

2. MERCANTIL

DE NUEVO SOBRE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES, ¿ESTATUTOS O PACTOS PARASOCIALES?

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

I. DOS RECENTES SENTENCIAS

El tan debatido tema de las retribuciones de administradores de las sociedades sigue apareciendo como constante fuente de conflictos que origina numerosas resoluciones jurisprudenciales, tanto a nivel de nuestro más Alto Tribunal, como en la conocida como «jurisprudencia menor» de nuestras Audiencias Provinciales.

Con gran frecuencia, uno de los problemas más controvertidos es el de la necesaria constancia o no de las retribuciones de los administradores en los estatutos sociales. Ya hemos tenido la oportunidad de expresar nuestra opinión en las páginas de esta Revista, al respecto y con carácter específico, para un supuesto en que se discutía el problema en relación con el consejero-delegado de una sociedad anónima, caso enjuiciado por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2006 (*RJ* 2006/6710) (1).

Esta cuestión, aunque no suscitada en el proceso, es la que también considero latente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 30 de junio de 2008 (*JUR* 2008/300746), aunque en la misma también se abordan temas de interés, tales como si la retribución acordada en un documento privado es o no un pacto parasocial, si el acuerdo se hizo o no en Junta General Universal, así como cuál es la oponibilidad de dicho pacto.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2008 (*RJ* 2008/3184), también vuelve a abordar cuestiones como las relativas a la retribución de administradores y contrato de alta dirección. Extremos a los que nos referiremos con menor detalle, al haberlos tratados ya en nuestro anterior trabajo citado, aunque haremos alusión a lo acordado en la misma en cuanto incida —a nuestro juicio— o pudiera tener relevancia en relación con los referidos temas tratados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, antes citada.

II. LA DOCTRINA DE LAS SENTENCIAS

Esta sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas enjuicia una reclamación dineraria interpuesta por un director comercial, a la vez miembro del órgano de administración de una sociedad limitada, contra los otros dos

(1) Francisco REDONDO TRIGO, «Remuneración extraestatutaria y torpe de un consejero-delegado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 2006», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, págs. 950-971.

miembros de dicho órgano de administración, por remuneración de dichas funciones ejecutivas.

Constituida la sociedad de responsabilidad limitada el día 11 de noviembre de 1975, mediante acuerdo privado entre las partes, se firmó un documento privado entre los tres administradores y también socios de la misma, por el que, entre otros aspectos, al director comercial (también administrador) se le atribuía una remuneración por la prestación y ejecución de las labores de dicha dirección comercial.

Posteriormente, mediante Junta General Ordinaria, de 18 de agosto de 1979, se modifican los estatutos y se sustituye la anterior administración de solidaria a mancomunada, fijándose una retribución para el demandante del 5 por 100 de los beneficios netos, pretensiones que fueron inicialmente estimadas por el juzgado de primera instancia, alzándose en apelación la contraparte.

Para juzgar los hechos y ante las alegaciones de las partes (principalmente sobre la excepción de falta de legitimación pasiva de la sociedad que adujo la recurrente), la Sala establece que: «...*Lo que ha quedado claramente acreditado es que los tres socios montan un negocio juntos mediante una sociedad civil particular. Cuando el negocio despegue, un año después, los tres mismos socios deciden formalizar una Sociedad Limitada con sus concretas formalidades en la que los tres son también administradores de la sociedad. El mismo día los tres socios y administradores de la sociedad suscriben un documento entre ellos en el que recogen muchos otros aspectos de la sociedad no documentados en la escritura pública, tales como el patrimonio de la sociedad, el mobiliario, los locales que la misma tiene, cesiones en arrendamiento, porcentajes de amortización de las instalaciones y mobiliario, o la retribución de uno de los socios y administradores en su calidad de director de los supermercados, retribución que se fija en "el 16 por 100 de los beneficios sociales netos anuales por su trabajo personal y directo en tales centros" y "el 25 por 100 de los beneficios del supermercado que se acababa de crear hasta que no se pudiese retirar de la sociedad ninguna retribución".*».

Tras la fijación de los hechos declarados probados, la Sala delimita el objeto de la *litis* al afirmar que: «...*El aspecto esencial del proceso... es el de la calificación jurídica y los efectos del documento privado firmado entre los tres socios y administradores de la sociedad el mismo día de constitución de la sociedad... y sobre todo, si dicho documento se firmó para que tuviese directa relación y fuese oponible frente a la sociedad o para que fuese exigible entre los firmantes como personas físicas, lo que supone el objeto central de la resolución del presente proceso.*».

A) «...SOBRE SI EL DOCUMENTO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1975 ES JUNTA GENERAL UNIVERSAL DE LA SOCIEDAD NO....»

A los efectos de esclarecer el resultado de la falta de legitimación pasiva de los dos administradores demandados por un tercero, ya que según el juicio de éstos, quien debería haber resultado demandada era la sociedad, uno de los aspectos centrales del debate es para la Sala dilucidar si el documento privado era o no un pacto realizado en sede de Junta General Universal de la sociedad (como esgrime el recurrente y por lo tanto oponible a la sociedad) puesto que, según la parte recurrida, se trataba de un acuerdo parasocial y por tanto no oponible a la sociedad.

A estos efectos, la Sala, después de analizar el artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953, aplicable en función del momento temporal de dicha Junta, estima que el referido documento privado no tenía la naturaleza jurídica de Junta General Universal, apoyándose en la Jurisprudencia que para la existencia de una Junta General Universal considera necesario: *a) que se encuentre presente la totalidad del capital social, y b) que los asistentes, una vez comprobada la presencia del cien por cien del capital, acepten por unanimidad la celebración de la Junta, última exigencia que según la Sala no se cumple en el presente supuesto.*

Respecto de esta cuestión, la primera observación que puede realizarse es que de acuerdo con la Ley de Sociedades Limitadas de 1953 (aplicable a dicho acuerdo, debido al respeto de los actos adoptados al amparo de la legislación anterior, que ha de producirse según las reglas de transitoriedad aplicables) también debería haberse considerado por la Sala la aplicabilidad o no al supuesto del artículo 14 de la misma que expresamente establecía lo siguiente: *«La voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad. Cuando el número de socios excede de quince, o cuando así lo exija la escritura, la mayoría habrá de fórmarse necesariamente en Junta General. En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantice, con arreglo a la Ley o la escritura, la autenticidad de la voluntad declarada. Salvo disposición contraria de la escritura, se entenderá que hay mayoría cuando vote a favor del acuerdo un número de socios que represente más de la mitad del capital social».*

Es decir, al amparo de la antigua legislación y como afirma José María NEILA NEILA (2): *«...cabe la posibilidad de la existencia de la sociedad de responsabilidad limitada sin órgano deliberante establecido, en cuyo caso, el que rige la vida de la sociedad es el administrador o administradores, en definitiva, el órgano ejecutivo, y ha de ser el primeramente regulado».* Esto es, a falta de más datos en la sentencia de apelación y la más que probable ausencia de regulación estatutaria sobre la necesaria existencia de una junta general en la sociedad debatida, y debido al número de socios que la conformaban, no es de extrañar que así resultare por tanto de aplicación el mencionado artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1953 (no modificado por la reforma de 1990, a la que luego aludiremos) sin que ninguna alusión se haya realizado al mismo por la Sala.

El anterior indicio y nuestra conformidad inicial con el criterio adoptado por la Sala (si no hubiera junta general estatutariamente regulada con independencia del número de socios de la sociedad) sobre la necesidad de que los socios manifiesten su conformidad a la constitución en Junta General (3) (tal y como preveía el anterior art. 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada al afirmar: *«...decidieran celebrarla»*), hace que nos mostremos inicial [a expensas de lo que expondremos en el apartado C) posterior] y parcialmente conformes (a falta de mayores datos) con el criterio de la Sala de considerar que la naturaleza del documento privado donde se fija la retrobución del administrador que ejercía funciones de dirección comercial era

(2) José María NEILA NEILA, «La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Doctrina, Jurisprudencia y Directivas comunitarias hasta el 30-6-1991». *Editorial Revista de Derecho Privado*, 1991, págs. 154 y 155.

(3) Vid. con mayor detenimiento, Fernando SÁNCHEZ CALERO, *La Junta General en las sociedades de capital*, Editorial Thomson-Civitas, 2007, pág. 506 y sigs.

realmente un acuerdo de administración. En este sentido, la Sala afirma como conclusión que: «...*Tal y como hemos expuesto a lo largo de la presente resolución, el documento de 11 de noviembre de 1975 es un documento de administración, y por lo tanto social, que afecta a la sociedad y es oponible a ella, por lo que es ésta la obligada al abono de lo debido por el citado documento, debiendo admitirse la falta de legitimación pasiva del demandado, revocando la resolución a quo y desestimando el petitum de la demanda, por dirigirse contra el demandado persona física*».

Vuelvo a reiterar que considero, a estos efectos, de gran importancia la simplicidad de la sociedad de responsabilidad limitada (deducción realizada a partir de los hechos de la sentencia) cuyas obligaciones de retribución para el administrador que ejerce funciones de labor de dirección comercial se analizó y debatió en la misma. Esto es, a falta de mayor información, puede sostenerse lo apuntado ante el número de socios de la misma y la inexistencia de Juntas Generales en dicha sociedad con carácter general en función del referido artículo 14 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1953 (lo que no hubiera impedido la obligatoriedad de la adopción de acuerdos por Junta General en los casos del art. 17 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1953, entre los que no nos encontramos).

Esto es, como decía GARRIGUES (4) al analizar la Junta General de una Sociedad de Responsabilidad Limitada al amparo de la referida Ley de Sociedades Limitadas de 1953, justificando la regulación positiva por ésta: «...*En las sociedades de responsabilidad limitada con pequeño número de socios, sería desproporcionado y embarazoso imponer el complicado mecanismo de la asamblea, que exige una convocatoria formal, y que obliga a los socios a concurrir en lugar y fecha determinada para adoptar acuerdos que pueden ser adoptados sin necesidad de tanta formalidad...*».

Las anteriores consideraciones en cuanto al anterior régimen simplista de las sociedades limitadas con reducido número de socios como la presente, ha de ser completado con las atribuciones propias del órgano de administración de la sociedad de responsabilidad limitada. De nuevo GARRIGUES (5) explicaba las mismas diciendo lo siguiente: «*El artículo 11 de la ley enlaza ambas clases de facultades —de gestión y representación— considerando a los administradores como representantes de la sociedad, de acuerdo con la práctica usual. Pero así como la ley precisa el ámbito y los efectos de las facultades representativas, nada dice respecto de las facultades de gestión, que supone inherentes al cargo de administrador, dejando así en libertad a los estatutos para determinar en concreto esas facultades, las cuales suelen ser objeto de enumeración en los estatutos mediante cláusulas de estilo. A diferencia de las facultades representativas, configuradas de un modo rígido en la ley, las facultades de gestión pertenecen a la zona de autonomía de los estatutos. Normalmente, a los administradores corresponde la dirección de la vida interna de la sociedad (acuerdos y decisiones sobre los negocios en curso, nombramiento y separación del personal, poderes de mando sobre este personal, dirección de la contabilidad, convocatoria de las juntas, etc.). En resumen: cuidarán de impulsar la actividad de la compañía para conseguir el objeto social, cumpliendo las leyes, los estatutos y las decisiones de la junta general*».

(4) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1968, pág. 463.

(5) GARRIGUES, *vid., op. cit.*, pág. 457.

Al hilo de lo anterior, ha de recordarse que el contenido del meritado acuerdo privado era, según la Sala, el siguiente: «...Se recoge el patrimonio que tiene la Sociedad y todos sus bienes; los locales en los que está el negocio y la propiedad, mercancías; maquinaria; instalaciones; enseres; vehículos; saldos de las cuentas corrientes que existían en dicho momento; el almacén en el que guardan la mercancía. También se recoge un alquiler de uno de los socios, el porcentaje de autorización de cada uno de los bienes; la referencia de que los comparecientes formalizarán toda la documentación necesaria para titular los bienes a nombre de la sociedad; el sometimiento a arbitraje en caso de conflicto; y la nulidad del documento de la constitución de la sociedad civil particular. Por supuesto, y siendo este el contenido que afecta directamente al proceso, también se recoge que el demandado "continuará desempeñando la función de director del actual supermercado (...) a quien se le fija una retribución del 16 por 100 de los beneficios sociales netos anuales por su trabajo personal y directo en tales centros" y el 25 por 100 de los beneficios del supermercado que se acababa de crear hasta que no pudiese retirar de la sociedad ninguna retribución.

Así pues, como vemos, todo el contenido del documento, tras decir que es "complemento" de la constitución de la sociedad, se refiere directamente a la citada sociedad. Todos los aspectos del mismo son actos de gestión de la sociedad».

Por ello, entendemos que la probable ausencia de juntas generales y el contenido gestorío del documento privado hacen viable la calificación inicial del mismo como de acto de administración de la sociedad, a expensas de lo que añadiremos al respecto en el apartado C) posterior.

No obstante y a pesar de nuestra inicial conformidad con el criterio de la Sala de que nos encontrábamos ante un acto de administración, no podemos por menos que rechazar sin más la genérica afirmación de la misma consistente en que en todo caso sería la sociedad quien estuviera obligada por el mismo, puesto que debido a la excepción procesal, no sabemos si por la misma o por otra cuestión, no se analizó el fondo material de dicha retribución, respecto de la cual, no puede obviarse que nos encontramos ante una retribución destinada a un administrador (originariamente solidario y luego mancomunado) de una sociedad de responsabilidad limitada por las funciones de dirección comercial de la misma.

B) SOBRE LA NECESARIA FIJACIÓN ESTATUTARIA DE LA RETRIBUCIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

En este orden de cosas, debería haberse planteado la tan reiterada *quaestio iuris*, relativa a si es necesario o no que las retribuciones de los administradores de las sociedades hayan de fijarse estatutariamente. O lo que es lo mismo, volvemos a plantearnos de nuevo la aplicabilidad al supuesto de hecho de la conocida *Teoría del Vínculo* (propugnada ya por la sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1988 —RJA 7143/1988—) es decir, aquella cuya conclusión supone que ante la imposibilidad de separar las funciones de un alto directivo (en nuestro caso, director comercial) de un miembro del órgano de administración, obliga a optar; así los consejeros sólo pueden percibir una remuneración societaria fijada estatutariamente y aprobada por la Junta General, siendo nulas y por tanto teniendo que ser devueltas, las que hayan obtenido por un vínculo contractual, bien sea laboral, o de arrendamiento de servicios.

Ya criticamos el absolutismo de dicha doctrina en el ámbito de la delegación de facultades realizadas por un Consejo de Administración, respecto de las retribuciones a percibir por un consejero-delegado (vid. *op. cit.*), no obstante, volvemos a estar de acuerdo con PAZ-ARES (6) cuando afirma lo siguiente: «*Para abordar rectamente la tarea, será bueno comenzar recordando que no hay posibilidad de dos relaciones yuxtapuestas o superpuestas en las formas de administración simples (administrador único, dos administradores mancomunados y varios administradores solidarios). La razón de ello es muy sencilla, como se recordará. En estos casos, los titulares del órgano administrativo son típicamente "administradores ejecutivos" y, por tanto, el desempeño individual y continuo de la función ejecutiva o de gestión forma parte del cometido inherente del cargo. Aquí es plenamente aplicable la teoría estándar —la "doctrina del vínculo"—, que razonablemente impide duplicar la regulación y retribución de una prestación debida en virtud del nombramiento de la junta general. En las modalidades organizativas simples queda excluida, así pues, la posibilidad de una "relación contractual de servicios" añadida; sólo es posible la llamada "relación societaria de administración"*».

Por lo tanto, en el caso analizado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, donde se reclamaban las últimas quince anualidades retributivas (los autos de primera instancia eran de 2005), sí que entendemos aplicable la mencionada doctrina del vínculo, debido al carácter ejecutivo del administrador retribuido por las funciones de dirección comercial, al pertenecer a un órgano de administración simple (inicialmente, administradores solidarios y luego administradores mancomunados).

Para ello, la exigencia de la constancia estatutaria de dicha retribución debe considerarse aplicable al supuesto analizado. En este aspecto, sí que resulta importante el Derecho Transitorio (7) obviado en el procedimiento. Constituida la sociedad en el año 1975, resulta conveniente esclarecer al menos en cuanto a las quince anualidades reclamadas, la normativa societaria aplicable a las mismas.

En primer lugar, habría de acudirse a lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que establece lo siguiente: «*La presente Ley se aplicará a todas las sociedades de responsabilidad limitada, cualquiera que sea la fecha de su constitución, quedando sin efecto a partir de su entrada en vigor aquellas disposiciones de las escrituras o estatutos sociales que se opongan a lo establecido en ellas.*» Como nos enseña la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de abril de 2007 (sentencia núm. 380/2007), dicha Disposición Transitoria Primera supone una retroactividad en grado medio, al decir que: «*...La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, actualmente vigente, entró en vigor el 1.º de junio de 1995 (DF 1.º), con retroactividad de grado medio, ya que en su Disposición Transitoria Primera preveía su aplicación a todas las sociedades, cualquiera que fuere la fecha de su constitución, declarando sin efecto, a partir de su entrada en vigor, las disposiciones estatutarias que se opusieran a sus preceptos.*».

(6) PAZ-ARES, *El enigma de la retribución de los consejeros ejecutivos*. Indret, enero de 2008, pág. 56.

(7) Con mayor detenimiento al respecto, vid. Ricardo CABANAS TREJO, «*Las disposiciones transitorias. La reforma del derecho de sociedades de responsabilidad limitada*», en *Revista de Derecho de Sociedades*, número extraordinario, 1994. Aranzadi Editorial, pág. 649 y sigs.

Así, la retroactividad en grado medio de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada implica que la nueva Ley se aplica a las situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero sólo en cuanto a los efectos nacidos con anterioridad, que no se hayan todavía consumado o agotado (ejemplo, lo devengado y no pagado). Por lo tanto, habría una suerte de aplicación retroactiva en nuestro caso, del artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995, que regula la necesaria constancia estatutaria de la retribución de los administradores (para los supuestos de administración simple, como hemos visto) al decir que: *«El cargo de administrador es gratuito, a menos que los estatutos establezcan lo contrario, determinando el sistema de retribución».*

Amén de dicha retroactividad en grado medio, no puede olvidarse que la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades modificó el artículo 11 de la Ley de Sociedades Limitadas de 1953 (con fecha de entrada en vigor, 1 de enero de 1990), cuyo texto pasó a ser el siguiente: *«Será de aplicación a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada lo dispuesto para los administradores de la sociedad anónima, salvo lo establecido en esta Ley».* Por tal remisión, resultó aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada el artículo 130 de la Ley de Sociedades Anónimas que establece expresamente lo siguiente: *«La retribución de los administradores deberá ser fijada en los Estatutos...».*

En virtud de lo anterior, tenemos que para las quince anualidades retributivas del administrador simple que ejercía funciones de dirección y que se reclamaban en la demanda, en nuestra opinión, las mismas deberían haber constado en los estatutos sociales de la sociedad limitada, y de no haber sido así y por aplicación de la conocida teoría del vínculo para los casos de administración simple y no colegiada, la contravención de dicha obligación societaria debería haber supuesto la nulidad de las retribuciones reclamadas, si sólo se atendiera como fuente de las mismas a un documento privado de administración social, sin su análisis como pacto parasocial, según veremos.

No obstante, y como hemos expuesto, la Sala en virtud de la oponibilidad del acto de administración a la sociedad y sin entrar en las consideraciones materiales apuntadas, estima el recurso de apelación por un motivo procesal, es decir, por falta de legitimación pasiva de los otros dos administradores.

A similar conclusión y para el caso de un administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada que percibió unas retribuciones pese al silencio estatutario sobre el carácter remunerado del cargo, *ex artículo 66 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, llega la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2008 (RJ 2008/3184). Conclusión que, en este caso, consideramos acertada al tratarse de un caso de administración simple y no colegiada (tal y como tuvimos ocasión de exponer en nuestro citado trabajo, *vid. op. cit.*). De esta forma, esta sentencia razona lo siguiente: *«...Tratándose de sociedades de responsabilidad limitada, como es el caso, la referida doctrina (la «doctrina del vínculo») no es contraria a los términos del artículo 67 de la Ley 27/1995 (RCL 1995, 953), que considera bastante el acuerdo de la junta general para el establecimiento o modificación de cualquier clase de relaciones de prestación de servicios o de obra entre sociedad y administrador, ya que dicho precepto ha de ser interpretado en relación con los antes indicados. Por lo expuesto, no cabe más que desestimar el motivo sexto del recurso, en el que el demandado señala como infringidos los artículos 133 y 134 del Texto*

Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989, 2737 y RCL 1990, 206) —se entiende, en relación con el art. 69 de la Ley 2/1995—, con el argumento de que no causó daño a la sociedad por haber percibido la retribución como contraprestación por los servicios a ella prestados efectivamente. Y la razón de la desestimación no es otra que la resultante de que la actividad retribuida como laboral especial fuera la misma debida por el recurrente, como administrador, sin derecho a ser remunerado».

C) *¿«QUID» DE LA ALEGACIÓN ACERCA DE LA NATURALEZA COMO PACTO PARASOCIAL Y SU INOPONIBILIDAD FRENTE A LA SOCIEDAD?*

Generalmente por pactos parasociales se hace referencia a los contratos estipulados entre los socios o alguno de ellos para concretar o modificar en sus relaciones internas, las reglas legales y estatutarias que rigen la sociedad en cuestión.

Expuestas por las razones apuntadas, nuestra inicial coincidencia con la Sala sobre la calificación del documento privado como pacto de administración y no como junta general, no es menos cierto, que el hecho de que los firmantes del mismo fueran todos los administradores y a la vez socios de la sociedad limitada nos lleva a considerar que dicho acuerdo de administración puede ser subsumido dentro de un acuerdo extraestatuario de socios, o viceversa.

Llegados a este punto, se hace necesario aclarar nuestra postura completa y global acerca de la calificación del documento privado firmado por todos los administradores y socios de la sociedad: se trata pues, *ab initio*, de un pacto de gestión social y por tanto de administración de la sociedad oponible por ello a la misma, pero a la vez coexistente por su coincidencia subjetiva (entre socios y administradores firmantes) con un acuerdo extraestatuario o parasocial suscrito por los socios de la sociedad, perteneciente a la modalidad que podríamos denominar «pactos de organización», cuya variedad es amplísima, pero entre los que se suele exemplificar, como especies del mismo, los pactos de contratación por parte de las sociedades de sus socios (8). O sea, nos encontramos pues, a nuestro juicio, ante un contrato de naturaleza subjetiva mixta, en cuanto a la calidad de los intervenientes del mismo, por un lado administradores, pero por otro lado, también socios.

Ello supone que en cuanto a pacto de administración fuera oponible frente a la sociedad (aunque en este caso, esta oponibilidad debería matizarse en función de los requisitos específicos de legalidad societaria del pacto, como es la necesaria constancia de la retribución de los administradores en los estatutos), y como pacto de socios fuera también oponible a los restantes socios firmantes del mismo, debiendo analizarse con mayor detalle su posible oponibilidad frente a la sociedad en función de tal naturaleza de acuerdo de accionistas.

Con ello llegamos al momento donde si bien como acuerdo de administración el mismo pudiera ser considerado nulo (9) al 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

(8) Vid., a este respecto, PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», en *Actualidad Jurídica*, Uría & Menéndez, núm. 5, 2003.

(9) Sobre el debate nulidad o anulabilidad y por no ser el debate que ahora se propone, nos remitimos a lo ya expresado en cuanto a nuestro parecer al respecto, vid., *op. cit.*

es, como contrato de socios (10), 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. 1.255 del Código Civil*) al no vulnerarse ninguna norma imperativa de carácter general.

De esta forma como pacto válido, éste es ley entre las partes, en función de lo dispuesto en el artículo 1.091 del Código Civil, pero lo que es mucho más importante, obliga no sólo «...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 1.258 del Código Civil. De ahí que el resto de socios y administradores no sólo se obligaban al reconocimiento de la retribución pactada y luego discutida a favor del otro socio y administrador, 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 respecto (11), por ser ésta una regla de conducta requerida al menos conforme a la buena fe (12), con lo que con independencia de la oponibilidad *inter partes* del mismo (*ex art. 1.257 del Código Civil*), dicho reflejo estatutario hubiere logrado evidentemente la oponibilidad frente a la sociedad (ahora también, por su vertiente de pacto inicialmente parasocial), sin mayor discusiones en cuanto a esto último. Aunque como con posterioridad veremos, el Tribunal Supremo (caso Munaka) en base a la coincidencia subjetiva de las partes del pacto parasocial con la totalidad del accionariado de la sociedad, declara oponible éste frente a la sociedad, como si de una especie de junta general universal se tratara.

(10) Vid. PAZ-ARES, *El enforcement...*, 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 en 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 ejemplo, la prohibición de unanimidad o de voto plural); solamente lo son si atentan contra valores sustantivos del entero sistema (por ejemplo, prohibición de pactos leoninos o exigencias de la buena fe)*».

(11) Como dice DIEZ-PICAZO: «...*El contrato no se integra por que las partes hayan dejado en el 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, pág. 429.

(12) 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. 1.258 CC)... El ordenamiento no puede amparar a quien 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*».

No obstante y en función de lo anterior, consideramos que la actitud de los dos socios y administradores frente al otro socio y administrador que había ejercido las retribuidas funciones de dirección comercial, supuso un indudable incumplimiento contractual del pacto de socios suscrito el 11 de noviembre de 1975, lo que debería haber generado pues la correspondiente responsabilidad contractual, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, debiendo haber sido otra, por tanto, la decisión de la Sala de la apelación.

Visto lo anterior (que en suma, debiera haber sido lo más importante en cuanto las resultas del procedimiento), sólo nos queda abordar otra de las cuestiones interesantes que se mencionan en esta sentencia de apelación. Desde luego, resulta llamativo que la Sala, una vez calificado el documento privado como mero acto de administración y por tanto oponible a la sociedad (quien era, según la Sala, la única obligada a las consecuencias del mismo), para reforzar dicha oponibilidad del pacto utiliza la doctrina del «caso Munaka», la cual ha sido considerada como uno de los supuestos en que se ha roto esa regla general de inoponibilidad del pacto parasocial frente a la sociedad.

Así las sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1991 (*RJ* 1991/1600) y 10 de febrero de 1992 (*RJ* 1992/1204) parten de los siguientes hechos: los cuatro accionistas de la sociedad Munaka firmaron un contrato por el que acordaron proceder a una reducción de capital y posterior liquidación de la sociedad, aunque en la junta general posterior no sólo no se acuerda dicha reducción, sino que adoptan ampliarlo por mayoría con oposición de uno de los socios firmantes del acuerdo privado. El Tribunal Supremo anula la ampliación de capital por incumplimiento de lo pactado en un acuerdo privado, declarando que es exigible frente a la sociedad el cumplimiento del referido acuerdo privado, considerando que ante la coincidencia subjetiva entre los firmantes del pacto privado y la totalidad de los socios es como si lo acordado por ambos fuera «*en una especie de junta universal*».

Resulta por tanto peculiar, el recurso a esta línea jurisprudencial para reforzar la oponibilidad del acuerdo frente a la sociedad y sin embargo que no se aprecie por la Sala lo que podría considerarse un primer grado de oposición, que es el que debe derivarse entre los firmantes del pacto parasocial o contrato.

Con independencia de lo anterior, sólo queremos añadir que se encuentra bastante generalizado (aunque no evidentemente como *communis opinio*) la idea de la inoponibilidad de los acuerdos parasociales frente a la sociedad. Desde nuestro punto de vista, ello no puede predicarse como regla general, sino que requiere poner de manifiesto sus excepciones y realizar las debidas matizaciones a la misma (13).

Así, estamos de acuerdo con PAZ-ARES (14) 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

(13) Vid., a este respecto, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de septiembre de 1987 (*RJA* 1987/6194), que recurre a la figura del levantamiento del velo para quebrar la inoponibilidad inicial del pacto parasocial frente a la sociedad. Por otro lado, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 26 de octubre de 1989 (*RJA* 1989/7050), utiliza la doctrina del abuso del derecho como argumento contra dicha oponibilidad.

(14) PAZ-ARES, *El enforcement...*

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.

En suma, pocas luces y muchas sombras en la resolución analizada.

RESUMEN

ADMINISTRADORES

La determinación de la retribución de los administradores en los órganos de administración simples require su reflejo estatutario, aunque el acuerdo de la misma puede también venir efectuado en un pacto parasocial con la oponibilidad del mismo que haya de predicarse, consistiendo un incumplimiento contractual la falta de reconocimiento de la retribución acordada.

ABSTRACT

DIRECTORS

When an organisation has a simple administration body consisting of directors, any remuneration set for the directors must be reflected in the organisation's by-laws. The remuneration agreement may also be made in a shareholders' agreement, however, which, as such, would then be opposable. Failure to acknowledge the agreed-to remuneration would constitute breach of contract.