aplica, en línea de principio, a las prescripciones que se encontraran en curso bajo el imperio de la legislación anterior»*, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1993, pág. 2094. De igual forma, Fernando, al comentar la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil se pronuncia del siguiente tenor: *«...del primer inciso del artículo 1.939 del Código Civil se sigue que el momento decisivo para resolver la cuestión relativa al derecho transitorio en materia prescriptiva es aquél en el cual comienza a correr el plazo de prescripción. La prescripción comenzada antes de la publicación del Código se rige por las Leyes anteriores y la prescripción comenzada después por las posteriores...»*, en *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones Forales*, Tomo XXV, Vol. 2, Edersa, 1994. De igual forma, Fernando REGLERO CAMPOS critica —en nuestra opinión con acierto— la postura de A. HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, quien sostiene (igualmente al comentar la Disposición Transitoria cuarta del Código Civil) que: *«...los plazos (y condiciones) de la prescripción, como en su caso, los de la caducidad (recuérdese que también se trata de acciones), están sujetos en cada caso y momento al derecho objetivo imperante en el tiempo en que el derecho subjetivo (o la acción) se trata de ejercitar, que es, a la vez, el tiempo en que la prescripción o caducidad, como excepciones se hacen valer»*, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, pág. 2204.

Esta conclusión enlaza y concuerda con la que hemos mantenido en el apartado anterior de este trabajo, a saber, que la valoración acerca de la retribución de los administradores por sus labores de gestión fijada por el Consejo de Administración ha de procederse conforme a los niveles de diligencia y proceder leal exigidos legalmente (art. 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y 127.ter de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989).

Pero la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 1997, al continuar enjuiciando el caso citado, se pronuncia también —proporcionándonos nuevos elementos de debate para el caso aquí tratado, del siguiente tenor literal: «...*No se trata de propio y claro supuesto de nulidad absoluta, previsto en el artículo 6.3 del Código Civil —aplicable también al Derecho Societario (sentencia de 27 de diciembre 1993 [RJ 1993/10152]—, pues el acuerdo litigioso cabía la posibilidad de ser convalidado u obtener confirmación de la Junta, debidamente constituida para poder decidir su validez y, al no resultar aplicable el artículo 68 de la Ley de 17 julio de 1951, ha de tenerse en cuenta el plazo general de caducidad de cuatro años que fija el artículo 1.301 del Código Civil, en relación al 943 del Código de Comercio, plazo que no había transcurrido al tiempo de interponerse la demanda, ya que, a mayores razones, al no ser de aplicación el artículo de la legislación vigente, tampoco juega la remisión que se hace en su párrafo último sobre plazos para impugnar acuerdos de la Junta General*».

En suma y al hilo de lo anterior, el debate también ha de presentarse en términos de nulidad absoluta vs. anulabilidad, tanto en términos del Derecho Común aplicable a los negocios jurídicos en general como del Derecho Societario, al calificar el supuesto de invalidez del acuerdo del Consejo de Administración de 1964, con las importantes consecuencias que ello conlleva.

Por otro lado, sí coincidimos —con los datos que nos ofrece la sentencia— con el Alto Tribunal que el presente supuesto no se trataba de una remuneración por las funciones políticas desempeñadas por el consejero delegado, ni creemos tampoco que por las funciones de gestión que ejecutara el mismo, ya que la denominada «retribución» se designó para el consejero delegado y para sus herederos, extremo este último que revela claramente lo inapropiado de tal calificación remuneratoria. Tampoco puede mantenerse que la misma fuese una «comisión de cartera», como realmente se la denominó en el acuerdo, puesto que como quedó probado ni el consejero delegado era agente ni ejecutó actividades que pudieran dar lugar a dicha comisión de cartera. Además en el recurso de casación se fundamentó el citado acuerdo del Consejo de Administración en «*la concurrencia de las diversas condiciones personales que reunía don Diego como auténtico promotor y fundador de la compañía y auténtico elemento esencial en el desarrollo de la misma en el transcurso de los años, así como por su excelencia empresarial y profesional, circunstancias generadoras, directa o indirectamente, de beneficios para la sociedad, que las premia el Consejo de Administración de la entidad y las ratifica sucesiva y durante años la Junta General*». A lo anterior, hay que unir que el Tribunal Supremo calificó a la «retribución» como una «*asignación económica absolutamente desmesurada*».

Descartada, a nuestro juicio, la calificación de retribución inherente al cargo de administrador o por funciones expresamente encomendadas de la asignación económica adoptada en el Consejo de Administración de 1964, resulta necesario primero atender a la naturaleza jurídica y causa de dicha asignación para predicar del mismo la consecuencia jurídica sobre el carácter de invalidez de la misma, a saber, nulidad o anulabilidad, debiéndose realizar

dicho análisis desde el prisma del negocio jurídico, en función a la pacífica consideración de tal carácter respecto de los acuerdos sociales.

En este sentido, la expresión en el acuerdo de que la causa del mismo fue debido a una «comisión de carter» y probada la inexistencia de los presupuestos para el devengo de la citada «comisión de carter», nos conduce a opinar que en el mismo se realizó una expresión de causa falsa, tal y como también considera la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006.

De acuerdo con el profesor DE CASTRO (7): «*El Código Civil ha venido, en cambio, a distinguir dos figuras: 1.ª La expresión de una causa falsa en el contrato; falsedad que se contrapone a la causa verdadera (art. 1.276). Este supuesto es aquel en el que esa causa falsa se ha considerado sinónimo de simulación...*», así es de aplicación el artículo 1.276 del Código Civil y la doctrina del mismo, quien ha de comenzar a ofrecernos los elementos de juicio para el análisis del presente caso. En este sentido, el artículo 1.276 del Código Civil prevé que «*La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*», entendiendo la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que «*La simulación relativa no se agota en la simple producción de la apariencia, sino que ésta es sólo un medio para ocultar un negocio verdadero que se concluye entre las partes, la ineficacia de la forma externa simulada no obstaculiza la validez eventual del negocio verdadero encerrado, la demostración de la simulación hace desaparecer la relación fingida que media entre las partes, con el fin de enmascarar, pero deja intacta la relación verdadera que las partes han concluido secretamente, la cual será eficaz en cuanto reúna las condiciones necesarias para su existencia y validez*» (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1958).

Por ello, si el negocio externo de «comisión de carter» sí que puede considerarse nulo (a la vista de los datos que ofrece la sentencia), habría que analizar si el negocio interno de dicha simulación relativa gozaba de una causa lícita para afirmar o no la validez del mismo. Pues bien, dicha asignación económica (no siendo una verdadera retribución, ni una comisión de carter), parece apuntar al concepto de donación remuneratoria, *ex* artículo 619 del Código Civil, como parece también afirmar la sentencia, al estipularse la misma a favor también de los herederos del inicial preceptor, lo cual no encajaría dentro del concepto de prestación de servicios, por el ánimo de liberalidad apreciable en la misma recogido también —a nuestro juicio— en la justificación o sentido subjetivo de su causa que se realiza por la parte en su motivo de casación, al afirmar que la misma consiste en un premio del Consejo de Administración en atención a las labores del recipiente.

En relación con dicho extremo, la sentencia afirma la nulidad de la asignación por burlar la prohibición del artículo 74 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, consecuencia que no compartimos, ya que la propia Sala admite que no es una retribución de administrador, aunque consideramos que extrae dicha afirmación del motivo del fallo de instancia y de apelación que contrariamente a lo considerado por el Tribunal Supremo así la califican, calificación jurídica no desvirtuada mediante la impugnación de la valoración probatoria realizada en instancia. En nuestra opinión, no se produce la aducida *circunventio legis*, ya que aún afirmándose la naturaleza de la asignación como retribución del consejo delegado, la misma no habría de constar necesariamente en esta-

(7) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, reimpresión, 1997, pág. 242.

tutos, ya que de las afirmaciones recogidas puede extraerse que la misma, en todo caso, sería calificada como retribución por las funciones de gestión del consejero delegado. En segundo lugar, de considerarse que la causa de la misma atiende a un *animus donandi* de carácter remuneratorio, su ilicitud no podría predicarse (*ex art.* 1.275 del Código Civil) por una oposición a las Leyes, ya que ninguna norma positiva impediría *a priori* la constitución de la posible donación remuneratoria, debiendo entonces enjuiciarse su validez o no términos de oponibilidad a la moral o buenas costumbres.

En relación con esta problemática relativa a la moralidad o no del negocio, DE CASTRO (8) afirmaba con gran acierto lo siguiente: «*Las buenas costumbres hacen referencia a la moral y, a la vez, a la consideración social, según aquella, de las conductas. Se trata de la conducta moral exigible y exigida en la normal convivencia de las personas estimadas honestas. De aquí que el estigma de causa opuesta a la moral, o contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando, por immoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ella lo considere indigno de amparo jurídico... Todo lo dicho confirmará lo antes indicado, que la apreciación de la inmoralidad de la causa de un negocio supone encomendar a los jueces una tarea de gran delicadeza, para cuyo desempeño se requiere especial sensibilidad respecto a lo deseable y posible socialmente. Aplicación de los principios generales, aunque de otro contenido y de funcionamiento semejante al de los designados con el nombre de orden público*».

A la difícil realización del juicio acerca de la moralidad de la causa que ha de realizarse [en palabras de Díez-PICAZO (9), «*En épocas como la nuestra de moral muy cambiante, este enjuiciamiento será difícil de hacer...*»], ha de añadirse por lo demás lo previsto en el artículo 1.277 del Código Civil, que prevé lo siguiente: «*Aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario*». De esta forma, cabe recordar que según tiene establecido la sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 1996 (RJ 1996/5566): «*Es reiterada la doctrina de esta Sala (sentencia de 4 de febrero 1995 [RJ 1995, 739] y las numerosas citadas en ella) la de que la apreciación de la existencia o inexistencia de causa en los contratos o la concurrencia de causa falsa está atribuida al Tribunal a quo, por ser de naturaleza fáctica, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida inviolable en casación, a no ser que la misma sea desvirtuada por el medio impugnatorio adecuado para ello, que actualmente (una vez suprimido el antiguo ordinal cuarto, que viabilizaba la denuncia del error de derecho de la valoración probatoria por el cauce del ordinal cuarto en su nueva y vigente redacción) lo que requiere es la cita inexcusable del precepto que, conteniendo una norma valorativa de prueba, se considera infringido*».

Asimismo, en relación con el citado artículo 1.277 del Código Civil, la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de julio de 1994 (RJ 1994/6573) que: «*la doctrina científica y la jurisprudencia ha venido atribuyendo al citado artículo 1.277 el valor de una regla procesal, que supone la inversión de la carga de la prueba en beneficio del acreedor, a quien se le exime, en principio, de probar la causa que subyace en el reconocimiento de la deuda, sin perjuicio de que el deudor pueda demostrar que tal causa no existe o es ilícita, acreditando el verdadero origen de la obligación. Bajo otro punto de vista, también se ha*

(8) DE CASTRO, *vid., op. cit.*, págs. 246 y 247.

(9) LUIS DIEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del Contrato*, Editorial Civitas, 1996, pág. 243.

entendido que el precepto legal contiene más bien la formulación de una presunción iuris tantum, que ampara la existencia de la causa, al suponer la ley que realmente existe y es lícita, relevando al acreedor de alegar y especificar su verdadero contenido. De cualquier forma que doctrinalmente se entienda el sentido del citado artículo 1.277, lo incuestionable es que la ley desplaza la prueba de la causa al deudor, en contra de lo que sucede con los demás requisitos esenciales del contrato, cuya carga probatoria corresponde a quien reclama su incumplimiento (sentencias de 1 de mayo de 1952 [RJ 1952, 1224]; 3 de febrero de 1973 [RJ 1973, 403]; 25 de septiembre de 1983 y 17 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2730]); 25 de septiembre de 1983 y 17 de mayo de 1986 [RJ 1986, 2730]). Esto es, según la Jurisprudencia existe una presunción legal de la existencia y licitud de la causa, lo que supone, en palabras de Díez-Picazo (10) que: «...la carga de la prueba se traslada al contratante que pretenda desvincularse por la vía de nulidad o la ineficacia».

Las anteriores interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca del artículo 1.277 del Código Civil no fueron debidamente atendidas —en nuestra opinión— en los motivos de la sentencia de casación analizada, puesto que la ilicitud de la causa no parece ser el motivo de nulidad alegado por la sociedad, ya que según su propio motivo de casación se dice que: *«tanto en el escrito de contestación a la demanda del juicio núm. 163/89 como en la demanda del juicio acumulado núm. 642/90, se indicó reiteradamente que el acuerdo aludido incurría en nulidad absoluta por contravenir el artículo 74 de la LSA...»*, no apreciándose además en la sentencia de instancia y en la sentencia de apelación tal motivo de ilicitud referido a la causa.

No obstante lo anterior, vista —en nuestra opinión— la inicial inexistencia de ilegalidad por vulneración de norma imperativa (sin perjuicio de los argumentos de derecho societario que posteriormente comentaremos) o por la comisión de fraude, el Tribunal Supremo (pese a los impedimentos del art. 1.277 del Código Civil) califica al acuerdo del Consejo como negocio con causa ilícita por ser contrario también a la moralidad, al decir que: *«...pues los principios éticos que rigen los comportamientos sociales, que trascienden al orden jurídico, no permiten el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes a cargo de otras personas, sin que existan razones que expliquen o justifiquen la desmesura»*, sin realizar una correcta argumentación de tal oposición.

A continuación y pese a la calificación de nulidad (por las razones expuestas) que realiza el Tribunal Supremo del acuerdo del Consejo de Administración de 1964, niega los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad, al considerar aplicable el artículo 1306.1 del Código Civil, o sea, que recalifica (si se nos permite la expresión) al citado acuerdo de negocio con causa torpe, lo cual merece también ser considerado en este momento, debido a la trascendencia de dicha «recalificación».

Para sentar las correctas premisas para la aplicación del artículo 1.306 del Código Civil, estamos de acuerdo con DELGADO ECHEVARRÍA (11) que: *«Interesa subrayar que hay, sin duda, contratos de causa u objeto ilícitos en que, no habiendo delito, y no pudiendo reprocharse torpeza a ninguno de los contratantes, no han de aplicarse los artículos 1.305 y 1.306, sino la regla de recíproca*

(10) Vid., *op. cit.*, pág. 245.

(11) Delgado ECHEVARRÍA Y PARRA, *Tratado de las nulidades del contrato*, Zaragoza, 2003. Disponible en www.unizar.es

restitución (art. 1.303). Sucede ello, ante todo, en los casos en que el contrato sea nulo por ser contrario a la ley —supuesto habitualmente considerado de nulidad por ilicitud de la causa, atendiendo a que, según la letra del artículo 1.275, es ilícita la causa cuando se opone a las leyes—, pero no se puede tachar la conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa o infame (que son los significados del adjetivo “torpe”, según el Diccionario de la Academia, 4.^a y 5.^a acepciones). Sólo la torpeza en el sentido dicho —o la condena por delito o falta— determina la privación de la repetición. La tacha de torpeza podrá acompañar a la infracción a la ley, pero ciertamente no en todos los casos ni de forma necesaria. Ni toda conducta ilegal lleva tacha de turpitud, ni ésta implica necesariamente contradicción a la ley». Es decir, la causa torpe no lo es por ser contraria a la ley (lo cual sería objeto de la causa ilícita), sino por ser considerada como una conducta de las partes como deshonesta, impúdica, lasciva, ignominiosa, indecorosa e infame, de ahí que la excepción que presenta el artículo 1.306 del Código Civil al artículo 1.303 del mismo cuerpo legal, en cuanto a la irrepetibilidad o inaplicación de la regla general restitutoria derivada de la nulidad, haya de interpretarse en su correcta medida y de forma restrictiva.

En cuanto a dicha interpretación restrictiva y conexión con la paridad de culpas exigible para la aplicación del artículo 1.306, DELGADO ECHEVARRÍA (12) se pronuncia diciendo que: «Se ha defendido la necesidad de una apreciación comparativa de la torpeza de una y otra parte, de modo que sólo se privará de repetición a ambos cuando su comportamiento sea igualmente vituperable, pero no cuando haya sensible desproporción, aun habiendo obrado ambos inmoralmente (en particular, *Le Tourneau*, Ph. 1970, 175 y sigs.). El adagio in pari causa turpitudinis parece apuntar en esta dirección. Este planteamiento flexible, que permitirá al juzgador mayor margen de apreciación, para llegar en cada caso a la solución más equitativa, nos parece el adecuado en nuestro Derecho, pues armoniza con la última parte del artículo 1.305. En efecto, si el cocontratante de quien incurrió en delito o falta puede repetir lo dado, por más que su propia conducta no sea irreprochable (mientras él, a su vez, no haya delinquido), el mismo criterio que pena sólo a aquél cuya conducta es más gravemente inmoral habrá de tenerse en cuenta cuando ninguno haya cometido delito o falta, pero la infamia de uno haga palidecer la de la otra parte».

Este argumento ha sido el defendido en la conocida sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1986 (RJ 7432), al afirmarse que: «Nos encontramos ante un caso de inexistencia de contrato por falta de causa, hipótesis a la que no le es aplicable la normativa del referido precepto, pero es que aunque, a título de abundamiento, se entendiera, como pretende el recurrente, que el supuesto de litis es subsumible en la hipótesis de ilicitud de la causa no constitutiva de delito o falta, nunca podría atribuirse culpabilidad en la torpeza de aquélla a C., S. A. por haber sido, no autora o coautora de tal identidad, sino víctima de la antijurídica conducta del recurrente, como ha quedado patente en el anterior considerando sin que tal ilicitud quepa referirla a la infracción fiscal cometida con anterioridad, sino a la causa del simulado contrato de compraventa o del pretendidamente disimulado contrato de donación». En relación con esta sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre de 1986, MORALES MORENO (13) expone acertadamente sobre la misma que: «A pesar de la ilicitud

(12) Vid., *op. cit.*

(13) MORALES MORENO, *Anuario de Derecho Civil*, 51-2 (1988), págs. 616-618.

de la causa y aunque Cuétara, S. A. no carezca totalmente de culpa en su intento de asegurar el silencio, es más reprochable la conducta del señor Carmona, que ha intentado aprovecharse de la situación para obtener una ventaja patrimonial carente de toda justificación, por ello no procede aplicar el artículo 1306.1 del Código Civil».

De acuerdo con lo anterior, no compartimos la decisión de la sentencia aquí analizada de tratar como supuesto de causa torpe «...al menos en cuanto a la primera de las ilicitudes...», en referencia al carácter ilegal o fraudulento del acuerdo del Consejo de Administración de 1964 predicado por la propia sentencia de casación, ya que aún discrepando *ab initio* de la citada afirmación o calificación, como hemos visto, tal consideración no tendría o merecería la aplicación del artículo 1306.1 del Código Civil, al no tratarse de una auténtica causa torpe, debiendo pues haberse fundado la misma sólo en la contravención de las reglas morales, con las dificultades apuntadas. Pero es más, aún admitiendo dicha contravención moral (y como con posterioridad desarrollaremos), la misma en todo caso devendría de un actuar no diligente y reprochable en términos culpabilísticos del consejero delegado al haberse aprovechado (según los datos de la sentencia) de su condición de tal para acceder o estipularse —vía acuerdo de Consejo de Administración— a una asignación económica. Pero como prescribe el referido artículo 1306.1 del Código Civil, ha de establecerse también la culpabilidad de la contraparte, en este caso la sociedad, lo cual aunque pueda no considerarse totalmente exenta de culpa, tras su comportamiento durante los años siguientes al acuerdo del Consejo de Administración consintiendo el mismo, también es cierto, que debido a la influencia del consejero delegado en la propia sociedad y al hecho de tratarse realmente de un incumplimiento del deber de lealtad, no consideramos acertada la aplicación del artículo 1306.1 del Código Civil en el presente caso, si admitiéramos a efectos dialécticos la existencia de una causa de nulidad absoluta en el acuerdo del Consejo de Administración, debido igualmente a la desproporción culpabilística existente entre ambas partes.

Pues bien, de lo tratado hasta el momento podemos concluir parcialmente: i) la inexistencia de una nulidad *contra legem* del acuerdo del Consejo de Administración de 1964, porque si se tratara de una remuneración por las funciones de gestión del consejero delegado, las mismas no tendrían que venir fijadas necesariamente en estatutos sociales; ii) la causa ilícita del acuerdo sólo se podría haber alegado si se considerara al citado acuerdo contrario a la moralidad, con la dificultad en su apreciación y con su problemática procesal apuntada; iii) la no aplicación —a nuestro juicio— de la exención al régimen general restitutorio por mor del artículo 1.306 del Código Civil, debido a la inexistencia de una paridad de culpas entre las partes del citado acuerdo.

No obstante, realizadas las anteriores consideraciones, hemos de volver de nuevo a afirmar que el Derecho de Sociedades ofrece tratamiento a estas situaciones, el cual no ha de ser obviado. Así, la actuación del consejero delegado podría haberse tildado como de conducta desleal, vulnerándose de esta forma su deber de lealtad con la sociedad, al haber propiciado un acuerdo del Consejo de Administración de las características comentadas. Por ello, son las normas de responsabilidad de los administradores las que han de tenerse en cuenta al respecto. En este sentido, los actuales artículos 127 y 127.ter de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 nos ofrecen respuesta a las situaciones infractoras del deber de lealtad por la existencia de un claro conflicto de

interés entre la sociedad y el correspondiente administrador, normas que encuentran su antecedente en el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, aplicable al presente supuesto en virtud de la fecha del acuerdo del Consejo de Administración. Dicho precepto prescribía expresamente lo siguiente: «Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal, y responderán frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave. En cualquier caso estarán exentos de responsabilidad los administradores que hayan salvado su voto en los acuerdos que hubieren causado daño».

De esta forma, hemos de preguntarnos cuál sería la consecuencia en relación con el citado acuerdo del Consejo de Administración por haberse vulnerado por el consejero delegado su deber de diligencia y lealtad para con la sociedad. En este sentido, FRANCISCO JOSÉ ARANGUREN URRIZA (14) se pronuncia *in genere* al respecto: «Tratándose de un acto contrario a una norma imperativa, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, habría de predicarse que el contrato prohibido celebrado en contra de tal prohibición por el administrador será nulo. Sin embargo, habrá que tenerse en cuenta el hecho de que el artículo 127.ter está estrechamente vinculado al 133 LSA, que sanciona la responsabilidad del administrador frente a la sociedad, socios y terceros, por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, siempre que de ello se derivase un daño al patrimonio social. Además, si el interés opuesto concurriera sólo respecto de uno o varios de los administradores, siendo mayoría los que no lo tuvieran, parece exagerado acudir a la nulidad, a falta de efectivo perjuicio. Así, en la Propuesta de Quinta Directiva se opta por la posibilidad de aprobación de este tipo de contratos, sea por el Consejo de Vigilancia o, en el sistema monista, por los miembros no gerentes del órgano de administración. En todo caso, parece que el acto podrá ser confirmado o convalidado por la Junta General, dados los términos del artículo 133.4, que excluyen tan sólo la posibilidad de exonerar de responsabilidad al administrador, admitiendo expresamente, aun sin dicho efecto, la aprobación posterior de lo actuado. En el mismo sentido, el artículo 114.1.d) LMV contempla la aprobación o ratificación de operaciones de la sociedad con el administrador de que se trate, sociedades controladas por él o personas que actúen por su cuenta».

La cuestión que ahora se plantea es la siguiente: ¿cómo analizar en términos de ineficacia el acuerdo del Consejo de Administración debatido? En relación con este aspecto, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 carecía de un procedimiento específico de impugnación de acuerdos del Consejo de Administración, a diferencia de lo que ocurre con la vigente Ley de Sociedades Anónimas de 1989. A nuestro juicio, la conducta del consejero delegado debería haberse construido como realizada en su propio beneficio, suponiendo pues un claro conflicto de interés con la sociedad, lo que implica pues el incumplimiento del deber de lealtad en que debiera haberse traducido la conducta del consejero delegado (tal y como afirma el Tribunal Supremo al calificarla como «el aprovechamiento de situaciones de prevalencia o influencia personal para obtener beneficios futuros exorbitantes»). Es decir, la contravención moral a la que alude el Tribunal Supremo como constitutiva de la causa ilícita del acuerdo, debiera haberse tratado como un supuesto de incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador, también en los términos del artículo 79 de la

(14) FRANCISCO JOSÉ ARANGUREN URRIZA, *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI, vol. 2, Ed. Thomson-Civitas. págs. 472 y 473.

Ley de Sociedades Anónimas de 1951 al haber sido constitutivo de una contratación con abuso de sus facultades en su propio interés. Siendo ello así, coincidimos con el criterio de la citada sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 1997, al calificar la contravención del artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 como de un supuesto de anulabilidad y no de nulidad absoluta, debido a la posibilidad de convalidación y confirmación de dicho acto por la Junta General, lo que realmente ocurrió en el supuesto de autos, ya que desde 1964 hasta 1989, se vino produciendo la citada convalidación y confirmación por el órgano soberano de la sociedad.

Es cierto que bajo el gobierno de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 no existía un precepto tan claro como el actual artículo 133.4 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989, en el que se cita expresamente esa posibilidad de autorización o ratificación por la Junta General, lo cual no consideramos óbice para su posibilidad. Así, y para la sociedad colectiva (tipo general de las sociedades mercantiles) se permite por el artículo 144 del Código de Comercio dicha actuación —aunque con signo contrario, en cuanto a la exoneración de responsabilidad— confirmatoria de la actuación de los administradores, al disponer que: *«El daño que sobreviniere a los intereses de la Compañía por malicia, abuso de facultades o negligencia grave de uno de los socios, constituirá a su causante con la obligación de indemnizarlo si los demás socios lo exigieren, con tal que no pueda inducirse de acto alguno la aprobación o la ratificación expresa o virtual del hecho en que se funde la reclamación»*, confirmación positiva de nuestro Código de Comercio perfectamente aplicable por analogía a un supuesto similar regulado por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951.

Así pues, dicha posible convalidación del acuerdo del Consejo de Administración excluye, a nuestro parecer, su calificación de nulidad absoluta, debido al carácter general no convalidable del contrato nulo, sin que en nuestra opinión nos encontremos dentro de los supuestos tratados doctrinalmente (15) como excepción a dicha imposibilidad de convalidación (ejemplo, supuestos de poder de legitimación necesaria «ex art. 1.259 del Código Civil» o casos de ausencia de poder de disposición por adquisición sobrevenida del dominio).

En suma, la causa de invalidez del acuerdo del Consejo de Administración analizado, consideramos que debería haberse declarado bajo el régimen de la anulabilidad, en vez del de la nulidad absoluta, según hemos intentado argumentar, siendo conscientes de las diferencias existentes entre los regímenes de anulabilidad y nulidad a que hacen referencia y regulación nuestro Derecho de Obligaciones, con carácter general, y nuestro Derecho Societario, con carácter especial.

III. DE LOS PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAUSA DE INEFICACIA ALEGADA

Como hemos descrito, el motivo de casación esgrimido por la sociedad en cuanto a la existencia de nulidad absoluta del controvertido acuerdo del Consejo de Administración fue rechazado por la Sala al no haberse ejercitado explícitamente la correspondiente acción de impugnación y nulidad de dicho acuerdo del Consejo de Administración, ya que ésta sólo se limitó a ejercitar las pretensiones restitutorias del meritado acuerdo.

(15) DÍEZ-PICAZO, vid., *op. cit.*, pág. 484.

Pues bien, si nos encontráramos ante un supuesto de nulidad absoluta —tal y como afirma el Tribunal Supremo—, ¿estaría la sociedad en plazo para poder ejercitar la acción de nulidad y de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración de 1964 que le exigen la sentencia de instancia, apelación y la de casación, para poder hacer valer los efectos restitutorios (*ex art. 1.303 del Código Civil*) pretendidos mediante una acumulación de autos fechada en 1991 (no aparece en la sentencia de apelación ni en la de casación la fecha de la demanda de la sociedad), pero no debería ser muy anterior a la fecha de acumulación, esto es, en todo caso, transcurrido el plazo de quince años para el ejercicio de acciones personales?

A estos efectos, recordamos que nos estamos pronunciando sobre un acuerdo del Consejo de Administración datado en 1964 y por lo tanto gobernado por la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, por lo que en virtud del artículo 943 del Código de Comercio (al no ser de aplicación el régimen y los plazos del actual art. 143 de la Ley de Sociedades Anónimas), hemos de acudir a las reglas generales que sobre la materia prevé el Derecho Común.

Existen múltiples y contradictorias resoluciones jurisprudenciales acerca de la prescripción o no de la acción de nulidad. En este sentido y a título de ejemplo, DELGADO ECHEVARRÍA (16) realiza las siguientes observaciones en cuanto a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad:

«Por lo que se refiere a la jurisprudencia, es imposible y de escasa utilidad tratar de recoger todas las sentencias que han declarado la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno derecho. Con todo, merece la pena hacer algunas citas, pues muestran también cierta evolución y algunas dudas significativas.

Algunas sentencias se detienen en la afirmación de que el artículo 1.301 no tiene aplicación en los casos de nulidad radical o inexistencia, sin llevar más lejos su análisis (sentencias de 18 de abril de 1945, 25 de abril de 1960, 20 de marzo de 1964 y 28 de octubre de 1974), aunque parecen admitir implícitamente que la acción de nulidad no está sujeta a plazo alguno de prescripción ni de caducidad. Esto último lo dicen explícitamente y con cierto énfasis buen número de sentencias, como las siguientes: sentencias de 11 de enero de 1928, 19 de diciembre de 1951, 20 y 23 de octubre de 1954, 8 de octubre de 1962, 27 de marzo y 13 de mayo de 1963, 13 de febrero de 1964, 28 de mayo de 1965, 17 de febrero de 1966, 20 de marzo de 1969, 16 de abril y 14 de diciembre de 1973, 14 y 22 de marzo de 1974 y 20 de diciembre de 1975. Reiteran la imprescriptibilidad de la acción de nulidad las sentencias de 19 de julio de 1989 y 14 de noviembre de 1991: (la nulidad de pleno derecho o de inexistencia contractual es imprescriptible de acuerdo con la antigua regla de que lo nulo en su inicio no puede ser convalidado por la acción del tiempo); 23 de julio de 1993 (la nulidad radical es una «figura de crisis negocial que queda al margen de la prescripción, según constante doctrina de esta Sala»); 19 de mayo de 1995 (reproduciendo argumentos de quod ab initio vitiosum est y de inaplicabilidad del art. 1.301 a los casos de nulidad radical o inexistencia, calificación que otorga a la renuncia de derechos hereditarios por el padre en representación de hijos menores y de menor emancipado por el padre para la ocasión; la impugnación, veintisiete años después de la celebración del contrato, prospera, sobre todo, porque, a través de un uso conjunto del abuso del derecho y del fraude de ley, el Tribunal llega a afirmar que no se trata de una voluntad viciada —que daría lugar a

(16) Vid., *op. cit.*

anulabilidad, lo que en principio es más correcto para estos casos— sino de falta de voluntad».

Por su parte, Díez-Picazo (17) expone con claridad y acierto lo siguiente al respecto: «La acción de nulidad, en cuanto acción meramente declarativa, no está sometida a ningún plazo de ejercicio y debe ser considerada como imprescriptible. El paso del tiempo, se dice, no puede convalidar un contrato inicialmente nulo (quod ab initio vitiosum est non potest tracto tempore convalescere). Sin embargo, el carácter imprescriptible de la acción debe entenderse respecto de la declaración de nulidad, pero no por lo que se refiere a la restitución de las cosas que hubieren sido dadas, entregadas u obtenidas en virtud del contrato nulo. Los efectos restitutorios están sometidos al plazo normal de prescripción de las acciones personales, que es el de quince años (art. 1.964), así como a la posibilidad de que las cosas sean usucapidas, mediante una usucapición ordinaria, si en el usucapiente concurren la buena fe y el justo título, o mediante una usucapición extraordinaria». Tesis que consideramos correcta, de conformidad con la doctrina expuesta por la importantísima sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964 (18).

Evidentemente, lo que sí prescribe dentro del citado plazo de quince años es el efecto restitutorio ejercido en este caso por la sociedad, en cuya demanda se solicitaba el reintegro de las cuotas abonadas. Dicho plazo de prescripción ha de computarse, en nuestro caso, desde la consumación del acuerdo del Consejo de Administración, o sea, desde que el consejero delegado obtuvo cantidades correspondientes a la asignación económica acordada, lo cual tomó efecto desde el año 1964, todo ello según el artículo 1.969 del Código Civil. En suma, en nuestra opinión, la pretensión restitutoria estaba prescrita en el presente caso.

Por otro lado, si consideramos la posibilidad de que la ineficacia no fuera una nulidad absoluta sino una anulabilidad, igualmente habría caducado el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de impugnación.

Resta comentar la afirmación que realiza el Tribunal Supremo para desestimar la casación planteada por la sociedad sobre la necesidad de haber ejercitado expresamente la acción de nulidad y haberse tenido que haber impugnado con tal carácter el acuerdo del Consejo de Administración de 1964, ya que la pretensión social se dirigió exclusivamente al reintegro de las cantidades percibidas.

Si se considerase, como sucede en el presente pleito, que nos encontramos ante una nulidad radical y absoluta, ello nos llevaría a atender de nuevo un controvertido tema, como es la posible apreciación de oficio del régimen de la nulidad contractual. En este sentido, hemos de afirmar que si bien en un primer momento se despreció tal posibilidad por nuestra Jurisprudencia, sobre todo, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1932, se apreció tal posibilidad, aunque estimamos con la generalidad de la doctrina y jurisprudencia, que tal apreciación de oficio ha de ser admitida *cum grano salis*, o sea, con carácter excepcional.

No obstante, y en cuanto al Derecho de Sociedades y en un caso similar al tratado, DELGADO ECHEVARRÍA (19) cita un ejemplo de apreciación de oficio de la

(17) Vid., *op. cit.*, pág. 474.

(18) También existen tesis más rotundas a favor de la prescriptibilidad de la nulidad, conforme al citado plazo de quince años (ex art. 1.964 del Código Civil). En este sentido, las defendidas por PASQUAU LIAÑO, *La acción de nulidad sí prescribe*. Trabajo disponible en www.codigo-civil.info/nulidad.

(19) Vid., *op. cit.*

nulidad existente en el caso debatido, al afirmar que la «sentencia de 30 de diciembre de 1992 (sobre un “contrato blindado” de un Consejero-Delegado de Sociedad Anónima), por razones distintas de las alegadas en el recurso y, quizá, para no pronunciarse en general sobre la nulidad de estos pactos, y excluyendo que a un miembro del Consejo de Administración se le pueda aplicar ni por analogía las normas que rigen los contratos de personal de alta dirección, entre ellas, por la importancia para el caso litigioso, el artículo 11 del Real Decreto 1382/85, que faculta al empresario para desistir del contrato teniendo en estos casos derecho el alto directivo “a las indemnizaciones pactadas en el contrato”; el Tribunal concluye que “siendo los artículos 74 y 77.1 (LSA 1951) preceptos de clara naturaleza imperativa, su falta de observancia conlleva la nulidad radical de los pactos que los contraríen, por lo que puede ser apreciada de oficio por esta Sala, según ha mantenido en reiteradas ocasiones en que se apreció una nulidad de esta naturaleza (con cita de las sentencias de 7 de mayo y 29 de octubre de 1949, 23 de junio de 1966 y 14 de marzo de 1983)”. O sea, en este caso, la sentencia del Tribunal Supremo analizada (así como las de instancia y apelación) obvia un precedente similar en cuanto a remuneraciones de consejeros delegados, lo cual no parece muy coherente con el régimen de la nulidad propugnado, aunque consideremos que la referida exigencia de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración, en base a la nulidad propuesta, se encuentre acorde con los postulados jurisprudenciales restrictivos a la posible apreciación de oficio de la nulidad.

A mayor abundamiento, a favor de la exigencia y necesidad de la impugnación expresa y judicial del acuerdo del Consejo de Administración y en congruencia con la calificación realizada por el Tribunal Supremo de existencia de expresión de una causa falsa (en relación con la denominada «comisión de cartera»), puede manifestarse que éste es un requisito cuando se trata de impugnación de contratos simulados. En este sentido, M. AMORÓS (20) se pronuncia al comentar el artículo 6.3 del Código Civil de la siguiente forma: «*En principio, la nulidad será frente a todos, erga omnes, y no necesita ser declarada. Pero cuando el acto nulo presenta una apariencia de validez, bien sea por no resultar patente la causa de nulidad (simulación absoluta con carencia de causa en una compraventa formalizada en escritura pública, enajenación de finca por heredero aparente cuando no se conoce el testamento ológrafo posterior y vigente, etc.), bien por estar el interviniente en el acto de una legitimación extraordinaria (titular registral distinto del dueño civil actual), entonces se hace precisa la declaración judicial de nulidad para que desaparezca esa apariencia externa y no pueda justificar la confianza de los terceros de buena fe, muchas veces convalidante de su anómala situación*».

Si por el contrario estuviéramos ante un supuesto de anulabilidad, el planteamiento de la cuestión nos haría entrar de lleno en las discusiones existentes acerca del carácter constitutivo o declarativo de la correspondiente sentencia. No vamos a entrar en un análisis de la presente problemática, al exceder de los términos del presente trabajo (21), aunque en nuestra opinión, valdría la declaración extrajudicial de la anulabilidad para el efecto de la misma, salvo en los supuestos de controversia entre las partes, o cuando la

(20) M. AMORÓS, *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El Nuevo Título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Volumen primero, Editorial Tecnos, 1977, pág. 331.

(21) Vid. la exposición del problema que realiza Díez-PICAZO, en *op. cit.*, págs. 487-489.

causa de anulabilidad no sea de las manifiestas, donde en ambos casos, debería ser necesaria la interposición de la correspondiente acción judicial, sobre todo, en consideración a los posibles efectos retroactivos de la anulabilidad.

En suma, en ambos supuestos y conforme a las características del caso analizado, entendemos que debería haber sido necesaria la correspondiente acción judicial de impugnación del acuerdo del Consejo de Administración, para el predicamento de nulidad, o de anulabilidad en su caso, del referido acuerdo, aunque el resultado de la misma estuviera bajo «la espada de Damocles» del instituto de la prescripción extintiva, o caducidad, en su caso, en los términos antes y posteriormente expuestos.

IV. DE LAS CONSECUENCIAS DE LA INVALIDEZ DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN

Declarada la nulidad del acuerdo del Consejo de Administración en los términos enjuiciados en la presente sentencia, la inexistencia del mismo hubiere supuesto en principio el juego del mecanismo restitutorio de las prestaciones, ex artículo 1.303 del Código Civil, el cual ha sido desvirtuado en esta casación por la aplicación del artículo 1.306 del Código Civil, en nuestra opinión con excesivo celo o, si se nos permite, de forma indebida.

No obstante, en la hipótesis de la nulidad absoluta y aún aceptado el juego de las restituciones, entendemos conforme a lo anterior que la nulidad habría prescrito, aunque para haberse hecho valer el instituto de la prescripción debiera haberse alegado por la parte interesada, siendo, a nuestro juicio, imposible el acogimiento de oficio de la misma. En este sentido, y con base a los artículos 1.961, 1.935 y 1.973 se pronuncia Díez-PICAZO (22) al afirmar que: *«En términos generales podemos entender que incluso los sostenedores más radicales del automatismo de la prescripción en el efecto estricto de los derechos están de acuerdo en que, cualquiera que sea la dosis de orden público que en la prescripción pueda existir, los jueces no pueden apreciarla de oficio y tiene que ser alegada por el interesado»*, alegación que no se realizó en el presente proceso, por lo de admitirse la existencia de nulidad absoluta, ésta debería haber desplegado sus típicos efectos tendentes a la declaración de inexistencia del acuerdo del Consejo de Administración, y la correspondiente restitución de prestaciones (de no haberse apreciado la causa torpe, ex art. 1.306 del Código Civil). Por el contrario, de haberse alegado la prescripción y haberse estimado la misma, el efecto del juego del instituto prescriptivo debiera haber supuesto en palabras de PASQUAU LIAÑO que: *«...no es que el contrato haya devenido válido por el transcurso del tiempo, sino que se ha perdido la posibilidad de determinar judicialmente si existe o no la causa de nulidad, por lo que quedarán consolidados los efectos que se hayan derivado del contrato»* (23).

Si por el contrario nos encontráramos ante una causa de anulabilidad, el sentir más generalizado es su consideración como plazo de caducidad y no de prescripción (en contra, DELGADO ECHEVARRÍA, vid., *op. cit.*), según afirman, entre otros, DE CASTRO (vid., *op. cit.*, «El negocio jurídico», pág. 509) y Díez-PICAZO (vid., *op. cit.*, «Fundamentos...», pág. 490). Pues bien, considerado igual-

(22) Díez-PICAZO, *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Editorial Thomson-Civitas, 2003, pág. 94.

(23) Vid., *op. cit.*

mente por nosotros dicho plazo como de caducidad, de nuevo hemos de plantearnos la posibilidad o no de adopción de oficio de la caducidad, coincidiendo al respecto con Díez-PICAZO (vid., *op. cit.*, «La prescripción...», pág. 83) en que — pese a que se haya afirmado por la Jurisprudencia apodícticamente dicha posibilidad— «...habría que proceder a una interpretación correctora de la jurisprudencia, limitando el acogimiento de oficio a este tipo de caducidades». Por ello, aún de haberse alegado y prosperado la causa de anulabilidad antes expuesta, consideramos que habría caducado el plazo de cuatro años para hacerla valer, con lo que el acuerdo del Consejo de Administración habría quedado, a nuestro juicio, confirmado tácitamente al haberse procedido a la consumación del mismo, así como incluso expresamente, como consecuencia del inmediato devenir social confirmatorio del citado acuerdo, ya que si no hubiera caducado idénticos efectos restitutorios habrían de ser propugnados que para el caso de la nulidad absoluta (de haber prosperado los mismos), en función de la aplicación de los artículos 1.301 y siguientes del Código Civil.

RESUMEN

COMISIÓN DE CARTERA

En la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2006, se enjuician las causas de invalidez de una «comisión de cartera» otorgada a un consejero delegado por acuerdo del Consejo de Administración de la correspondiente sociedad, que en la sentencia de instancia y en la de apelación fue declarada nula por no constar la misma en los estatutos sociales de la compañía, siendo objeto de este comentario a dicha sentencia nuestra opinión sobre la nulidad o no de la misma.

ABSTRACT

PORTFOLIO COMMISSION

The Supreme Court's ruling of 24 October 2006 addresses the grounds for the invalidity of a «portfolio commission» granted to a CEO by a resolution of his company's board of directors, which was declared null in the ruling of first instance and in the ruling on appeal, because such a commission does not appear in the company's by-laws. The authors' opinion on the nullity or otherwise of the commission is the object of this commentary on said ruling.