

2. MERCANTIL

*La impugnación de acuerdos sociales. *Nemo venire contra factum proprium. Bona fides**

Challenging corporate agreements. No one may set himself in contradiction to his own previous conduct. Good faith

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y Abogado

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2017 analiza las relaciones entre la impugnación de acuerdos sociales y la prohibición de actuar en contra de los propios actos.

ABSTRACT: *The judgment of the Spanish Supreme Court dated 19 September 2017 analyses the relations between challenging corporate agreements and the prohibition to act in contradiction to his own conduct.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de sociedades. Impugnación de acuerdos sociales. Actos propios.

KEY WORDS: Corporate Law. Challenging corporate agreements. Previous conduct.

SUMARIO: I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO.—II. LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.—III. LA BUENA FE Y LOS PACTOS PARASOCIALES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

I. LOS ANTECEDENTES DEL CASO

En la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4012) se aborda el conocido tema relativo a que el precepto de los estatutos sociales que establezca el carácter retribuido del cargo de administrador debe establecer además algún sistema de retribución, recordando que la exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución de los administradores sociales es una medida destinada a facilitar su conocimiento por los socios y los terceros y ofrece indirectamente protección a los socios minoritarios, dada la exigencia

de un quórum superior y las garantías formales con las que se reviste la modificación de los estatutos sociales.

Los hechos relevantes consisten en que en la Junta general de socios de Serviocio Andalucía S.L. (en lo sucesivo, Serviocio) que se celebró el 27 de mayo de 2008 se aprobó un acuerdo que modificó el artículo 20 de los estatutos de la sociedad. El acuerdo dio al precepto estatutario la siguiente redacción, bajo el título «Retribución»:

«El cargo de administrador será retribuido en la forma que se estipule para cada ejercicio en Junta general, conforme al apartado 3 del artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada».

Acto seguido, tras la aprobación del acuerdo de modificación de los estatutos sociales, la Junta aprobó otro acuerdo en el que fijó la retribución de los administradores correspondiente al ejercicio social de 2009 en la percepción de la cantidad de 36.110,28 euros por cada uno de ellos.

La Junta general de socios de Serviocio que se celebró el 16 de julio de 2009 adoptó un acuerdo en el que se aprobaban las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2008, y otro en el que se fijó la retribución de los administradores para el año 2010 en la percepción por cada uno de ellos de 36.110,28 euros, al igual que en 2009.

Estos acuerdos se adoptaron con el voto favorable de los dos socios que eran administradores sociales, D. Marco Antonio, que era titular del 49,95% del capital social, y D.^a Juana, que era titular del 25,50% del capital social. Votó en contra D. Mario, cuyas participaciones suponían el 24,80% del capital social.

D. Mario interpuso sucesivamente sendas demandas de juicio ordinario contra Serviocio Andalucía S.L. en las que impugnó los acuerdos a que se ha hecho referencia y que fueron acumuladas.

Sobre las exigencias relativas a la retribución de los administradores, el Tribunal Supremo razona lo siguiente:

«4. *Un principio básico de la disciplina de la retribución de los administradores sociales en nuestro ordenamiento jurídico es, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, el de la necesidad de su determinación estatutaria. En la sentencia 411/2013, de 25 de junio, afirmamos que el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas (que, a los efectos que aquí interesan, y puesto en relación con el artículo 9.h de dicho texto legal, establecía un régimen equivalente al del artículo 66.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) podía interpretarse en el sentido de que exige la constancia en los estatutos del sistema de retribución de los administradores de la sociedad, sin que sea necesaria la concreción de una cuantía determinada.*

La Junta general de la sociedad limitada puede fijar la cuantía de la retribución cuando esta consiste en el pago de una cantidad fija. Pero, previamente, este sistema retributivo debe estar previsto en los estatutos sociales.

En el caso objeto del presente recurso, no existía una previsión estatutaria de un sistema de retribución, sino simplemente una remisión a la decisión que sobre tal cuestión adoptara en cada ejercicio la junta general, sin fijar regla alguna a la que debiera atenerse la Junta general en la fijación de la retribución.

5. *La exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución de los administradores sociales es una medida destinada a facilitar su conocimiento por los socios y los terceros y ofrece indirectamente protección a los socios minoritarios, dada la exigencia de un quórum superior y las garantías formales con las que se reviste la modificación de los estatutos sociales.*

En la sentencia 893/2012, de 19 de diciembre, declaramos sobre la exigencia de constancia estatutaria del sistema de retribución:

«Tal exigencia, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de estos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles [...].»

Este régimen legal se completa con la exigencia de constancia, en la memoria que integra las cuentas anuales, del importe de los sueldos, dietas y remuneraciones de cualquier clase devengadas en el curso del ejercicio por los miembros del órgano de administración, cualquiera que sea su causa. Así se preveía en la regla duodécima del artículo 200 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y se prevé actualmente en la regla novena del artículo 260 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

6. En la sentencia 180/2015, de 9 de abril, declaramos ajustado a las exigencias legales el precepto estatutario que preveía que el órgano de administración sería retribuido mediante el pago de una cuantía fija de dinero que sería determinada anualmente por la Junta general de accionistas. Pero ese precepto estatutario establecía al menos un sistema retributivo: el pago de una cantidad fija. Lo que se dejaba a la decisión de la junta general cada año no era la fijación del sistema retributivo (el pago de una cantidad fija de dinero), sino su concreción (qué cuantía debía tener ese pago en cada ejercicio)».

Siendo la conclusión del Tribunal Supremo, respecto de la anterior exigencia estatutaria la siguiente: La nulidad del acuerdo que introduce el precepto estatutario con base en el cual se adoptaron los acuerdos de retribuir a los administradores en los ejercicios 2009 y 2010, lleva consigo la nulidad de estos acuerdos, puesto que en los mismos se fijan determinadas retribuciones para esos ejercicios que se adoptaron sin que existiera un precepto estatutario que fijara un sistema retributivo del que tales acuerdos fueran una concreción.

Pese a la anterior ubicación del problema que efectúa el Tribunal Supremo en sede de la terminología existente sobre la nulidad de los acuerdos sociales, hay que destacar la existencia de importantes novedades sobre la materia introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

Respecto de tal cambio legislativo, al igual que antes de la reforma, el primer párrafo del artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que no procede la impugnación cuando el acuerdo social haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro, distinguiéndose ahora según que el nuevo acuerdo haya sido adoptado válidamente antes o después de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación (del primero), precisando la norma en uno y otro caso su régimen procesal. Asimismo es criterio general que la novedad más relevante de tal reforma es haber eliminado la distinción entre acuerdos nulos y anulables, por entenderse que esta distinción resultaba extraña a las categorías correspondientes en la teoría del negocio jurídico, superándose así una distinción tradicional, de modo que ahora solo hay acuerdos impugnables y para todos el plazo de caducidad ha quedado fijado en un año, con una única salvedad respecto de los acuerdos contrarios al orden público, que ni caducan ni prescriben, lo que sin duda redonda en la idea correcta expresada por cierto sector doctrinal de cuyo exponente podemos citar a ALFARO ÁGUILA-REAL Y MESSEGÜER¹, en que en realidad la acción de la que estamos hablando ante la infracción referida es una auténtica acción de incumplimiento del contrato social y no una auténtica acción de nulidad, aunque como consecuencia del triunfo de

dicha acción se elimine del mundo jurídico el acuerdo social que ha contravenido el contrato social y por ende, la Ley, *ex artículo 1258 del Código Civil*, salvo en el caso de contravención del Orden Público donde sí que nos encontramos realmente ante una acción de nulidad.

Dichos autores se pronuncian acertadamente de la siguiente forma sobre la naturaleza jurídica de las acciones de impugnación: «La acción de impugnación de acuerdos sociales constituye un caso de remedios frente al incumplimiento contractual adaptados a las especialidades del contrato de sociedad en relación con los contratos sinalagmáticos y, en particular, de las sociedades de estructura corporativa —sociedad anónima y limitada, pero también la asociación o la cooperativa— que, dada su naturaleza, forman su voluntad a través de órganos colectivos. Dado que los órganos colectivos se expresan a través de acuerdos y estos acuerdos se adoptan por mayoría, el Ordenamiento ha de otorgar remedios a la minoría cuando el órgano social ha adoptado un acuerdo que infringe el contrato en sentido amplio. No procede, pues, la impugnación de las decisiones del socio único ni las de los administradores cuando el órgano de administración no tenga la forma de Consejo. La ratio de la impugnación como *remedy* no se adapta a las decisiones o actos jurídicos en los que no se puede separar la adopción de la decisión de su ejecución. Si el administrador de una sociedad unipersonal considera ilícita la decisión adoptada por el socio único, deberá negarse a ejecutarla, pero no debe impugnarla. La discusión acerca del sentido de la institución de la impugnación de acuerdos sociales de los artículos 204 y sigs. LSC se ha distorsionado porque se ha pretendido trasladar a ella la doctrina de la nulidad de los negocios jurídicos. El intento del legislador en señalar, a través de la distinción entre acuerdos nulos y anulables, que poco tiene que ver la nulidad de un contrato con la «nulidad» de un acuerdo social, no mejoró la situación, porque —es obvio— nada tiene que ver la anulabilidad de los contratos (por vicio del consentimiento o por incapacidad) con la anulabilidad de un acuerdo social. Que un contrato sea anulable quiere decir que su nulidad solo puede hacerse valer por una de las partes (la que ha sufrido el vicio o el contratante que era incapaz); que el contrato, visto desde la perspectiva del incapaz es nulo (no produce efectos). Que un acuerdo social sea nulo cuando sea contrario a la Ley y que sea anulable cuando sea contrario «a los estatutos o al interés social» carece de sentido».

También echamos en falta en esta sentencia que se hubiera analizado si efectivamente esa exigencia general de constancia estatutaria de la retribución de los administradores era necesaria efectivamente en el presente caso.

De esta forma, recordamos que correctamente la resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Toledo a inscribir una escritura de modificación de estatutos de una sociedad (BOE núm. 136 de 6 de junio de 2016), razona expresamente lo siguiente:

«*El sistema de retribución inherente al cargo debe constar siempre en los estatutos. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que las funciones inherentes al cargo de administrador no son siempre idénticas, sino que varían en función del modo de organizar la administración. Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos.*

Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro.

La retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero. Por el contrario, en las formas de administración simple (administrador único, dos administradores mancomunados o administradores solidarios, como es el caso en el presente recurso), las funciones inherentes al cargo incluyen todas las funciones anteriores y, especialmente, las funciones ejecutivas. Por ello, en estos casos, el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución deben constar en estatutos (art. 217.2).

Sin embargo, lo que nos ocupa en estos momentos es el análisis que la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017 efectúa sobre la inaplicabilidad al caso de la doctrina de los actos propios, razonando lo siguiente: «**QUINTO. Decisión del tribunal. Inexistencia de contradicción con los actos propios**

1. La doctrina jurisprudencial sobre los actos propios impone un comportamiento futuro coherente a quien en un determinado momento ha observado una conducta que objetivamente debe generar en el otro una confianza en esa coherencia (sentencias 1/2009, de 28 de enero y 301/2016, de 5 de mayo). Para que sea aplicable esa exigencia jurídica se hace necesaria la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior, pero, también, que la primera sea objetivamente valorable como exponente de una actitud definitiva en determinada situación jurídica, puesto que la justificación de esta doctrina se encuentra en la protección de la confianza que tal conducta previa generó, fundamentalmente, en la otra parte de la relación, sobre la coherencia de la actuación futura (sentencias núm. 552/2008, de 17 de junio, 119/2013, de 12 de marzo, 649/2014, de 13 de enero de 2015, y 301/2016, de 5 de mayo).

Esta doctrina responde a la necesidad de proteger la confianza legítima creada por la apariencia derivada del comportamiento de una de las partes, que induce a la otra a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado.

2. Estos elementos no concurren en el caso objeto del recurso. La conformidad del demandante con que los administradores sociales hubieran cobrado diversas cantidades de la sociedad con anterioridad a la adopción del acuerdo social de modificación de los estatutos, podrá impedir que exija a los administradores la devolución de esas cantidades. Su conducta, al consentir estas retribuciones, era apta para generar fundamentalmente en los administradores la confianza en una coherencia futura sobre tal cuestión y, por ello, en que podían percibir la remuneración por haber sido acordada por todos los socios, incluido el hoy demandante, y en que no se les iba a reclamar la devolución de tales cantidades. Así lo ha declarado este tribunal en la sentencia 412/2013, de 18 de junio.

Pero esa conducta del demandante no puede impedir que más adelante deje de estar conforme con que los administradores sigan percibiendo esas retribuciones que carecen de una previsión estatutaria válida que las sustente. Su conducta podía considerarse concluyente en generar la confianza en que no se reclamaría la devolución de las retribuciones percibidas con su consentimiento, pero no para generar la confianza en que seguiría prestando su consentimiento indefinidamente.

3. Tanto más cuando hubo un cambio radical en las circunstancias, pues con anterioridad, la retribución que venía percibiendo la administradora social constituían ingresos de su núcleo familiar, de los que el demandante también podía disfrutar pues constituían un matrimonio, pero cuando se divorció de dicha administradora, dejó de disfrutar de tales ingresos y, como razona la Audiencia Provincial, los beneficios de la sociedad se repartieron en la práctica entre los dos administradores, sin que el demandante, socio minoritario, pudiera disfrutar de tales beneficios sociales».

Es decir, a nuestro juicio el Tribunal Supremo entiende incorrectamente el encaje de la doctrina de los actos propios en el presente caso en función de la también incorrecta aplicación de la doctrina de los actos propios que viene realizando en sede de impugnación de acuerdos sociales, como de hecho ocurrió en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4632), en la que se aplicó la doctrina de los actos propios del demandante al reclamar la retribución extraestatutaria del administrador que sin embargo estaba reconocida en un pacto parasocial firmado también por el propio demandante, lo que igualmente ocurre en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017.

El error del razonamiento anterior consiste en aplicar la doctrina de los actos propios para impedir la reclamación de una retribución extraestatutaria firmado en un pacto parasocial por el propio demandante en clara vulneración del principio de *«pacta sunt servanda»*.

II. LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO Y LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Para analizar la relación entre el carácter vinculante del contrato y la doctrina de los actos propios que tan erróneamente viene entendiendo y aplicando el Tribunal Supremo, acudimos a las palabras de dos grandes juristas como son GARCÍA DE ENTERRÍA y DÍEZ PICAZO.

En primer lugar y ya hace años, GARCÍA DE ENTERRÍA² se mostraba así de crítico con la indebida aplicación de los actos propios a la relación jurídica en la que media un contrato válido y vinculante para las partes, al razonar lo siguiente: «3. La doctrina de los actos propios se utiliza generalmente con una inespecífica, y aún más grosera imprecisión, y esto no solo en el Derecho Administrativo, donde es notorio que su invocación por los autores y la jurisprudencia descarga de ordinario la necesidad de mayores análisis, sino también en el campo, más depurado técnicamente, del Derecho civil. Un autor³ que recientemente ha estudiado la doctrina de este nombre en el Derecho Privado ha observado como «es inseguro el criterio seguido para la aplicación de dicho principio [de los actos propios]. En lugar de quedar el mismo adscrito a unos supuestos de hecho concretos y detallados, todavía flota en la mayor imprecisión, y con frecuencia se limita a servir de complemento a los argumentos que se esgrimen sobre la base de conceptos diferentes». En este sentido, la utilización del principio de los actos propios es un caso inconfundible, y verdaderamente ejemplar, de la famosa «huida a la cláusula general» que caracterizó clásicamente HEDEMANN como una abdicación de la genuina función discernidora de los juristas.

4. Por de pronto, la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento o de la declaración de voluntad. Es claro, sin embargo, que es esta última doctrina,

y no la primera, la que explica la vinculación de un sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino, obviamente, una consecuencia —la primera, artículo 1091 del Código Civil— del contrato.

La doctrina de los actos propios no alude a estos problemas de la voluntad negocial, y su criterio fundamental radica justamente en imponer una vinculación sin haber mediado consentimiento negocial. Es, concretamente, una aplicación de la doctrina de la buena fe, y se predica característicamente más bien de conductas que de actos jurídicos, y de actos jurídicos solo cuando no hacen relación inmediata a la situación contemplada en su declaración, quiere decirse, en cuanto son ellos mismos expresión de una conducta, pero sin intentar nunca subrogar la explicación de sus efectos vinculantes directos».

Por otro lado, también nos enseña DÍEZ-PICAZO⁴: «Cuando una de las partes trata de apartarse unilateralmente de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado, o cuando trata de desconocer o de dejar de observar la regla de conducta que ella misma se ha impuesto en el negocio, o cuando intenta ejercitar sus derechos o cumplir sus deberes sin respetar las prescripciones negociales, se dice a veces que va contra sus propios actos. Va contra sus propios actos porque contradice lo que ella misma ha declarado. La declaración de voluntad, el negocio jurídico, es su «propio acto» que no puede lícitamente desconocer.

Esta identificación entre la inadmisibilidad del «venire contra factum» y la inadmisibilidad de desligarse de un negocio jurídico, es sumamente frecuente en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia. En nuestra doctrina se ha dicho que son precisamente las declaraciones de voluntad lo que constituyen «actos propios», y que la imposibilidad de ir contra los propios actos consiste en la imposibilidad de contravenir una declaración de voluntad válidamente concretada o realizada. También en nuestra jurisprudencia esta idea goza de gran predicamento. Así, por ejemplo, en la sentencia de 27 de diciembre de 1894 afirmó el TS que el demandante iba contra sus propios actos porque contravino aquello a «lo que expresa y claramente se obligó en una escritura»; en la sentencia de 21 de octubre de 1919 se habló de una vulneración del aforismo, sancionado por la jurisprudencia como regla de derecho, de no ser lícito a nadie ir, ni obrar, contra sus propios actos, porque el representado desconocía lo que en su nombre y válidamente había pactado su representante en una escritura pública; y en el pleito que decidió la sentencia de 9 de febrero de 1949, el inquilino había consentido, mediante una expresa declaración de voluntad, que el arrendador acometiera la realización de una obra, por lo cual, dice el TS, «no puede el demandado oponerse a la realización de la obra que antes había autorizado, sin quebrantar el principio reiteradamente proclamado por esta Sala, de que a nadie es lícito ir contra sus propios actos, cuando son expresión del consentimiento de quienes los ejecutan».

Existe, pues, una amplia tendencia doctrinal y jurisprudencial para la cual, ir contra los propios actos, equivale a infringir o desconocer el contenido preceptivo de un negocio jurídico regular y válidamente celebrado. Esta idea la jurisprudencia la ha reiterado cuando ha dicho insistente, que los actos propios han de ser «expresión del consentimiento» de quien los ejecuta, pues parece evidente que la idea de «expresión del consentimiento», no puede entenderse en otro sentido que no sea el de «declaración de voluntad». Además, la misma jurisprudencia ha exigido con insistencia, que estos actos propios sean actos dirigidos a crear, modificar o extinguir derechos. Ahora bien, actos de «expresión del consentimiento» o de «declaración de voluntad», dirigidos a crear, modificar

o extinguir algún derecho, no pueden ser más que negocios jurídicos. La conclusión no puede ser más clara: «*venire contra factum*» es infringir el contenido preceptivo de un negocio jurídico.

¿Qué juicio nos debe merecer esta tendencia de la doctrina y de la jurisprudencia? Decididamente desfavorable. Para llegar a esta conclusión práctica —que no puede desconocerse lo que válidamente se ha declarado en un negocio jurídico— no era necesaria una especial regla de derecho, ni una especial doctrina jurisprudencial. Como se ha dicho muy agudamente entre nosotros, aunque la doctrina de los actos propios viene siendo confundida sistemáticamente con la doctrina de los efectos del consentimiento o declaración de voluntad es esta última doctrina y no la primera la que explica la vinculación del sujeto a sus actos jurídicos. El que yo no pueda, se añade, retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino obviamente una consecuencia, la primera, del contrato (art. 1091 del Código Civil). De la misma manera el que yo no pueda ejercitar mis derechos de una manera distinta de la convenida o en una medida diferente a la que ha sido establecida en el negocio jurídico, tampoco es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino una consecuencia del valor vinculante de las declaraciones de voluntad».

Conforme con lo anterior, ¿Cómo se hace descansar la irrepetibilidad de lo pagado extraestatutariamente a un administrador si dicha retribución estaba fijada contractualmente por el reclamante en la doctrina de los actos propios? Sinceramente, en nuestra opinión es absolutamente improcedente, ya que supone desconocer por completo la fuerza vinculante del pacto parasocial para el firmante, *ex* artículo 1091 del Código Civil, y por ende obviar el principio de «*pacta sunt servanda*».

Como ya razonamos en su momento⁵, pese a no constar la retribución del administrador ejecutivo en los estatutos de la sociedad, podemos sin embargo afirmar la validez del mismo acuerdo en el ámbito parasocial del mismo, esto es, como contrato de socios⁶, puesto que la validez del mismo no debe ser enjuiciada por la contravención de la imperatividad societaria, sino que la misma ha de venir necesariamente enjuiciada desde el principio de autonomía de la voluntad (*ex* art. 1255 del Código Civil) al no vulnerarse ninguna norma imperativa de carácter general.

De esta forma como pacto válido, este es ley entre las partes, en función de lo dispuesto en el artículo 1091 del Código Civil, pero lo que igual de importante, obliga no solo «...al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley..», como prevé el artículo 1258 del Código Civil. De ahí que el resto de socios no solo se obligaban al reconocimiento de la retribución pactada y luego discutida a favor de los otros socios y administradores, sino que incluso también se obligaban a las consecuencias de dicho pacto, es decir, a adoptar el correspondiente acuerdo societario para haber reflejado en los estatutos de la sociedad dicha retribución y haber cumplido con las prescripciones legales societarias al respecto⁷, por ser esta una regla de conducta requerida al menos conforme a la buena fe⁸.

Por lo tanto, si bien estamos conforme con la impugnabilidad de los acuerdos sociales que no se ajusten al requisito de fijación estatutaria de conformidad con los parámetros exigidos legal y jurisprudencialmente⁹, entendemos que el sustrato de dicha impugnabilidad no conlleva ninguna vulneración de la imperatividad sustantiva — aunque sí tipológica — de ahí que debamos mantener la validez contractual de la retribución de los administradores convenida en un pacto de

socios y su exigibilidad como fuente de derechos y obligaciones, *ex* artículo 1091 del Código Civil, consecuencia del principio «*pacta sunt servanda*».

Por ello, no podemos pues compartir opiniones que se han mostrado favorables a la aplicación de la doctrina de los actos propios para que no se pueda eludir la exigibilidad de lo convenido en un pacto parasocial. En este sentido, RADOVANOVIC¹⁰ argumenta al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero 2016 (*RJ* 2016, 635) que trató sobre la impugnación de un acuerdo social que contravenía lo acordado en un pacto parasocial. Este autor, se refiere al respecto de la siguiente forma: «La sentencia no entra a valorar si estamos ante un supuesto en el que debe resultar de aplicación o no la prohibición de actuar contra los propios actos, limitándose a denegar en casación la aplicación indebida de dicha doctrina, por cuanto el recurrente yerra al explicar la base fáctica que fue tenida en cuenta por la Audiencia Provincial. Como es bien sabido, el límite de esa doctrina se encuentra en el incumplimiento de la ley. El Tribunal Supremo tal vez podría haber dicho expresamente que la actuación del recurrente supone una vulneración de la prohibición de ir contra los propios actos, pero lo cierto es que no lo dice en ningún momento. Consideramos que de los antecedentes del caso parece desprenderse que la vulneración de esta doctrina podría ser una suerte de argumento añadido, a modo de refuerzo de la calificación de la conducta del recurrente como antijurídica. La identidad del sustrato personal en las esferas societaria y contractual (la omnilateralidad mencionada anteriormente) es también relevante en atención a la doctrina de los actos propios».

Con igual conclusión, igualmente errónea a nuestro juicio, MORALES BAR-CELÓ¹¹, opina lo siguiente: «A pesar de todo ello, consideramos que de *lege ferenda*, sería una actuación contraria a los propios actos que todos los socios hayan suscrito un pacto parasocial y que, por tanto, han convenido ciertos acuerdos, adopten una decisión en junta que sea contraria a ese pacto parasocial, puesto que el ámbito subjetivo y objetivo sería el mismo. Por esta razón, se debería admitir la impugnación de los acuerdos sociales que sean contrarios a un pacto parasocial omnilateral».

Asimismo, PÉREZ MORIONES¹², afirma que: «Así, el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe siempre que se ejercita de una forma o en unas circunstancias que lo hacen desleal; principio general del que deriva la inadmisibilidad de la actuación contra los actos propios o “*venire contra factum proprium*”, que impone un deber de proceder lealmente en las relaciones de derecho y, en particular, la exigencia de una coherencia en la conducta que despierta expectativas en los demás. Dado que don Cornelio participó en la celebración de dos pactos parasociales —uno por cada sociedad—, cabía exigirle un comportamiento consecuente con la confianza que previamente había creado, que no era otra que respetar la obligación asumida en los pactos parasociales, y que quebró como consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales. En efecto, aquel socio había observado una conducta jurídicamente relevante, como fue la asunción de ciertas obligaciones por su participación en dos pactos parasociales con su padre y su hermano. Sin embargo, posteriormente, el mismo socio —existe, por tanto, identidad de sujetos entre conducta anterior y pretensión posterior— impugnó los acuerdos sociales adoptados en las juntas de las sociedades, alegando que habían sido tomados con el voto favorable de su padre, usufructuario de un paquete de acciones y participaciones. No puede olvidarse que es precisamente en los pactos parasociales en los que habían participado todos ellos en donde el padre se había reservado el usufructo vitalicio de las acciones y participaciones

transmitidas a sus hijos, reconociéndosele el derecho de voto correspondiente a aquellas. Existe, sin duda, una evidente contradicción entre la actuación inicial del demandante que participó en tales pactos y la posterior impugnación de los acuerdos sociales, adoptados en cumplimiento de aquellos. La consideración de que el ordenamiento no puede amparar actuaciones incompatibles o contradictorias con una conducta anterior, mediante la que el demandante había asumido el contenido de los pactos parasociales, conduce a la desestimación del recurso interpuesto, lo que, a su vez, conlleva el cumplimiento de los mencionados pactos, así como el reconocimiento indirecto de su eficacia societaria».

III. LA BUENA FE Y LOS PACTOS PARASOCIALES

Admitiendo el carácter vinculante del pacto parasocial (art. 1091 del Código Civil) y la impugnabilidad del acuerdo social que fije de forma contraria a la Ley la retribución del órgano de administración, ¿actúa de buena fe quien impugna el acuerdo social que no desarrolla eficazmente en el ámbito societario lo convenido en el ámbito contractual?

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012 dispone que:

«En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar ad nutum acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendencia del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva. Otra cosa es la eficacia “ex nunc” o “ex tunc” de los acuerdos de convalidación ya que, como sostiene la sentencia de 17 de marzo de 1997, “la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos”».

La Audiencia Provincial de Las Palmas, en su auto de fecha 13 de febrero de 2004, o la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, en sentencia de 26 de enero de 2009, entre otras, tienden a admitir que, incluso durante la tramitación del proceso, pueda la sociedad, mediante nueva Junta y por propia iniciativa, rectificar, revocar o sustituir el acuerdo impugnado.

Como afirma la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de julio de 2016 (BOE núm. 191 de 9 de agosto):

«Nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero, no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado, máxime si se tiene en cuenta que la propia evolución del mercado puede convertir en lesivos acuerdos inicialmente beneficiosos que los administradores deberían ejecutar de no ser revocados. (...). En conclusión, la sociedad puede ratificar, rectificar, sustituir o revocar ad nutum acuerdos anteriores, antes de ser objeto de impugnación, durante la pendencia del proceso de impugnación o concluido el mismo por sentencia definitiva. Otra cosa es la eficacia “ex nunc” o “ex tunc” de los acuerdos de convalidación ya que, como sostiene la sentencia de 17 de marzo de 1992, “la intención de la convocatoria no es en ningún sentido vinculante para el Juzgador a la hora de calificarlos en cuanto a sus efectos”».

De esta forma, el vigente artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital, prevé expresamente lo siguiente:

«2. No será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor».

Por su parte, el artículo 207 de la Ley de Sociedades de Capital, establece que:

«1. Para la impugnación de los acuerdos sociales, se seguirán los trámites del juicio ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. En el caso de que fuera posible eliminar la causa de impugnación, el juez, a solicitud de la sociedad demandada, otorgará un plazo razonable para que aquella pueda ser subsanada».

El nuevo texto del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital, lo es conforme la redacción otorgada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre (*RCL 2014, 1613*), por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital (*RCL 2010, 1792 y 2400*).

La reforma otorga por tanto un tratamiento unitario —a diferencia de lo que ocurría en la regulación vigente hasta ese momento— a los supuestos de revocación o sustitución del acuerdo social, y ello con independencia de que tuvieran lugar antes o después de la presentación de la acción impugnatoria, y ya lo fueran en el seno del proceso o de manera extraprocesal.

Hemos dicho que el firmante del pacto parasocial ha de actuar conforme a lo firmado e incluso le obliga a hacer todo lo necesario para promover la concordancia entre la realidad extraestatutaria que vendría dada por lo convenido en el pacto parasocial con la realidad estatutaria, es decir, aunque debe ser que el firmante del pacto parasocial relativo a la fijación de la retribución de los administradores, *ex artículo 1258 del Código Civil* no pueda estar obligado a estar y pasar por un acuerdo social que vulnere los requisitos establecidos por la Ley de Sociedades de Capital para la fijación estatutaria de la retribución del órgano de administración, tampoco deba estar simple y sencillamente legitimado para escudarse en la impugnabilidad del referido acuerdo social y proceder por tanto a la impugnación de dicho acuerdo social contrario a la Ley de Sociedades de Capital en clara contravención de lo acordado en el pacto parasocial.

En nuestra opinión, una actitud como la descrita supone efectivamente abrigarse en la realidad estatutaria quien previamente lo ha hecho en la realidad extraestatutaria, sin buscar la concordancia, en este caso, posible de ambas¹³. Una actitud como la meritada, evidencia por tanto una actuación que entendemos claramente contraria a las exigencias de la buena fe, *ex. artículo 7 del Código Civil*¹⁴.

Al hilo de lo anterior, sí que podemos traer a colación las siguientes palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero 2016 (*RJ 2016, 635*):

«5. El supuesto que es objeto del recurso no consiste en la impugnación de un acuerdo social por ser contrario a un pacto parasocial, como sucedía en las sentencias a que se ha hecho referencia. Se trata, como razona la sentencia recurrida, del supuesto inverso: en la adopción de los acuerdos sociales, se dio cumplimiento al acuerdo parasocial, omnilateral (...).

9. En esas circunstancias, ha de entenderse que la impugnación formulada por el demandante es efectivamente contraria a la buena fe (*art. 7.1 del Código Civil [LEG 1889, 27]*) y, como tal, no puede ser estimada.

Infringe las exigencias derivadas de la buena fe la conducta del socio que ha prestado su consentimiento en unos negocios jurídicos, de los que resultó una determinada distribución de las acciones y participaciones sociales, en los que obtuvo ventajas (la adquisición de la nuda propiedad de determinadas acciones y participaciones sociales) y en los que se acordó un determinado régimen para los derechos de voto asociados a esas acciones y participaciones (atribución al usufructuario de las acciones y participaciones sociales transmitidas), cuando impugna los acuerdos sociales aprobados en la junta en que se hizo uso de esos derechos de voto conforme a lo convenido.

Quienes, junto con el demandante, fueron parte este pacto parasocial omnilateral y constituyen el único sustrato personal de las sociedades, podían confiar legítimamente en que la conducta del demandante se ajustara a la reglamentación establecida en el pacto parasocial.

O sea, la contraparte del pacto parasocial del impugnante del acuerdo social podía confiar en que la conducta del mismo no consistiera en dejar fuera de la realidad la retribución de los administradores pactada, por ello, el impugnante del pacto parasocial debería haber visto rechazada su pretensión por manifiestamente contraria a la buena fe, ya que una conducta acorde con la misma, en términos tanto de la buena fe exigida por el artículo 7 del Código Civil, como de la buena fe integradora del pacto parasocial de conformidad con lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil¹⁵, tendría que haber pasado no por la impugnación del acuerdo social de fijación de la retribución estatutaria de los administradores, sino por la promoción de un acuerdo social que subsanare las deficiencias de aquél, de conformidad con la posibilidad que le ofrecía los artículos 204.2 y 207 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLFARO ÁGUILA REAL-MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*.
- DÍEZ PICAZO. *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I*. Introducción. Teoría del Contrato. Thomson Civitas, 2007.
- *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Civitas, 2º ed. 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad. *Revista de la Administración Pública*, 20 (1956).
- MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.
- MORALES BARCELÓ. Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42/2014 parte Varia.
- PAZ-ARES. El “enforcement” de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica*, Uría & Menéndez, núm. 5. 2003.
- La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, Número Extra 2011.
- PÉREZ MORIONES. Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2016 parte Comentario.

RADOVANOVIC. La impugnación de acuerdos sociales adoptados en cumplimiento de un pacto parasocial omnilateral y la relevancia de la buena fe. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 25 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 635). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103.

REDONDO TRIGO. De nuevo sobre la retribución de los administradores. ¿Estatutos o pactos parasociales? *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 2009, núm. 711.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de octubre de 2012
- STS de 18 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4632)
- STS de 25 de febrero 2016 (*RJ* 2016/635)
- STS de 17 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4012)
- Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 13 de febrero de 2004
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de enero de 2009
- Resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (BOE núm. 136 de 6 de junio de 2016)

NOTAS

¹ ÁLFARO ÁGUILA REAL-MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*. 1^a ed., mayo de 2015

² GARCÍA DE ENTERRÍA. La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad. *Revista de la Administración Pública*, 20 (1956), 71-72.

³ Se refiere GARCÍA DE ENTERRÍA a PUIG BRUTAU. *Actos propios*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II, 348 y sigs., y *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona 1951, 97 y sigs.

⁴ DÍEZ PICAZO. *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Civitas, 2^º ed. 2014, 216-218.

⁵ REDONDO TRIGO. «De nuevo sobre la retribución de los administradores. ¿Estatutos o pactos parasociales?» *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 2009, núm. 711, 522-532.

⁶ Vid., PAZ-ARES. El “enforcement” de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica, Uría & Menéndez*, núm. 5. 2003, quien sobre los criterios de validez del pacto social afirma lo siguiente: «No es objeto de este estudio determinar cuándo ha de considerarse válido o inválido un pacto parasocial. De él nos ocupamos en otro que se halla todavía *in fieri*. No obstante, nuestra principal conclusión es que la validez de los pactos parasociales no puede enjuiciarse con el rasero de la imperatividad propia del derecho de sociedades (la que denominamos «imperatividad tipológica»); ha de enjuiciarse única y exclusivamente con el rasero de la imperatividad general del derecho de obligaciones (que denominamos «imperatividad sustantiva»). Esto significa que los pactos parasociales no son inválidos por contravenir normas del tipo societario (por ej., la prohibición de unanimidad o de voto plural); solamente lo son si atentan contra valores sustantivos del entero sistema (por ej., prohibición de pactos leoninos o exigencias de la buena fe)».

En el mismo sentido, PAZ-ARES. La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, Número Extra 2011.

⁷ Como dice DÍEZ-PICAZO: «...El contrato no se integra por que las partes hayan dejado en él lagunas, ni se integra tampoco a partir de la voluntad presumible de las partes en relación con la ordenación de la laguna. Se trata, de una objetiva ordenación de la relación contractual, introduciendo en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes»; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I. Introducción. Teoría del Contrato*. Thomson Civitas, 2007, 429.

⁸ PAZ-ARES, El “enforcement”..., se refiere sobre el particular al afirmar de forma genérica que: «...Es evidente que ese pacto parasocial les obliga a hacer todo lo necesario para lograr el resultado buscado (art. 1258 del Código Civil)... El ordenamiento no puede amparar a quien en se escuda en su propio incumplimiento. Un caso de la misma progenie lo proporciona la sentencia del TS de 6 de febrero de 1987: un socio nombra para una Junta general a un representante que no reúne las condiciones estatutariamente exigidas y, posteriormente, invoca la infracción de la norma estatutaria para impugnar los acuerdos. El Alto Tribunal rechaza la pretensión por abusiva. En unos y otros supuestos se advierte una contradicción entre los criterios valorativos que utiliza el socio para juzgar a los demás, que no puede ser admitida por el ordenamiento en virtud del principio “tu quoque”».

Vid., igualmente, PAZ-ARES. La cuestión de la validez de los pactos parasociales. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, Número Extra 2011.

⁹ ALFARO ÁGUILA REAL-MESSEGUER. *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014) [Sociedades no cotizadas]*. 1^a ed., mayo de 2015, tratan la impugnación de los acuerdos sociales relativos a la retribución de administradores del siguiente modo:

«La fijación ilegal de la remuneración hace impugnables los acuerdos correspondientes. No cabe duda de que una remuneración debe poder impugnarse por la minoría de socios que hubiera votado en contra cuando su fijación estatutaria o su determinación por la Junta pueda considerarse abusiva. Desde antiguo, el Tribunal Supremo ha dicho que no puede tolerarse que los socios mayoritarios absorban “los puestos directivos y de administración para asignarse pingües emolumentos con cargo a los beneficios sociales en proporción desorbitada a su función” (STS de 1 de junio de 1963 Ar. 3509). Y es que, en efecto, la retribución de los administradores es la forma más directa de expropiación de los socios minoritarios por parte de los mayoritarios en sociedades cerradas o de los socios por parte de los administradores en sociedades de capital disperso. Como se explicó al examinar el abuso de la mayoría en el reparto de dividendos, la retribución de los administradores permite a la mayoría —que ocupa los puestos de administración— repartir desigualmente los beneficios sociales reteniendo estos para sí en forma de salarios en lugar de distribuirlos equitativamente en forma de dividendos. El acuerdo de la Junta por el que se fije la retribución de los administradores será impugnable cuando atribuya a los administradores una retribución ilegal o cuando, por desproporcionada, perjudique el interés común de los socios. Los administradores no pueden recibir otras retribuciones al margen de la regulación estatutaria (STS de 30 de diciembre de 1992, Ar 10570 y 26 de marzo de 1996, Ar 2445). No obstante, aunque el cargo de administrador fuera gratuito, si un administrador viene cobrándola pacíficamente durante años (a ciencia y paciencia de la totalidad de los socios), su impugnación posterior no será admisible, según los casos, porque la impugnación sea contraria a la bue-

na fe (doctrina de los actos propios, STS de 18 de abril de 2013) o porque se considere que estamos ante una derogación singular de los estatutos. Si el cargo es gratuito, la gratuitad no se extiende a las prestaciones que el administrador realice a favor de la sociedad y que no formen parte del cumplimiento de sus obligaciones como administrador (i.e., dictámenes como abogado, STS de 28 de septiembre de 2010). Cuestión distinta es que tales pagos puedan impugnarse por responder a una transacción vinculada que deba anularse. La transparencia en la remuneración tiene gran importancia para controlar la conducta de los administradores porque la obtención de ingresos de la empresa en formas distintas a la remuneración publicada y aprobada por la Junta resulta mucho más difícil de controlar (fondos de pensiones; derecho a convertirse en «consultor» de la empresa una vez que abandona el puesto de consejero; préstamos en condiciones mejores que las de mercado y que, a menudo, son condonados; pagos al final de su mandato...) y sus efectos, en términos de desincentivos para los administradores para maximizar el valor de la empresa, muy superiores. Por ejemplo, si un administrador de una empresa más grande puede fijarse un sueldo mayor que el de una empresa más pequeña, los incentivos para «crear imperios» aunque no sea la forma de maximizar la rentabilidad para los accionistas son muy grandes. Será abusiva cuando no guarde proporción con el volumen de negocio de la empresa o con los beneficios obtenidos o con el trabajo efectivamente desarrollado por la persona a la que se designa administrador (SAP Madrid de 5 de abril de 2013); cuando se aumente extraordinariamente sin razones que lo justifiquen o cuando sirva para poner en práctica una política discriminatoria de retribución de los socios (se paga sueldo al socio mayoritario y nada al minoritario SAP Castellón de 15 de mayo de 2008 con apoyo en la STS de 29 de marzo de 2007); cuando se acuerde convertir el cargo de gratuito en remunerado existiendo pérdidas en el negocio (SAP Coruña de 14 de febrero de 2014). Así, se ha considerado abusivo extender la duración del cargo de los administradores y elevar la retribución de estos desde el 2,5% al 33% de los beneficios (STS de 1 de julio de 1963); atribuir al socio presidente del consejo de administración una retribución anual superior a los beneficios de la sociedad (STS de 17 de mayo de 1979; SAP Madrid de 23 de marzo de 1999) o que se extendía a los herederos del consejero delegado (STS de 24 de octubre de 2006); aprobar unas cuentas anuales en que se incluían pagos a determinados consejeros en concepto de nómina y complementos cuando la sociedad no tenía beneficios y estaba en crisis (STS de 2 de marzo de 1984); aprobar unas cuentas sociales que incluían como gastos societarios los gastos personales de los accionistas mayoritarios (STS de 7 de julio de 1990) o que implicaban una retribución a 3 de los cuatro socios que eran los que tenían la condición de cantidades que hacían ridículos los beneficios (SAP Salamanca de 1 de julio de 2001 Westlaw).

Es obvio que la remuneración que reciben los administradores de una sociedad es un gasto deducible para la sociedad. En España tuvimos el famoso caso de las Sentencias de la Sala 3^a del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008 que consideró no deducibles los pagos hechos a administradores que no se ajustaban plenamente a las previsiones estatutarias sobre retribución de administradores y otras más recientes que han negado la deducibilidad de los pagos a los administradores si el cargo era gratuito. El Tribunal Supremo de Delaware ha rechazado, en el marco de una acción social de responsabilidad, que un Consejo de Administración haya actuado negligentemente porque pagara un bonus a los ejecutivos a sabiendas de que la Administración Fiscal no iba a aceptar su deducibilidad en el impuesto de sociedades. El Tribunal viene a decir

que «la decisión de sacrificar un ahorro fiscal en aras de una mayor flexibilidad en las decisiones sobre retribución de ejecutivos constituye un típico ejercicio del juicio empresarial» y, por tanto, que la decisión estaba plenamente cubierta por la business judgment rule. Precisamente, para que no acusaran al Consejo de haber actuado negligentemente, el acuerdo recogía expresamente la voluntad del mismo de pagar tal remuneración a sabiendas de que era probable que los pagos no fueran deducibles fiscalmente. Lo que no quiere decir que a los jueces les pareciera bien o que esa forma de actuar representara las «mejores prácticas». Pero, dado que no había conflicto de interés (la remuneración la acordaron los administradores no ejecutivos), el control judicial es muy limitado. De nuevo, dado que la fijación ilegal de la remuneración de los administradores en los estatutos hace a la cláusula estatutaria nula de pleno derecho, no debería quedar sometida al control registral».

¹⁰ RADOVANOVIC. La impugnación de acuerdos sociales adoptados en cumplimiento de un pacto parasocial omnilateral y la relevancia de la buena fe. Comentario a la STS (Sala 1.ª) de 25 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 635). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 103.

¹¹ MORALES BARCELÓ. Pactos parasociales vs estatutos sociales: eficacia jurídica e impugnación de acuerdos sociales por su infracción. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 42/2014 parte Varia.

¹² PÉREZ MORIONES. Una vez más sobre la eficacia de los pactos parasociales tras la STS de 25 de febrero de 2016. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2016 parte Comentario.

¹³ MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1993, página 55, explica del siguiente modo la regla del «*tu quoque*»: «la regla conocida con las palabras «*tu quoque*» está emparentada con el aforismo «*nemo auditur sua turpitudinem allegans*». Significa la imposibilidad de invocar las reglas jurídicas por el mismo que las desprecia. Existe una contradicción, como en la prohibición del *nemo venire contra factum proprium*, pero no consiste tanto en la conducta, como en los criterios valorativos de la misma que utiliza el sujeto que actúa para juzgarse y juzgar a los demás. Un caso significativo en nuestra jurisprudencia es de la STS 6-II-1987 en el que el socio nombra, para la junta de accionistas, un representante que no reúne la condición exigida por los estatutos de ser socio; posteriormente el socio representado invoca la norma estatutaria para demandar la nulidad de los acuerdos. También parece un caso semejante el de quien niega a su socio legitimación para la participación en la sociedad alegando que este le ha transmitido fiduciariamente a él todas sus acciones (STS 24-IX-1987)....».

¹⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, página 46, lleva a cabo la siguiente distinción entre acto contrario a la buena fe y acto ejecutado en abuso de derecho: «De modo aproximado podemos decir que el ejercicio del derecho contra la buena fe ataca la confianza suscitada en la otra parte, o bien, una regla de coherencia de la propia conducta por imperativos éticos; la buena fe también condena el ejercicio de un derecho obtenido de forma desleal. Se desenvuelve en el marco de una relación especial de las partes, en la que impone un deber de mutua consideración o lealtad recíproca. En el abuso del derecho hay una violación, dentro de los límites formales de un derecho o de una norma, de los valores contenidos en ellos o de la idea axiológica insita en el derecho subjetivo o en la norma».

¹⁵ DÍEZ PICAZO, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, página 437, aborda así a la buena fe como integradora del contrato: «En su aplicación al régimen de una relación contractual la buena fe constituye un criterio de determinación del alcance de las prestaciones contractuales y de la forma y modalidades del cumplimiento y una fuente de creación de deberes accesorios del deber principal de prestación (p. ej., el vendedor de una empresa tiene ex fide bona el deber contractual de no hacer concurrencia al comprador). La regla de la buena fe se dirige también al acreedor o titular del derecho subjetivo en virtud de la relación contractual, imponiéndole formas y modalidades del acto de ejercicio de su derecho y estableciendo para él determinados límites, más allá de los cuales el acto de ejercicio del derecho se convierte en abusivo y puede ser repelido por el obligado».