

## 2. MERCANTIL DERECHO DE SOCIEDADES

La impugnación de acuerdos sociales conformes  
a los pactos parasociales de exclusión.

*Challenging corporate resolutions in accordance  
with shareholder exclusion agreements*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

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

**RESUMEN:** Existe una aparente Jurisprudencia contraria a la impugnación de los acuerdos sociales conformes a los pactos parasociales de exclusión que necesariamente ha de ponerse en relación con la prohibición de impugnación de acuerdos sociales en contradicción con la buena fe.

**ABSTRACT:** *There is an apparent jurisprudence contrary to the challenge of social agreements in accordance with shareholder exclusion agreements that must necessarily be put in relation to the prohibition of challenging social agreements in contradiction with good faith.*

**PALABRAS CLAVE:** pactos parasociales, exclusión por justos motivos, buena fe

**KEYWORDS:** *shareholder agreements, exclusion for just reasons, good faith*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN POR JUSTOS MOTIVOS Y LAS POLÉMICAS DOCTRINALES.—III. LA NECESARIA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL CONFORME AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### I. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento o no de la exclusión del socio por justos motivos en las sociedades de capital ha venido siendo objeto de una tradicional polémica doc-

trinal conectada a otro no menos polémico asunto como es la existencia o del deber de lealtad del socio. No es nuestro interés reproducir en este trabajo los argumentos a favor o en contra de una u otra postura en estos dos controvertidos asuntos propios no sólo de nuestro Derecho de Sociedades sino incluso de nuestro Derecho Patrimonial, ni siquiera proceder a una crítica con detalle de aquellos argumentos que estimamos inadecuados, como tampoco ensalzar los que consideramos correctos.

Creemos sinceramente que los esfuerzos en uno y otro sentido han sido loables y no faltos de argumentos susceptibles de ser defendidos con racionalidad, aunque sí que acudiremos a aquellos que nos sirvan para poder exponer una especie de tercera vía aunque no tanto movido por un ánimo ecléctico sino para poder ofrecer una propuesta que bien pudiera ser considerada en la práctica que nos ocupa, ya que como decía Savigny en su Sistema de Derecho Romano Actual <...Allí donde la separación de la teoría y de la práctica es una separación absoluta, la teoría corre el riesgo de convertirse en un vano ejercicio para el espíritu y la práctica en un oficio puramente mecánico>.

Vaya por delante que somos de la opinión de que efectivamente puede materializarse la exclusión por justos motivos en las sociedades de capital y que como no podía ser otra cosa, el socio está sujeto a la observación de un deber de lealtad, aunque como anticipaba estimo que ambos problemas, en el tema que atendemos, no dejan de constituir un falso problema o mejor dicho lo que realmente implican es un cierto enmascaramiento del verdadero problema, que igualmente anticipándonos a las siguientes reflexiones, creemos que no es otro que la imposibilidad de impugnar un acuerdo parasocial omnilateral que haya acordado la exclusión social convenida anteriormente también por el socio impugnante, ya que éste en realidad estaría actuando de forma contraria a la buena y en claro abuso de derecho.

Por ello, es necesaria la revisión de la Jurisprudencia que niega esa exclusión por justos motivos, al menos y sin ánimo de profundizar en las polémicas antes apuntadas, en el caso concreto de impugnación de acuerdos sociales conformes a la exclusión por justos motivos acordada en un pacto parasocial omnilateral, que por definición implica la ausencia de causa legal o estatutaria para dicha exclusión, convenida al amparo de la autonomía de la voluntad en el pacto extraestatuario en cuestión.

Como decíamos la actuación conforme a la buena y fe, resulta esencialmente relevante en esta materia, siendo un recurso tradicionalmente esgrimido en pleitos de impugnación de acuerdos sociales, contrariamente a lo que parece creerse cuando se atiende a las sentencias que en los últimos años nos ha ido ofreciendo el Tribunal Supremo en materia de impugnación de acuerdos sociales y pactos parasociales.

De esta forma, Díez-Picazo<sup>1</sup> nos exponía un interesante caso sobre impugnación de acuerdos sociales y prohibición de actuación contra los propios actos, analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1920:

La Compañía minera «La Previsión» se constituyó con dos concesiones tituladas «Necesaria» e «Indispensable», estableciéndose en la escritura social que la administración competía a la Junta directiva y que los acuerdos de la Junta general serían válidos y obligatorios para todos los socios, debiendo ser tomados por unanimidad absoluta los de venta y arriendo de minas y por mayoría de asistentes los demás. Se estableció que se repartirían a prorrata entre los socios los productos líquidos obtenidos.

La Junta general de 30 de junio de 1907, celebrada bajo la presidencia de don Rosendo, aceptó una proposición de don Ubaldo de facilitar registros de minas a la Compañía a cambio de un veinticinco por ciento por ciento de la concesión y, como consecuencia de este acuerdo, por iniciativa de don Ubaldo, don Rosendo registró para la Compañía la mina titulada «Salmerón» y su demasía. La Junta general de 5 de febrero de 1911 acordó ceder a don Ubaldo el veinticinco por ciento de la mina «Salmerón» y de su demasía, pero la de 24 de mayo de 1914 acordó suspender los repartos de beneficios procedentes del precio de los arriendos de las minas «Necesaria» e «Indispensable» para proceder a la exploración y explotación directa de la mina «Salmerón», atendiendo a los gastos que ello ocasionara con el producto de los citados arrendamientos. Este acuerdo se tomó por mayoría.

La Compañía demandó indemnización de daños y perjuicios a don Rosendo, afirmando que, por no haberse pagado los derechos de pertenencia y de expedición de títulos de propiedad relativos a la demasía de «Salmerón», dentro del plazo reglamentario, se había decretado la caducidad del registro, que quedó perdido para la Compañía. Don Rosendo reconvirtió pidiendo la nulidad de los acuerdos de 24 de mayo de 1914. Fueron estimadas la demanda y la reconvención.

La Compañía interpuso recurso de casación alegando en el quinto motivo, infracción de la doctrina de los actos propios y el TS declaró haber lugar al recurso.

*Don Rosendo no puede hoy impugnar la validez de los acuerdos de las Juntas generales sobre la suspensión de los repartos activos del precio de los arrendamientos y la administración de la mina «Salmerón» y sus demasías, con arreglo a la doctrina legal de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos; porque esos acuerdos son consecuencia natural y complemento necesario de los que con su intervención fueron adoptados por la Junta y fueron por él ejecutados, relativos a la adquisición de las minas, ya que, según el principio de que el que quiere el antecedente no puede rechazar el consiguiente, esa adquisición implicaba, por necesidad lógica y legal, la ampliación del negocio y la aplicación de las cláusulas de la escritura social relativas a la administración*

*y explotación de las nuevas adquisiciones, pudiendo en su virtud la Junta no sólo enajenar y arrendar, sino también explotar por sí misma, si así convenía al interés social o era imposible arrendarlas, con fondos de la sociedad, procediesen o no del arriendo de las minas antiguas, sin poderse en tal caso reputar beneficios líquidos más que los resultantes de la totalidad del negocio, por ser inadmisible que las minas quedasen improductivas, si no era posible o beneficioso arrendarlas.*

Concluye Díez-Picazo tras dicha exposición jurisprudencial que: <El demandado no podía reconvenir la nulidad del acuerdo social, porque este acuerdo era consecuencia natural y complemento necesario de otros tomados activamente con su intervención y ejecutados por él. La inimpugnabilidad no obedece a confirmación o convalidación —los actos que se invocan son anteriores a la adopción del acuerdo— sino al carácter contradictorio de la pretensión. Es contradictorio, como dice el TS, demandar la nulidad del acuerdo, porque este acuerdo era perfectamente coherente con la conducta anterior del propio demandado.>

No obstante, el caso jurisprudencial antes expuesto que conlleva la aplicación de la prohibición de ir contra los propios actos, lo fue para impugnar un acuerdo social en contravención de otros acuerdos sociales anteriores, no como en el presente caso que proponemos, donde la impugnación del acuerdo social lo sería por contravención de un pacto parasocial de exclusión, en el que el principio de *pacta sunt servanda* ex. art. 1091 CC impide la aplicación de la doctrina de los actos propios, aunque no el deber de actuar de buena fe, ex. art. 7 CC.

Resulta por último conveniente explicar el por qué de esta preferencia parasocial de inclusión del pacto de exclusión. No sólo la ausencia de un claro apoyo a la exclusión por justo motivos y al deber de lealtad del socio lo que nos lleva a no inclinarnos por esta actuación extraestatutaria de una cláusula de exclusión por justos motivos no escrita y sí por la escrita, sino también por la confidencialidad con que los socios quieren mantener sus relaciones sociales y en particular aspectos tan conflictivos como el de la exclusión social, como por la estricta exigencia que para la inscripción de una cláusula estatutaria de exclusión en el Registro Mercantil nos impone el desafortunado artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil que requiere que en el caso de que los estatutos sociales establezcan causas de exclusión de los socios distintas a las previstas en la Ley, deberán determinarlas *concreta y precisamente*.<sup>2</sup>

Dicho requisito reglamentario de concreción y precisión implica una extrema dificultad de actuación con cláusula estatutaria de exclusión que amplie las causas legales de exclusión (incumplimiento de realización por el socio de prestaciones accesorias o infracción de la prohibición de competencia al socio-administrador, ex. art. 350 LSC), de ahí que la solución parasocial se nos antoja como alternativa más realista en la práctica, aunque para ello tengamos que salvar los

problemas que para su aplicación nos podemos encontrar, tal y como desarrollaremos con posterioridad.

## II. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA EXCLUSIÓN POR JUSTOS MOTIVOS Y LAS POLÉMICAS DOCTRINALES

En la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 (Id Cendoj: 28079110012007100900) se enjuicia, en lo que ahora nos interesa un motivo de casación que se funda, en síntesis, en que: a) el acuerdo de exclusión de dos de los socios fue ajustado a Derecho, pues existió un acuerdo entre los socios para la entrega de cantidades para hacer frente a un préstamo hipotecario cuya devolución se asumió personalmente, pero los socios Sr. Claudio y Avitrans Urgente, S. L., lo incumplieron vulnerando el acuerdo del consejo de administración; b) la exigencia de que la exclusión de un socio con más del 25% del capital social sea ratificada judicialmente (art. 99 LSRL), no supone la nulidad del acuerdo de exclusión mientras no se disponga de la resolución judicial; y c) la votación del acuerdo de exclusión se desarrolló con toda corrección, pues cuando se trata de excluir a varios socios por una misma causa es posible hacerlo en un mismo acuerdo.

La desestimación del motivo de casación fue resuelto del siguiente tenor:

*“a) El art. LSRL es inequívoco en el sentido de que la obligatoriedad de las prestaciones accesorias debe resultar de la propia norma estatutaria («En los Estatutos podrán establecerse [...]»), y de que ésta debe contener una determinación del contenido de la obligación («[...] su contenido concreto y determinado [...]», dice el art. 22 LSRL) tanto en el aspecto cuantitativo como —si es el caso— en su duración (RDGRN de 24 de junio de 1998).*

*Dado que la causa de exclusión esgrimida respecto de los socios afectados fue el incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias (artículo 98 I LSRL; la entrega de efectivo metálico es susceptible de ser incluida como objeto de la prestación accesoria con ciertas limitaciones: RDGRN de 7 de marzo de 2000 y 27 de julio de 2001), y que las prestaciones cuyo incumplimiento se imputa los excluidos no reunían los requisitos necesarios para su obligatoriedad frente a la sociedad por no haber sido incluidas en los Estatutos (sin perjuicio de los efectos contractuales a que pudiera haber lugar) resulta evidente la improcedencia de la exclusión fundada en una causa no prevista en el artículo 98 LSRL”*

En el caso se declaró probado que existía un acuerdo del consejo de administración para la formalización de un préstamo, asumiendo los consejeros la responsabilidad del mismo a prorrata, y los propios demandantes admiten que dos de ellos (Avitrans y D. Claudio) no han cumplido con tales pagos. El acuerdo

del consejo fue consentido, al no haber sido impugnado y entra dentro del ámbito de competencias del consejo de administración en materia de gestión social.

En realidad el caso resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 que ha sido utilizado como referente para inadmitir la exclusión por justos motivos no guarda un paralelismo con el debate que estamos proponiendo, ya que en aquél no queda constancia absoluta de la existencia de un pacto parasocial de exclusión, sino que se pretende la exclusión por justos motivos al parecer al margen de la existencia de pacto extraestatutario alguno, puesto que el acuerdo que se dice infringido procede del consejo de administración de la sociedad.

Cuestión distinta sería entender que sí existió un pacto parasocial de los socios, ya que o bien instruyeron a los consejeros nombrados por ellos o bien ellos mismos en su doble calidad de socio-administrador, concertaron con el resto de socios las instrucciones dadas a los integrantes del órgano de administración para actuar en un determinado sentido, lo que nos llevaría al análisis de la validez de los pactos de sindicación de voto en el consejo de administración, cuyo sentir general es la inadmisibilidad de los mismos en función de la regla de inoponibilidad del pacto a la propia sociedad, lo cual, a nuestro juicio tampoco podría afirmarse categóricamente si el sindicato de voto es de carácter omnilateral y del mismo puede predicarse su oponibilidad social en los términos requeridos por el Tribunal Supremo para ello, salvando el principio de relatividad del contrato ex. art. 1257 CC, al que hace referencia la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 (Id Cendoj: 28079110012022100290) que sigue affirmando la inoponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales a la sociedad sobre la base del principio de relatividad contractual, aunque admitiendo la posibilidad de impugnación de acuerdos sociales por infracción de los mismos en caso de mala fe y abuso de derecho, tal y como hiciera la sentencia del Tribunal Supremo número 120/2020, de 20 de febrero.

Por otro lado, en esta sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 sí que se razona en sede del principio de relatividad contractual, la posibilidad que vía artículo 1257.2 CC se pueda llegar a oponer a la sociedad no firmante del pacto el contenido del mismo en determinadas ocasiones, cuando se razona lo siguiente: “*3.5. Naturalmente, la regla general de la relatividad de los contratos enunciada en el párrafo primero del art. 1257 CC debe entenderse también sin perjuicio de la excepción prevista en su párrafo segundo respecto de las estipulaciones a favor de terceros, de forma que en caso de haberse previsto tales estipulaciones en el pacto parasocial a favor de la sociedad (los denominados “pactos de atribución”, v.gr. concesión de préstamos, prohibición de competencia, etc), ésta podrá exigir su cumplimiento, conforme a dicha norma, incluso si no fue parte del convenio parasocial.*”

Asimismo, la referida sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022 sin entrar directamente en la oponibilidad de los pactos parasociales omnilaterales, sí que afirma en *obiter dicta* la misma, cuando la sociedad es firmante del pacto, al referirse del siguiente modo: *La sentencia 296/2016, de 5 de mayo, constituye un exponente más (y no una excepción) de la reiterada doctrina de esta sala sobre la validez y eficacia inter partes de los pactos parasociales, y así lo manifiesta con toda claridad (en un supuesto de sindicación de acciones) cuando afirma que “el pacto de sindicación de acciones es un acuerdo extra-societario o parasocial generalmente no oponible a la sociedad (art. 7.1 LSA, actual art. 29.1 LSC), pero de eficacia vinculante para quienes lo suscriben”*. El adverbio “generalmente” no contradice la doctrina de la sala, sino que se adecúa en rigor a la misma, pues, como hemos visto, la regla de la inoponibilidad no carece de excepciones, fundamentalmente basadas en el principio de la buena fe, y otros conectados con éste como el de la confianza legítima o la interdicción del abuso de derecho (a lo que deben sumarse los supuestos en que la propia sociedad sea firmante de los pactos).<sup>3</sup>

La oponibilidad del pacto omnilateral que con carácter general es propugnada por la doctrina<sup>4</sup> sin embargo no es admitida tampoco como excepción a la validez de los sindicatos de voto en el órgano de administración por otros autores,<sup>5</sup> lo que sin duda agrava el problema en el enjuiciamiento de este caso analizado por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007, aunque reiteremos que en la misma no se aborda el problema sustancial que en estos momentos nos ocupa.

Por otro lado, tenemos la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2013 (Id Cendoj: 28079370282013100049).

En una sociedad que se constituyó por varios correedores de seguros aportando sus carteras, el señor Luis Carlos comunicó entre otras Compañías a Reale Aseguradora mediante carta por escrito su decisión de traspasar su cartera de Acebroker Correduría de Seguros a su clave directa como persona física (.). Ante tal actitud Acebroker comunicó tanto a Reale como a Luis Carlos la disconformidad por escrito de tal actuación, un incumplimiento de los pactos, de las prestaciones accesorias asumidas por los socios en la constitución de la sociedad, siendo constitutiva de una infracción a la prohibición de competencia.

La referida sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2013 desestimó el recurso de apelación contra la nulidad del acuerdo de exclusión sobre la base de lo siguiente: “*Para analizar tales argumentos no ha de perderse de vista que una decisión tan drástica como lo es la exclusión de un socio tiene que estar soportada en una causa legal (artículo 98, párrafo primero, de la LSRL y artículo 350 de la LSC, donde se concretan como tales los casos de incumplimiento de la obligación del socio de realizar prestaciones accesorias*

*o del socio-administrador que infringe la prohibición de competencia o que ha incurrido en responsabilidad, según condena por sentencia firma, ante la sociedad) o en una que haya sido especialmente prevista como tal en los estatutos sociales, siempre que la incorporación de tal previsión a los mismos se haya producido merced al consentimiento de todos los socios (artículo 98, párrafo segundo, de la LSRL y artículo 351 de la LSC). No puede, por lo tanto, quedar una decisión como esa al libre albedrío de un acuerdo de junta general que no se ciña a la aplicación de dichas causas y que pretenda aducir otras circunstancias, por más que éstas fueran compartidas y estimadas como justificadas por la mayoría social”*

En línea con la anterior sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007, tampoco en esta sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2013, trata el tema que nos ocupa, ya que no existía acuerdo social impugnado conforme a pacto de exclusión parasocial, sino que como la anterior, descansa su razonamiento por tanto en la invalidez de la exclusión por justos motivos.

Sin embargo, a diferencia de lo anterior, la interesante (por varios y diferentes motivos) reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5<sup>a</sup>) Sentencia num. 8/2023 de 18 diciembre de 2022 (JUR\2023\76999), sí que nos sirve para ilustrar el caso propuesto a debate.<sup>6</sup>

En el segundo motivo de recurso, se impugna la causa de exclusión del Sr. Ángel por el incumplimiento de su obligación de incorporarse laboralmente a la sociedad, estimando el apelante que la sentencia recurrida incurre en errores de derecho y en la valoración de la prueba, que existe un defecto de falta de motivación y, que de acuerdo con los artículos 86.1 y 351 de la LSC, las prestaciones accesoriales y las causas de exclusión de los socios deben constar en los estatutos sociales; además de haber quedado acreditado que, en cualquier caso, el Sr. Ángel no incumplió su obligación de incorporarse laboralmente a la sociedad. Se aduce en este motivo de recurso, en síntesis, que no existe ninguna causa de exclusión estatutaria en la que encaje una supuesta falta de incorporación laboral del Sr. Ángel a la Sociedad, como tampoco existen prestaciones accesoriales, de modo que la Sentencia infringe los artículos 86.1 y 351 de la LSC.

La Audiencia Provincial de Cádiz, realiza una afirmación de principios al inadmitir con carácter general la exclusión por justos motivos, razonando que: “*Por tanto, igual que no puede impugnarse un acuerdo social por ser contrario al pacto parasocial —con las excepciones relacionadas con la buena fe, que no es el caso—, estimamos, de acuerdo con la mejor doctrina, que no cabe fundar la exclusión de un socio en un incumplimiento del pacto parasocial.*”

Sin embargo, después de efectuar la anterior afirmación, la Audiencia Provincial de Cádiz introduce la cuestión de la omnilateralidad del pacto parasocial

y su vinculación a la sociedad cuando es firmante del pacto, cuando razona lo siguiente: “Ahora bien, hay que tener en cuenta que la parte demandada se opone a este motivo de recurso alegando que obvian los demandantes que hay una cuestión esencial, cual es, que los pactos parasociales, en este caso, están firmados por los mismos accionistas que componen el accionariado de la entidad, los dos demandantes y GVESTA —por lo que se trataría de un “pacto unilateral”— y, además, la propia sociedad es parte de los referidos pactos y asume directamente derechos y obligaciones; de forma que la sociedad se obliga frente a los socios y, los socios se obligan directamente frente a la sociedad, es decir, los pactos, claramente, no están ocultos a la sociedad y forman parte del entramado societario.”

También plantea, por si fuera poco, la duda sobre la posibilidad de pactar una causa de exclusión en un pacto parasocial, cuando dice que: “Con independencia de que puede resultar discutible que puedan incluirse causas de exclusión de los socios de la sociedad en un pacto de socios, calificado como pacto parasocial, aun cuando es cierto que es un “pacto unilateral” y, no tiene carácter reservado para la sociedad en tanto que intervino”

El fallo de la Audiencia, sin embargo, consistió en que no cabe exclusión social puesto que la sociedad también hacía incurrido en incumplimiento con los socios.

En realidad, los anteriores razonamientos que efectúa la meritada sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, nos presentan tres problemas dignos de atención: a) la validez de la inclusión de una causa de exclusión en un pacto parasocial (lo que parece aceptar ya que entra a analizar el fondo del asunto y desestima por incumplimiento de la propia sociedad respecto de la que se predecaba la exclusión); b) la oponibilidad de los pactos parasociales unilaterales (aunque este punto ofrezca un menor interés en el caso concreto resuelto por la Audiencia Provincial de Cádiz, debido a que la sociedad también firma el pacto parasocial); y, (c) la impugnación de un acuerdo social conforme a un pacto parasocial de exclusión.

En cuanto a la oponibilidad de los pactos parasociales, en su día, propugnábamos que ha de admitirse, de acuerdo con Paz-Ares, en que en los supuestos de coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto y la totalidad de los socios de la sociedad, así como cuando los resultados que ofrece el ordenamiento societario son iguales o equivalentes a los del ordenamiento contractual, deben poder hacerse valer los acuerdos parasociales frente a la sociedad, siendo esto lo que ocurre en el caso de los acuerdos sociales, pudiendo por tanto como regla general afirmarse la posibilidad de alegar la infracción de un pacto parasocial por un acuerdo social, máxime si la sociedad es firmante del pacto parasocial (por seguir el *obiter dicta* del Tribunal Supremo en este sentido, en su sentencia de 7 de abril

de 2022, aunque no seamos partidarios de la necesidad de esta última exigencia, tal y como hemos apuntado con anterioridad)<sup>7</sup>, por lo que ahora no volvemos sobre ello, no por falta de interés sino por centrarnos en el debate propuesto.

Sí nos llama la atención, sin embargo, la duda expresada por la Audiencia Provincial de Cádiz sobre la validez de la inclusión en el pacto parasocial de una causa de exclusión social, duda que no compartimos para afirmar por nuestra parte la licitud de tal convenio (art. 1255 CC).

Para ello, colacionamos las palabras de Paz Ares (“*Violación de pactos...* pág. 62”) cuando acertadamente afirma que <La doctrina del Tribunal Supremo en este punto resulta intachable. En lo que hace a su validez, los pactos parasociales —dice el alto Tribunal— “no están constreñidos por los límites que a los acuerdos sociales y a los estatutos imponen las reglas societarias —de ahí gran parte de su utilidad— [ imperatividad tipológica ], sino a los límites previstos en el artículo 1255 del Código Civil [ imperatividad sustantiva ]” (así STS 23-X-2012 [RJ 2012, 10123] (RJ 2012, 10123), es decir, no son las reglas societarias que nos llevan a la exclusión legal o estatutaria las que han de presidir la legalidad del pacto parasocial de exclusión sino la genérica limitación a la autonomía de la voluntad del pacto obligacional. Así, Paz-Ares (“*Enforcement...nota 3*”), ya adelantó su opinión cuando decía que <... 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).>

Además para poder comprender anterior recurrimos al fundamento de la exclusión como desarrollo en la vida societaria del mecanismo de la resolución contractual, aunque la especialidad propia de la estructura corporativa (contrato no sinalagmático frente a los contratos de cambio sinalagmáticos) haga que el fenómeno exclusivo conlleve realmente una protección que ostenta el socio cumplidor frente al socio incumplidor, de ahí que no puedan justificarse las existencia de dudas sobre la posibilidad del pacto exclusivo social, ya que no conlleva vulneración alguna de los límites de la voluntad, con arraigo incluso en nuestro derecho de sociedades personalista, en el artículo 218 del Código de Comercio.

Con acierto, ya razonó lo anterior Alfaro Águila Real <sup>8</sup> cuando motivó la relación entre la exclusión y la resolución contractual cuando sostuvo que: <...si la resolución es una medida de protección del acreedor cumplidor, la lógica exige

calificar la exclusión no como una sanción al socio incumplidor sino como una medida de protección de los socios fieles al fin común...

En todo caso, la exclusión no es simplemente una forma de resolución propia de los contratos bilaterales. La identificación con la resolución implicará no poner de relieve suficientemente el carácter no sinalagmático del contrato de sociedad frente a los contratos de camio donde se ha desarrollado la institución de la resolución y, en particular, el hecho que a diferencia de lo que ocurre en los contratos sinalagmáticos, la sociedad no es la contraparte contractual del socio. La exclusión es, desde esta perspectiva, un instrumento para permitir a los socios “leales” y “aptos” para continuar la persecución del fin común desprenderse del socio que dificulta de manera grave o pone en peligro dicho objetivo. Un derecho de defensa, como hemos señalado.>

Ello es así, en nuestra opinión, también por la necesaria integración del contrato de sociedad con las reglas de la buena fe previstas en el artículo 1258 del Código Civil, del que ha de derivarse necesariamente el deber de lealtad del socio, sin que esta afirmación que realicemos la hagamos con desconocimiento del controvertido parecer doctrinal sobre deber de lealtad del socio en nuestro derecho de sociedades, al que seguidamente nos referimos al tratar sobre la controvertida admisibilidad de la exclusión por justos motivos en nuestro derecho societario capitalista.

Como resume Segismundo Álvarez Royo Villanova <la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina consideran que los socios tienen un deber de lealtad con los demás socios y con la propia sociedad. Aunque a diferencia de lo que sucede con los administradores (art. 227 LSC) este deber no está reconocido en la ley, sería una manifestación del principio de buena fe consagrado con carácter general en el art. 7 CC, para el ámbito contractual en el art. 1258 CC y que en el ámbito societario se radicaría en el concepto de interés social (reconocido en los arts. 190, 196 y 204 LSC)><sup>9</sup> Efectivamente, este es el sentir general de autores como Girón,<sup>10</sup> Paz Ares y Recalde y de Jurisprudencia representada por ejemplo, por la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002 (RJ 5233), la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 (RJ 4981) y la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011, (RJ 2012/3521), aunque otros se muestren contrarios sobre la existencia de dicho deber, como Sáez Lacave<sup>11</sup> y Carrasco Perera<sup>12</sup>.

No es éste el momento del desarrollo de las doctrinas reconocedoras del deber de lealtad del socio, aunque sí el de adscribirnos a las mismas como justificativas de la posibilidad de la exclusión por justos motivos, aunque como reconoce Álvarez Royo Villanova (vid. op. cit) <En realidad las diferencias entre ambas posturas no son tan grandes (como pueden comprobar en el animado debate sobre este post de Iribarren en este mismo blog): los que entienden que

existe un deber de lealtad (Recalde Iribarren, Alfaro, Paz-Ares) no defienden una subordinación del interés del socio al interés social como interés superior, ni que el juez pueda entrar a juzgar lo que es mejor para la sociedad desde un punto de vista económico. Los que lo niegan también admiten que la buena fe actúa como un elemento de integración del contrato, lo que incluye la prohibición de ir contra los propios actos y por tanto el carácter contrario a la buena fe de estas actuaciones>, por lo que nos quedamos ahora y en atención al debate propuesto con el ineludible deber de actuación de buena fe y la prohibición de actuación contra los propios actos, lo que enlaza con la imposibilidad a nuestro juicio de poder impugnar un acuerdo social conforme al pacto de exclusión extraestatutario firmado por también por el impugnante.

Pero volviendo de plano a la admisibilidad de la exclusión por justos motivos (ausencia de pacto de exclusión estatutario ni de causa legal al efecto), la práctica nos hace inclinarnos a la inclusión del pacto exclusivo en un pacto extraestatutario para poder defender la vinculación del pacto y la imposibilidad de impugnar el acuerdo de exclusión por el firmante del pacto como consecuencia del deber de actuar de buena fe con el objeto de evitar la polémica sobre la validez de las causas no escritas de exclusión social ante un planteamiento judicial del conflicto.

Es cierto que se propuso por Álfaro Águila-Real,<sup>13</sup> con acierto, la posibilidad de la exclusión por justos motivos en virtud del principio integrador del contrato (ex. art. 1258 CC) como causa de exclusión no escrita cuando razonó que: <...La fundamentación puede formularse como sigue: *El deber de lealtad del socio le exige aceptar ser excluido cuando en su concurren justos motivos de exclusión*. Como hemos señalado, la posibilidad de excluir a un socio cuando concurre en su persona un justo motivo es atribuible a la voluntad hipotética de las partes de un contrato de sociedad. Si consideramos a los socios ex ante como maximizadores de la ganancia conjunta, todos ellos preferirían, *ceteris paribus*, excluir a un socio perturbador a tener que disolver la sociedad, liquidarla y reconstruirla ya sin dicho socio si la primera alternativa es, como hemos demostrado anteriormente, “más barata” que la segunda. Se dan, por tanto, los presupuestos que permiten al intérprete integrar el contrato de acuerdo con la buena fe a falta de disposición legal expresa (art. 1258 CC).>

Pese a ello, existen también voces críticas con anteriores postulados. A título de ejemplo, Alonso Ledesma<sup>14</sup>, aunque por lo reciente y por venir de la práctica judicial destacamos las reflexiones de la Magistrada Fachal Noguer, cuando concluye al respecto que: <A mi juicio, no basta con invocar, a estos efectos, el deber de lealtad del socio que, ni se encuentra positivizado en la Ley de Sociedades de Capital, ni ha sido reconocido de forma unánime por la doctrina, al menos si se concibe como un deber fiduciario que vaya más allá de las exigencias que impo-

ne el artículo 7 CC en el ejercicio de los derechos. Además, si admitiéramos esta causa legal no escrita, ello haría decaer las causas legales y estatutarias, por las que se decanta expresamente el sistema vigente<sup>15 16</sup>.

Es decir, proponemos el recurso a la conocida vinculación de los pactos parasociales omnilaterales que incluyan el pacto de exclusión para que no sean susceptibles de ser impugnados por sus firmantes, insistimos, desde la buena fe como necesario comportamiento de actuación.

### III. LA NECESARIA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL CONFORME AL PRINCIPIO DE LA BUENA FE

En su momento y con carácter general en materia de impugnación de acuerdos sociales y prohibición de actuación contra los actos propios, ya nos hicimos eco de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017 (RJ 2017\4012) donde 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.<sup>17</sup>

Exponemos, 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, fundadamente, 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 fundadamente 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 reclamara 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.*

Como dijimos en su momento, 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*”.

Nos enseñó Díez-Picazo<sup>18</sup>: <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 consistentemente, 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 CC). 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.<sup>19</sup>

También García de Enterría<sup>19</sup> 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 sólo 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 autor<sup>20</sup> 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, art. 1.091 C.C.— 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 sólo 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>.

Conforme con lo anterior y como razonamos en su día, ¿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>.

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 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 lo convenido en el pacto parasocial, 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 en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017 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 ambas.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

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 y en lo que ahora respecta, la contraparte del pacto parasocial en que se haya incluido un acuerdo de exclusión con causas diferentes a la legales o por justos motivos del impugnante del acuerdo social podía confiar en que la conducta del mismo no consistiera en dejar fuera de la realidad la exclusión social, el impugnante del pacto parasocial debería ver 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 Civil,<sup>23</sup> tendría que pasar no por la impugnación del acuerdo social de exclusión conforme al pacto parasocial, sino incluso por la promoción de un acuerdo social que subsanare las deficiencias de aquél, de conformidad con la posibilidad que le ofrecen los artículos 204.2 y 207 de la Ley de Sociedades de Capital.

De esta forma, Paz-Ares,<sup>24</sup> sobre el particular, haciendo eco de la opinión de Vela Torres,<sup>25</sup> comentó en su día que: <Es cierto que la apelación a la doctrina de los actos propios por parte de nuestros tribunales resulta a menudo ociosa, pues si el acto propio es un acto negocial —un negocio jurídico—, la censura de la conducta que lo contradice no necesita acudir a la buena fe; basta con invocar sin rodeos o circunloquios la fuerza de ley del negocio jurídico (art. 1091 CC)72. Ahora bien, esta objeción no procede cuando la construcción del fenómeno parte de la diferenciación analítica de planos. Un magistrado del Tribunal Supremo lo ha expuesto con perspicacia: existiendo “una duplicidad de planos (el estatutario

y el contractual), no [puede] resolverse la cuestión exclusivamente desde uno de ellos, declarando que se ha infringido el contrato, puesto que ha de darse respuesta al conflicto planteado en el plano orgánico societario, y es ahí donde la infracción derivada del pacto parasocial puede articularse a través de la infracción de la buena fe" (Vela Torres, 2018, p. 1457). El fenómeno es en cierto modo similar al que se produce en el derecho cambiario<sup>73</sup>.

72 Cfr. Díez-Picazo (2014, pp. 216-218). Allí leemos: "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".

73 Para una analogía entre la abstracción cambiaria y la personalidad jurídica y la utilización de la *exceptio doli* como mecanismo para perforar o penetrar uno y otro diafragma, v. Paz-Ares (1986, pp. 367-368).>

A nuestro juicio, el recurso a la buena fe queda justificado tan sólo desde el plano contractual del pacto parasocial ya que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto parasocial han de atenerse a las reglas de la buena fe, es decir, el artículo 1091 del Código Civil no excluye la aplicación del artículo 7.1 del Código Civil, sino que éste complementa necesariamente a aquél, sin que por otro lado resulte correcta la aplicación de la doctrina de los actos propios pese a que la misma hunda también sus raíces en la buena fe.<sup>26</sup> Podríamos decir entonces que la buena fe informa pero a la vez limita el ejercicio del derecho ante la existencia de un deber jurídico previamente dimanante de una relación negocial, aunque a la misma vez la buena fe exige la inexistencia de conductas contradictorias o la prohibición de actuar contra los propios actos.

En este sentido, Miquel González,<sup>27</sup>afirma al respecto: <Aunque el art. 7.º1 se refiere al ejercicio de los derechos, no puede entenderse que la función de la buena fe en ese ámbito se ciña exclusivamente a la de límite del ejercicio de los derechos. No sólo se ve afectado el ejercicio del derecho por la buena fe, sino que su misma existencia puede verse comprometida por reglas derivadas del principio. Afecta también a las facultades y poderes, en general, a las situaciones jurídicas. Con razón afirma Montes, (Com. Tít. Prel. Tecnos, I, p. 370), con relación al cumplimiento de los deberes y las obligaciones "esta proyección de la buena fe ha sido ya incorporada a nuestro sistema por la doctrina y la jurisprudencia. Si donde hay un derecho subjetivo debe entenderse limitado en su ejercicio por la buena fe, donde hay un deber jurídico, del mismo modo, deberemos pensar que se halla templado por la buena fe". Del art. 1258 puede extraerse, en efecto, como ha hecho la doctrina alemana del precepto paralelo del BGB, una regla general de cumplimiento de los deberes y obligaciones conforme a las exigencias de la buena fe>.

En definitiva, las resoluciones judiciales a las que nos hemos referido que afirman la necesaria constancia estatutaria de las causas de exclusión diferentes a las legales deben revisarse para no ser entendidas en términos absolutos y adaptarse, en su caso, al supuesto en que haya mediado la convención de la causa de exclusión en un pacto parasocial oponible.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real. Conflictos intrasocierarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada). Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque / Justino F. Duque Domínguez (hom.), Vol. 1, 1998.
- Alfaro Águila-Real. <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/04/oponibilidad-la-sociedad-de-pactos.html>
- Alonso Ledesma. La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios. Revista de Derecho Mercantil num.287/2013
- Álvarez Royo Villanova. <https://almacendederecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego>.
- Carrasco Perera. Racionalidad económica y deber de lealtad entre socios. Foro de Derecho Mercantil. Nº 40 julio-septiembre 2013.
- Díez Picazo, Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo II. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.
- Díez-Picazo. La doctrina de los actos propios [Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo]. 2<sup>a</sup> ed., mayo 2014.
- Fachal Noguer. Los justos motivos como causa de ruptura del vínculo social. Revista Aranzadi Doctrinal, 5/2022.
- García de Enterría. La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad. Revista de la Administración Pública, 20 (1956).
- Girón Tena. Derecho de Sociedades, 1976.
- Iribarren. La exclusión de socios que incumplen pactos parasociales. 2023, <https://almacendederecho.org/la-exclusion-de-socios-que-incumplen-pactos-parasociales>,
- Martínez Rosado. Los pactos de sindicación para el órgano de administración, en Los pactos parasociales, Marcial Pons, 2017.
- Miquel González. Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993.
- Noval Pato. Los pactos unilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Marcial Pons, 2012.
- Paz Ares, Comentarios al Código Civil. Ministerio de Justicia, 1993.
- Paz-Ares. Enforcement de los Pactos Parasociales. Uría & Menéndez, Artículos, 5/2003.
- Paz-Ares. Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo. Indret 4/2010.
- Paz-Ares. Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción. Revista de Derecho Mercantil num.325/2022.

- Puig Brutau. *Actos propios, en Nueva Enciclopedia Jurídica, II, y Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona 1951.
- Recalde Castells. *Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil. Comentario a la STS (Sala 1) de 6 de marzo de 1992, La Ley*.
- Redondo Trigo. *De nuevo sobre la retribución de los administradores ¿Estatutos o Pactos Parasociales?*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, 2009, páginas 522-532.
- Redondo Trigo. *Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 85, Nº 715, 2009.
- Redondo Trigo. *La impugnación de acuerdos sociales Nemo venire contra factum proprium. Bona fides*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 765, 2018.
- Redondo Trigo. *Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para la reflexión)*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 793, 2022.
- Sáez Lacave. *Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas*. *Indret*, 2016.
- Vela Torres. *Impugnación de acuerdos y revocación o sustitución de los mismos. Buena fe e impugnación de acuerdos conformes con un pacto parasocial*, en A. Cohen (dir.), *Derecho de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1920
- Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2002
- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012
- Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2022
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero 2016
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 18 diciembre de 2022

## NOTAS

<sup>1</sup> Díez-Picazo. <La doctrina de los actos propios [Un estudio crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo]. 2<sup>a</sup> ed., mayo 2014>

<sup>2</sup> Alfaro Águila-Real, ya criticó gráficamente el requisito reglamentario, de la siguiente forma: <Carece de sentido, en efecto, que pueda considerarse nula una cláusula estatutaria donde se recojan las causas de exclusión de socios simplemente porque, en lugar de utilizar el supuesto de hecho específico (“cometer homicidio contra otro socio”) utilice cláusulas generales (“justos motivos”; “comportamiento indecoroso”...), como pretende el artículo 207 del Reglamento del Registro Mercantil cuando exige que los estatutos determinen las causas de exclusión “concreta y precisamente”>. Alfaro Águila-Real. <Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)>. Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque / Justino F. Duque Domínguez (hom.), Vol. 1, 1998, pág.1121.

<sup>3</sup> No obstante, coincidimos con Alfaro Águila Real al comentar esta STS 7-IV-2022 (JUR 2022, 129041) (PROV 2022, 129041), <Es un absurdo que la sociedad firme un pacto del que es objeto, puesto que la sociedad, aunque firme, no es parte del pacto en el sentido de que no tiene un interés independiente del de los socios. El sentido de la firma del pacto parasocial por la sociedad es únicamente el de que los socios se aseguren de que los órganos sociales se han ‘enterado’ (toma de razón) de que los socios han celebrado el pacto parasocial y, por tanto, cuando haya que hacer su enforcement, sepan a qué atenerse (los administradores de la sociedad) y actuar en consecuencia (legitimándose, por ejemplo, los administradores para exigir al socio el cumplimiento del pacto si éste preveía una prestación a cargo del socio y a favor de la sociedad). Pero es absurdo suponer que la posición de la sociedad cambia por el hecho de que haya firmado el pacto>.

<https://derechomercantilespana.blogspot.com/2022/04/oponibilidad-la-sociedad-de-pactos.html>

Este planteamiento ya está expresado, y desecharlo, por Paz-Ares en su conocido artículo sobre el <Enforcement de los Pactos Parasociales>, quien señalaba en una nota al pie de su artículo: <Hay algunos autores que vienen pregonando la idea de que los pactos parasociales resultan oponibles a la sociedad cuando la propia sociedad sabe de ellos o, al menos, cuando los suscribe y pasa a ser —no se sabe muy bien a qué título— parte... El planteamiento, sin embargo, resulta altamente discutible. La oponibilidad de los pactos nada tiene que ver con el conocimiento, ni siquiera con el consentimiento de la sociedad>.

Paz-Ares. <Enforcement de los Pactos Parasociales> *Uría & Menéndez, Artículos*, 5/2003.

<sup>4</sup> Paz-Ares. <Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción>. *Revista de Derecho Mercantil* num.325/2022.

<sup>5</sup> Martínez Rosado. <Los pactos de sindicación para el órgano de administración. >, en *Los pactos parasociales*, Marcial Pons, 2017, pág. 353. En contra, Noval Pato. *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad*. Marcial Pons, 2012, pág. 116.

Con carácter general, sobre esta cuestión. Paz-Ares. <Fundamento de la prohibición de los pactos de voto para el consejo>. Indret 4/2010.

<sup>6</sup> Vid. la entrada en Almacén de Derecho sobre esta sentencia de Iribarren. <La exclusión de socios que incumplen pactos parasociales>. 2023, <https://almacendederecho.org/la-exclusion-de-socios-que-incumplen-pactos-parasociales>, quien razona que: <...la solución de la sentencia ni siquiera se justifica por ser fiel a la rígida doctrina de la inoponibilidad de los pactos parasociales del Tribunal Supremo. No olvidemos que este tribunal, aunque es tajante

al rechazar la impugnación de los acuerdos contrarios a pactos parasociales universales, no sigue el mismo criterio a la inversa [lo que no deja de ser paradójico, hay que reconocerlo. V., últimamente, Cándido Paz-Ares, “Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción”, RDM, núm. 325, 2022, que con razón critica la inconsistencia interna de las soluciones del Supremo]. Quiero decir que cuando la impugnación recae sobre un acuerdo adecuado al pacto, aunque impugnable, si acepta el Tribunal Supremo el argumento —empleado por la sociedad o los socios que defiendan la validez del acuerdo— basada en la mala fe (por volverse contra sus propios actos) del impugnante que, pese a haber firmado el pacto, lo transgrede. V., como ejemplo, la STS núm. 103/2016, de 25 de febrero.>>

<sup>7</sup> Redondo Trigo. <Los pactos parasociales y la impugnación de acuerdos sociales por su infracción tras la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 85, N° 715, 2009.

Redondo Trigo <De nuevo sobre la retribución de los administradores ¿Estatutos o Pactos Parasociales?>, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 711, 2009, páginas 522-532.

Redondo Trigo. <Los pactos parasociales y la relatividad contractual (unas notas para la reflexión). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 793, 2022, páginas 2949-2941.

<sup>8</sup> Alfaro Águila-Real. <Conflictos intrasocierarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)>. Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque / Justino F. Duque Domínguez (hom.), Vol. 1, 1998, págs. 1119-1120.

<sup>9</sup> Álvarez Royo Villanova. <https://almacendedderecho.org/existe-un-deber-de-lealtad-de-los-socios-lo-que-esta-en-juego>.

<sup>10</sup> Girón Tena. *Derecho de Sociedades*, 1976, p. 423; Paz Ares, *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1993, páginas 1326-1327; Recalde Castells, <Deberes de fidelidad y exclusión del socio incumplidor en la sociedad civil. Comentario a la STS (Sala 1) de 6 de marzo de 1992>, *La Ley*, p. 304-316.

<sup>11</sup> Sáez Lacave. <Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: el caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas>. Indret, 2016.

<sup>12</sup> Carrasco Perera. <Racionalidad económica y deber de lealtad entre socios>. *Foro de Derecho Mercantil*. N° 40 julio-septiembre 2013.

<sup>13</sup> Vid. *Conflictos...*pág. 1101 y 1102.

<sup>14</sup> Alonso Ledesma. <La autonomía de la voluntad en la exclusión y separación de socios>. *Revista de Derecho Mercantil num.287/2013*.

<sup>15</sup> Fachal Noguer. <Los justos motivos como causa de ruptura del vínculo social>. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5/2022.

<sup>16</sup> De forma menos tajante, Paz-Ares, en <Violación de pactos...pág. 59>, cuando razona que: <Y la vía más adecuada para expresarla consiste precisamente en configurar el cumplimiento del pacto parasocial como prestación accesoria y su infracción como causa de exclusión, conforme a los arts. 89.2, 350 y 351 LSC 80. 79 Otra cosa es que pudiera llegarse a él a través de la cláusula general de exclusión por justos motivos, pero para ello sería preciso, primero, que está cláusula fuese reconocida por la doctrina y la jurisprudencia con carácter general (como ha propuesto, con buenas razones, Alfaro, 1996, pp. 1100-1101) y, segundo, que el incumplimiento del pacto unilateral revista, en cada caso, la gravedad necesaria para ser considerado justo motivo de exclusión.>

<sup>17</sup> Redondo Trigo. <La impugnación de acuerdos sociales “Nemo venire contra factum proprium. Bona fides>. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 765, 2018, págs.. 584-600.

<sup>18</sup> Díez Picazo. *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Civitas, 2º ed. 2014, p.p 216-218.

<sup>19</sup> García de Enterría. <La doctrina de los actos propios y el sistema de lesividad>. *Revista de la Administración Pública*, 20 (1956), pp. 71-72.

<sup>20</sup> Se refiere García de Enterría a Puig Brutau. *Actos propios*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, II, páginas 348 y siguientes y *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*. Barcelona 1951, páginas 97 y siguientes.

<sup>21</sup> Miquel González, *Comentarios del Código Civil, Ministerio de Justicia, Tomo I*. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, 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 turpitudinens 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 propium*, 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 éste le ha transmitido fiduciariamente a él todas sus acciones (STS 24-IX-1987)...>

<sup>22</sup> 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 reciproca. 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.>

<sup>23</sup> 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.>

<sup>24</sup> Paz-Ares, en < Violación de pactos...pág. 53).

<sup>25</sup> Vela Torres. <Impugnación de acuerdos y revocación o sustitución de los mismos. Buena fe e impugnación de acuerdos conformes con un pacto parasocial>, en A. Cohen (dir.), *De recht de sociedades: revisando el derecho de sociedades de capital*, Tirant lo Blanch, Valencia 2018, pp. 1453 ss.

<sup>26</sup> Díez-Picazo (“La Doctrina...pág. 203”), concluye al respecto que: <...En el epígrafe anterior hemos visto la exigencia de coherencia del comportamiento es una derivación inmediata del principio general de buena fe. Ello admitido, ninguna dificultad existe para comprender por qué la contradicción de la propia conducta se sitúa en el mismo orden de ideas. La conducta contradictoria es una contravención o una infracción del deber de buena fe>.

<sup>27</sup> Miquel González, *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I. Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1.993, página 46

