

PRESTACIONES ACCESORIAS ¹

Jesús Alfaro Águila-Real
Catedrático de Derecho Mercantil
UAM

Resumen: Se analiza el régimen de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima y limitada y se propone una interpretación flexible del régimen jurídico-legal de forma que se pueda extraer toda su utilidad para vincular societariamente relaciones obligatorias entre el socio y la sociedad lo que tiene particular interés en sociedades familiares.

1. INTRODUCCIÓN².

1. Tanto la ley de sociedades anónimas como la de sociedades de responsabilidad limitada permiten expresamente el pacto de *prestaciones accesorias* (arts. 9, I), 36.1.2 y 65 LSA y 22-25 LSRL). Consiste tal pacto en que los socios acuerdan en los estatutos sociales que alguno o todos los socios realizarán determinadas prestaciones a favor de la sociedad, prestaciones que dado que tienen carácter económico y constituyen obligaciones de los socios de las que es acreedora la sociedad, forman parte del patrimonio social pero no del capital³.

2. Este tipo de pacto resulta de gran utilidad para *personalizar* una sociedad de capitales ya que, *al aumentar el contenido obligatorio* de la posición de socio, implica de forma más intensa a los socios en la actividad social y, en general, sitúan a los socios en una posición más comprometida que la de un mero inversor. En efecto, si los socios se han elegido recíprocamente en virtud de sus cualidades personales, parece lógico que se aseguren que la sociedad podrá “disfrutar” de tales cualidades personales imponiendo a los socios la realización de determinados comportamientos en beneficio de la sociedad. Si alguien se asocia con A porque A es un gran experto en biotecnología y desea garantizar que la sociedad dispondrá de los servicios de A como biotecnólogo, no le bastará con celebrar el correspondiente contrato de

¹ Publicado en M. GARRIDO/J.M. FUGARDO/V. M. GARRIDO DE PALMA (coords), El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Barcelona 2005, tomo IV, p 433 ss.

² V., para lo que sigue, sobre todo, A. RECALDE, “Comentario a los artículos 22 a 25” en I. ARROYO/J. M. EMBID (coords.) Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad limitada, Madrid 1998, p 261 ss; v., J. BARBA DE VEGA, Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada Madrid 1984; A. ROJO, “Génesis y evolución de las prestaciones accesorias”, *RDM* 1977, pp 271 ss; M.A. LÓPEZ SÁNCHEZ, “La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima, en AA. VV. Derecho de sociedades anónimas. La Fundación, I, Madrid 1991, p 835 ss; M. VIÑUELAS SANZ, Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada, Madrid 2004

³ El análisis del origen y la evolución de las prestaciones accesorias carece de interés en un trabajo como el presente y ha sido objeto de análisis detallado en los trabajos que resume M. J. PEÑAS MOYANO, Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima, Pamplona 1996, capítulo I y antes, BARBA DE VEGA, Prestaciones, p 31 ss.

trabajo sino que deseará *ligar la prestación al contrato de sociedad* de forma que no puedan sobrevivir el uno sin la otra. Generalizando, puede afirmarse con Ulmer que la institución de las prestaciones accesorias permite que las múltiples relaciones que, a menudo, mantiene un socio de una sociedad cerrada con ésta y que van más allá de la aportación al capital social se articulen *jurídico-societariamente* a pesar de la estructura corporativa que tiene la sociedad anónima o limitada⁴. El socio no sólo dispone de los contratos de intercambio típicos para articular dichas relaciones sino que puede "enganchar" tales relaciones al contrato social haciendo que sean interdependientes. Se comprenderá pues que su lugar "natural" sean las sociedades limitadas pero que su utilidad no pueda despreciarse en las anónimas en la medida en que - como es habitual- también tengan una estructura cerrada⁵ y se comprenderá igualmente que, si el régimen legal de las prestaciones accesorias es dispositivo, como parece que debe mantenerse para la ley española de sociedades de responsabilidad limitada, las prestaciones accesorias pueden aproximar notablemente las relaciones internas en la sociedad limitada a las de una sociedad colectiva, por ejemplo, si se impone a todos los socios la obligación de trabajar en exclusiva para la sociedad, la prohibición de competencia o la obligación de administrar...⁶

3. Las prestaciones accesorias son igualmente útiles para configurar adecuadamente la contribución al fin común en sociedades que responden, en su estructura real, a *la estructura propia de una asociación* y, en general, siempre que es necesario alterar la medida de la participación del socio que resulta de su participación en el capital social que, como sabemos, es la medida de los derechos del socio en general⁷. En el primer caso, son especialmente adecuadas cuando el número de socios es relativamente elevado y para articular aportaciones periódicas de los socios al fin común. Así, en los casos de clubes deportivos y de entretenimiento, lo normal es que los socios deban contribuir al mantenimiento de las instalaciones que disfrutan a través del pago de cuotas periódicas y que la contribución de cada socio a dichas cargas sea idéntica para todos los socios de forma que el hecho de que existan socios con participaciones diferentes en el capital de la sociedad no debería ser relevante para determinar en qué medida contribuyen, por ejemplo, al mantenimiento de la piscina o al pago de los salarios de los empleados. En estos supuestos, si el número de socios es elevado, el recurso a pactos parasociales puede ser ineficiente por lo costoso de gestionar un acuerdo de este tipo con muchos contratantes.

⁴ "*gesellschaftsrechtliche Verankerung*" P. ULMER, § 3 n° marg. 65 en HACHENBURG/ULMER, *Grosskommentar zum GmbHG*, 8ª edición, 1º fascículo, Berlín 1990, p 216

⁵ Un ejemplo típico de cláusula de prestaciones accesorias podría ser el siguiente extraído de los estatutos de una sociedad que regenta un restaurante: "*Todos los socios estarán obligados a prestar sus servicios profesionales a la sociedad. El socio Don Fulano prestará sus servicios a la sociedad como maître; Don Mengano prestará sus servicios como jefe de cocina; Don Zutano prestará sus servicios como encargado y Don Perengano prestará sus servicios como contable y encargado de la administración. Estas prestaciones se realizarán en exclusiva para la sociedad y serán retribuidas equitativamente, en el marco de la legislación laboral o mercantil aplicable*".

⁶ HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3 n° 66.

⁷ V., RECALDE, *Comentario art. 22*, p 262:

En la misma línea, las prestaciones accesorias permiten *modular* el reparto de los rendimientos obtenidos con la actividad que constituye el objeto social. Como veremos, el cumplimiento de la prestación accesorias es, a menudo, no sólo una obligación del socio, sino también un *derecho de éste*, lo que le permite garantizarse *societariamente* determinados rendimientos del patrimonio social.

4. También se encuentran supuestos en los que la forma adecuada habría sido la agrupación de interés económico, como sucede cuando se trata de prestar servicios a los socios auxiliándoles en el ejercicio de su particular actividad. La imposición de una prestación accesorias asociada a *cada* participación de la sociedad limitada permite lograr este objetivo. Como puede suponerse, que la *cabeza* sea la medida de la participación de los socios es típico de las asociaciones. Pero si los socios no desean adoptar la forma de una asociación para evitar la prohibición de reparto de beneficios a los socios y de reparto de la cuota de liquidación (arts. 13.2, 17-18 y 23 LAs) o la forma de una agrupación de interés económico, pueden adoptar la forma de una sociedad anónima o limitada a la que atribuyen la titularidad de las instalaciones y configurar la obligación de pago de cuotas periódicas como una prestación accesorias⁸ añadiéndose, normalmente, un derecho de uso y disfrute de las instalaciones a favor de los socios, lo que, como es sabido, no forma parte de los derechos de un socio de una sociedad anónima o limitada de acuerdo con su configuración legal. La utilización de la forma societaria no sólo es perfectamente lícita sino que tiene la ventaja añadida de que los socios se aseguran, de esta forma, derechos patrimoniales sobre los bienes o derechos atribuidos o adquiridos por la persona jurídica.

5. Por último, las prestaciones accesorias pueden utilizarse para articular la aportación cuando se trata de bienes o derechos no susceptibles de aportación al capital social. Aunque el artículo 36 LSA sólo deja fuera la

⁸ STS 18-III-2002, Ar. 2850 y SAP Barcelona 21-I-2004, *Westlaw JUR* 53930, donde puede leerse que *"para la explotación del camping y como quiera que, atendido el régimen urbanístico de la zona, la venta de parcelas no estaba permitida, los derechos de los parcelistas se configuraron a través de la adquisición de determinado número de participaciones de la sociedad de las que... eran titulares exclusivos los demandados, con la particularidad de que para adquirir las referidas participaciones no era suficiente con el pago del precio estipulado sino que se establecían una serie de prestaciones accesorias que sucintamente reseñamos: a) la obligación de cumplir el reglamento o normas del usuario del camping, b) la de atender a los gastos generales en proporción a la parte alicuota correspondiente, y c) la de satisfacer la denominada cuota social. Se convino también que las referidas prestaciones eran de duración indefinida y que tan sólo quedarían extinguidas en el momento en que el camping dejara de ser propiedad de Proapart SL, así como que conforme a lo dispuesto en el art. 29 de los estatutos de Proapart SL, la adquisición de participaciones conllevaba el derecho inherente y en exclusiva para sus titulares del uso y disfrute de una determinada parcela del camping".* V., por ejemplo, la SAP Álava 16-V-1996, donde se desestimó la demanda de reclamación de cantidad por parte de la sociedad a un socio para que pagara determinadas "derramas" que se habían acordado en una sociedad limitada para cubrir gastos de un garaje y taller que, al parecer, utilizaban los socios. V., también la SAP Tarragona 23-X-2000, *Westlaw JUR* 44544/2001 relativa a cómo debían sufragarse los gastos de la "Sociedad Estatal de estiba y desestiba del puerto de Tarragona".

prestación de servicios, las dudas respecto de las aportaciones de uso, por ejemplo, puede llevar a los socios a utilizar la vía de las prestaciones accesorias en estos casos⁹.

6. Según un reciente estudio, la utilización de las prestaciones accesorias en nuestro país es muy escasa, - sólo el 0,15 % de las sociedades incorporan prestaciones accesorias a sus estatutos¹⁰ - . Pérez de la Cruz atribuye el escaso uso al *tratamiento fiscal* de la figura. Así – afirma -, si son gratuitas “*amén de establecer un trato diferencial entre los socios... desembocan en la generación de un mayor beneficio para la compañía receptora, que verá incrementada su base imponible en el impuesto de sociedades*” y si se retribuyen con cargo a beneficios, se plantea el problema de la doble imposición de los dividendos (gravados en el impuesto de sociedades y en el impuesto de la renta del socio) cuya corrección no es completa. Y sugiere que los pactos parasociales cumplen las funciones que podrían atribuirse a las prestaciones accesorias incluyendo en ellos los socios los acuerdos sinalagmáticos relativos a la sociedad que puedan convenirles. A nuestro juicio, la escasa utilización se debe a que ni abogados ni notarios tienen esta institución “interiorizada”, de forma que no ofrecen su uso a los que desean constituir una sociedad, quizá porque, a pesar de que existen numerosos tratamientos monográficos de las mismas en nuestra doctrina, no existe una propuesta *completa y flexible* de su régimen jurídico. Sus ventajas, sin embargo, para satisfacer necesidades específicas en comparación con los pactos parasociales son notorias por lo que se hace urgente una adecuada comprensión de las mismas que facilite su uso y, con ello, eleve la funcionalidad del Derecho de sociedades.

7. Aunque las prestaciones accesorias son típicas de la sociedad limitada, dada la posibilidad de establecer prestaciones accesorias en la sociedad anónima y la similitud del régimen jurídico, no puede afirmarse que constituyan elementos configuradores del tipo de la limitada¹¹. Es más, su reconocimiento en ambas formas de sociedades capitalistas ponen de manifiesto su utilidad para cualquier tipo de *sociedad cerrada* en la que las condiciones y habilidades personales de los socios son relevantes para la consecución del fin común.

2. NATURALEZA

1. La *naturaleza jurídica* de las prestaciones accesorias es discutida pero a nuestro juicio se trata de *obligaciones sociales*, esto es, que forman parte del contenido obligatorio del contrato de sociedad que no se diferencian conceptualmente de las aportaciones (en sentido amplio) dado que la

⁹ PEÑAS, *Prestaciones*, pp 86-87.

¹⁰ V., A. PEREZ DE LA CRUZ, *Prólogo* a M. VIÑUELAS SANZ, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid 2004, p 12: de 14.745 compañías examinadas, sólo 24 tenían prestaciones accesorias incorporadas a sus estatutos.

¹¹ V., RECALDE, *Comentario art. 22*, p 264; VIÑUELAS, *Prestaciones*, pp 18-19; PEÑAS, *Prestaciones*, p 176; *contra*, aparentemente, BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 249.

prestación accesoria se realiza *en aras del fin común*¹². pero que al constituir *a menudo* su contenido el típico de un contrato sinalagmático, requieren una regulación más compleja que la que proporciona la regulación societaria de las aportaciones. En efecto, conviene desde el principio poner de manifiesto una distinción que condiciona notablemente la discusión acerca del régimen jurídico aplicable a las prestaciones accesorias.

2. Si la prestación accesoria consiste simplemente en la entrega a la sociedad de una cosa o en un *no hacer*, la calificación de la prestación como aportación en sentido amplio es convincente de forma que, a los aspectos relativos a la constitución de la obligación se le aplicarán las normas del contrato de sociedad y al cumplimiento las normas sobre el desembolso de las aportaciones sociales¹³. No se aplicarán, por las razones que veremos más adelante, las normas que tratan de proteger la íntegra formación del *capital social* y las que garantizan que cumpla su función de cifra de retención.

En lo que a la constitución de la obligación se refiere, no hay razones para no aplicar las normas sobre *vicios del consentimiento*, aunque su aplicación no conduzca, lógicamente, a la nulidad de la sociedad. Tampoco hay problema para que la obligación asumida lo sea condicionadamente o sometida a término. En cuanto al *cumplimiento* de la obligación se puede decir que se aplican analógicamente las normas del contrato típico que se refieren al cumplimiento de la parte cuya posición coincide con la del socio obligado por la prestación accesoria. Así, las normas sobre la obligación de entrega del vendedor en el caso de que el socio se haya obligado a transmitir la propiedad de bienes determinados a la sociedad (arts. 1462 ss CC) o las normas sobre la puesta a disposición y el mantenimiento de la posesión legal y pacífica en el caso de que el socio se haya obligado a ceder el uso de una cosa a la sociedad como contenido de la prestación accesoria (art. 1554 CC). En realidad, en tal caso, se estarían aplicando las normas sobre desembolso de las aportaciones sociales (art. 39 LSA), normas cuya *ratio* no tiene que ver con la función del capital como mecanismo de protección de los acreedores y, por tanto, son plenamente aplicables a las prestaciones accesorias. Dichas normas se remiten, como es sabido, a las normas que regulan el cumplimiento del contrato típico correspondiente. En lo demás, se aplicarán las reglas generales sobre obligaciones (art. 1088 ss).

3. Ahora bien, si, como debería ser frecuente, se ha previsto remuneración o se trata de prestaciones de tracto sucesivo a cargo del socio, lo normal es que *el cumplimiento de tal obligación se realice bajo la forma de un contrato obligatorio* entre la sociedad y el socio porque, en tales circunstancias, es imprescindible la regulación de los derechos y deberes de las partes y no es suficiente la descripción estatutaria de la obligación asumida por el socio

¹² VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 31; C., LOPEZ SÁNCHEZ, *Configuración*, p 852 y el art. 287.1 del Código portugués de sociedades que establece que cuando el contenido de la obligación accesoria se corresponda con el de un contrato típico, se aplique el régimen de éste.

¹³ Así, BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 303; p 309-310 para la prestación accesoria consistente en entregar cosas a la sociedad.

(*Ausführungsverträge*)¹⁴. En consecuencia, habrá que considerar celebrado *explícita o implícitamente* un contrato de intercambio entre la sociedad y el socio y serán de aplicación las normas relativas a dicho contrato de intercambio. Así, si lo que se ha pactado es una obligación de suministrar, las relaciones entre el socio y la sociedad relativas a la prestación accesorias se regirán por las normas sobre el contrato de compraventa bien porque se celebre el contrato expresamente, bien porque haya que considerarlo implícitamente celebrado. Si lo que se ha pactado es que el socio trabajará para la sociedad, su relación se regirá por las normas del Derecho laboral (contrato laboral común o contrato de alta dirección según los casos) o, si el socio "controla" la sociedad porque ostenta una participación elevada en el capital social, y, por tanto, no existe dependencia (art. 1 LET), habrá que considerar que existe un contrato mercantil de arrendamiento de servicios entre la sociedad y el socio¹⁵. Si la obligación consiste en ceder el uso de una cosa a la sociedad, el arrendamiento o el comodato; si el socio se ha obligado a prestar dinero a la sociedad, el mutuo etc.

4. Se ha discutido si, en estos casos, la aplicación de las normas del tipo contractual de que se trate es directa o analógica. La aplicación solo analógica se justificaría por la necesidad de hacer prevalecer las especialidades de la relación societaria que da causa a la atribución patrimonial¹⁶. La mejor doctrina entiende, con razón que, siendo correcto este argumento, el punto de partida no lo es porque sobrevalora la causa societaria y no atiende suficientemente al hecho de que la concreción de las obligaciones y derechos de las partes no deriva del contrato de sociedad sino que resulta del contrato obligatorio celebrado entre la sociedad y el socio y al que acabamos de referirnos¹⁷. Si se tiene en cuenta adecuadamente este punto de vista, se comprenderá que la aplicación de las normas del contrato concreto es directa cuando la prestación accesorias se haya articulado a través de un contrato obligatorio. Por el contrario, deben aplicarse directamente las normas societarias y sólo analógicamente las normas del contrato de que se trate en el grupo de casos en los que la prestación accesorias no se atribuya a la sociedad *a través* de la celebración de un contrato obligatorio entre la sociedad y el socio según hemos expuesto más arriba.

¹⁴ HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3 n° 76, p 218. Insiste en el carácter societario, PEÑAS, *Prestaciones* p 75-80. toda prestación, a cargo de un socio y a favor de la sociedad, recogida en los estatutos sociales es una prestación accesorias en el sentido de que su régimen jurídico será el de las prestaciones accesorias, *contra*, (VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 22 y nota 4) que imagina un supuesto como sería que la obligación del socio se recogiera, no en los estatutos pero dentro de la escritura pública de constitución de la sociedad. En realidad, si no está en los estatutos, es irrelevante dónde se haya recogido la obligación. No será ya una prestación accesorias.

¹⁵ Sobre estos problemas v., A. DESDENTADO/E. DESDENTADO, *Administradores sociales. altos directivos v socios trabajadores*, Madrid 2000.

¹⁶ V. esta posición, con más indicaciones, en BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 252 ss., que aparece como un defensor acérrimo del carácter exclusivamente societario del régimen jurídico de las prestaciones accesorias., v., como ejemplo, la ordenación de "fuentes" de regulación de las prestaciones accesorias que recoge en las pp 263 y 264 donde ni siquiera menciona las normas del contrato típico que articule la relación entre el socio y la sociedad.

¹⁷ Así, HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3 n° 90.

5. En consecuencia, cuando son prestaciones accesorias remuneradas o tienen carácter de tracto sucesivo, la posición del socio es la de *contraparte* de la sociedad con los derechos y obligaciones que le correspondan de acuerdo con la regulación aplicable al contrato de que se trate (compraventa, licencia, contrato de trabajo, arrendamiento de servicios...)¹⁸. Ahora bien, en la aplicación de las normas del contrato obligatorio de que se trate, habrá de tenerse en cuenta, no obstante, que se ha celebrado *entre partes vinculadas* y como consecuencia del carácter de socio del obligado a la prestación lo que tiene, como principal consecuencia, una *intensificación de los deberes de buena fe* en la ejecución e integración de dicho contrato, que se refleja, fundamentalmente, en las posibilidades de terminación unilateral del contrato por parte del socio y, en general, en la obligación para el socio de tener en cuenta los efectos que el ejercicio de sus derechos en relación con dicho contrato pueda tener sobre la relación societaria¹⁹. Si la obligación de realizar la prestación accesoria desaparece (por modificación estatutaria o por transmisión de las participaciones a las que estaba vinculada), el socio obligado contractualmente podrá resolver o denunciar el contrato y la sociedad en el caso de que haya dejado de ser socio.

6. El incumplimiento *voluntario* de la prestación accesoria es causa de exclusión (art. 98 LSRL) y puede pactarse, naturalmente, que lo sea también el *incumplimiento* debido a causas no imputables al socio lo que demuestra que la exclusión, como veremos inmediatamente, no es una sanción sino una medida de defensa de la sociedad²⁰. Los estatutos pueden completar el régimen jurídico de estas prestaciones accesorias como deseen. Pueden, en particular, establecer cláusulas penales para el caso de su incumplimiento, pueden regular su duración, su extinción... (v., art. 22 LSRL).

7. La *imposibilidad* de la prestación se rige por las reglas generales y dará lugar a la extinción de la obligación del socio. Dado el carácter no sinalagmático del contrato de sociedad, la imposibilidad no dará derecho a los demás socios a incumplir sus propias obligaciones societarias (el cumplimiento

¹⁸ V., más detalladamente, HACHENBURG/*ULMER*, *Grosskomm*, § 3 n° 93 y ss.

¹⁹ HACHENBURG/*ULMER*, *Grosskomm*, § 3 n° 91., V., más detalles, en relación con el contrato de trabajo *infra*.

²⁰ Art. 25.2 LSRL. Respecto de la sociedad anónima, podrá pactarse estatutariamente la exclusión del socio como consecuencia del incumplimiento de la prestación accesoria e, incluso, a falta de pacto estatutario, considerar el incumplimiento de la prestación accesoria como un justo motivo de exclusión. En este sentido, LOPEZ SÁNCHEZ, *Configuración*, p 864, con más indicaciones de doctrina comparada. Un ejemplo de las dificultades de aplicación de esta causa de exclusión puede verse en la SAP Lugo 21-I-2002, *Westlaw JUR* 72961/2002, donde 3 de los cuatro socios excluyen al 4º socio por incumplimiento de la obligación de realizar prestaciones accesorias pero el Tribunal entiende que dicho incumplimiento fue provocado por los restantes socios que le impidieron desarrollar la actividad prometida – prestación de servicios profesionales – con normalidad. El Tribunal justifica igualmente que el excluido iniciara, a continuación, la misma actividad que venía desarrollando en la sociedad por su cuenta dirigiéndose a los clientes de la sociedad considerando que no pesaba sobre él ninguna prohibición de competencia y que tampoco era una conducta desleal a la vista del acuerdo de exclusión previo.

de la prestación accesoria que hubieran asumido), debiendo aplicarse las consecuencias societarias, si se hubiesen pactado o las que no requieren pacto²¹. En caso de *concurso* del socio, la sociedad será considerada acreedora y al contrato que articula la prestación accesoria le serán de aplicación las normas concursales aplicables a los contratos correspondientes. En caso de *muerte* del socio, la aplicación del art. 32 LSRL conduce a entender que, salvo que se trate de obligaciones personalísimas, el heredero que sucede al socio en su condición de tal, continúa obligado de forma que la obligación de prestar no se extingue.

8. En contra de la construcción expuesta se ha sostenido que en los casos de prestaciones accesorias remuneradas o de tracto sucesivo, el objeto de la prestación accesoria sería *la celebración del contrato*, es decir, exclusivamente la prestación del consentimiento de modo que, a partir de ese momento, se aplicarían a la relación entre el socio y la sociedad las normas reguladoras de dicho contrato y “no procederán sanciones sociales (como la exclusión del socio), aún cuando el socio incumpliera la obligación surgida del contrato”²². No se nos ocurre ningún buen argumento para defender tal cosa dado que no existe incompatibilidad entre las consecuencias *contractuales* derivadas del incumplimiento del contrato y las consecuencias societarias y el sentido común dice que tal planteamiento conduce al absurdo de hacer absolutamente irrelevante el carácter societario de la obligación asumida por el socio. Por tanto, si el socio ha celebrado el contrato de trabajo con la sociedad en cumplimiento de lo previsto en los estatutos respecto de las prestaciones accesorias e incumple las obligaciones derivadas de dicho contrato – falta reiteradamente al trabajo, por ejemplo – la sociedad podrá resolver el contrato de trabajo (despido procedente) y podrá aplicar las consecuencias societarias (exclusión del socio que ha incumplido una obligación que asumió frente a la sociedad en forma de prestación accesoria). ¿Qué sentido tiene, si no, que el socio se haya obligado societariamente?. Todo lo cual, al margen de lo

²¹ HACHENBURG/*ULMER*, *Grosskomm*, § 3 n° 100-101. Así, es posible que la imposibilidad de cumplimiento de las prestaciones accesorias por parte de un socio constituya un *justo motivo* para la separación del socio obligado o de los otros socios.

²² VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 74 siguiendo a BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 327 y p 351 que rechaza la aplicación de las normas del contrato correspondiente. El problema es que en el contrato de sociedad y en la legislación societaria no encontraremos el régimen jurídico por lo que no tiene mucho sentido el “empeño” de este autor en afirmar que “la opinión (de Trías)... tiene, pues, únicamente sentido, aplicada a las prestaciones accesorias consistentes en el posterior otorgamiento de un contrato de arrendamiento, pero no en los supuestos normales de prestaciones accesorias de dar consistentes en ceder a la sociedad el uso de determinados bienes. Cuando la cesión del uso es consecuencia directa de una prestación accesoria de dar, hay que tener, pues, siempre presente que esa cesión no se hace a título de arrendamiento, sino única y exclusivamente a título de sociedad, por lo que no hay por qué aplicar las normas sobre esa clase de contratos (salvo por analogía)... sino lo pactado en la escritura social y las demás normas ya señaladas”. No parece que sea muy conforme con la voluntad hipotética de las partes como el propio Barba parece reconocer inmediatamente (pp 328-329) cuando analiza el caso de cesión del uso de un local por el socio arrendatario a la sociedad y comprueba que el arrendador tiene derecho a considerar tal prestación accesoria “societaria” como un subarriendo.

artificialmente que resulta afirmar la existencia, en tal caso, de un “precontrato formalmente incluido en el contrato de sociedad”²³.

9. Son exigibles a la prestación accesorias los mismos requisitos que a cualquier obligación, esto es, la patrimonialidad, la posibilidad, la determinación y la licitud. No parecen plantear problemas específicos aunque examinaremos con algo más de detalle el de la determinación cuando hablemos de las prestaciones accesorias consistentes en entregar a la sociedad cantidades de dinero. Las características de las prestaciones accesorias que permiten identificar adecuadamente su régimen jurídico son las siguientes²⁴.

a) Son *accesorias a la condición de socio* en el sentido de que no puede estar obligado a realizar prestaciones accesorias alguien que no es socio²⁵ y, por tanto, no pueden existir con independencia de la condición de socio del obligado, en cuyo caso, no son prestaciones accesorias sino obligaciones contractuales derivadas de un contrato entre la sociedad y ese tercero.

b) Son obligaciones *específicas* y, por tanto, con causa diferente a los deberes generales de conducta del socio que se conocen bajo el rótulo de deberes de fidelidad o lealtad.

c) La calificación como aportaciones en sentido amplio tiene interés, en particular, por la prohibición de aportar trabajo o servicios y por las limitaciones que un sector de la doctrina considera aplicables a lo que puede ser objeto de aportación no dineraria a una sociedad capitalista²⁶. Todas estas limitaciones no se aplican, obviamente, a las aportaciones vía prestaciones accesorias. En otro sentido, la distinción es relevante porque permite a los socios contribuir al fin común sin someter su aportación al régimen del capital establecido en beneficio de los acreedores sociales. En el caso de la obligación de aportación al capital social, la aportación del socio no puede estar remunerada y en lo que respecta a la modificación y extinción, los acreedores de la sociedad no intervienen mientras que ostentan derechos de oposición (en la sociedad anónima) cuando se trata de reducir el capital por condonación de dividendos pasivos o para devolver aportaciones a los socios. Tampoco se aplican las normas sobre aportaciones *in natura* ni las relativas – en el caso de la sociedad anónima – a los dividendos pasivos²⁷.

d) Son obligaciones “individuales” del socio afectado de forma que sólo se pueden imponer con su consentimiento y, por tanto, no se ve afectado el principio de igualdad de trato.

²³ Si el socio ha prometido entregar su fuerza de trabajo, tenemos una prestación accesorias de hacer. Si ha prometido trabajar para la sociedad articulando su relación a través del correspondiente contrato de trabajo, entonces tiene la obligación de celebrar el contrato de trabajo “como obligación derivada de un precontrato formalmente incluido en el contrato de sociedad”. Así, BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 352). No parece que esa sea la voluntad de las partes. Lo que han querido las partes es – como dice Ulmer – “anclar” societariamente la relación laboral.

²⁴ V., RECALDE, *Comentarios* art. 22, p 261.

²⁵ RECALDE, *Comentarios* art. 22, p267; VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 42

²⁶ V., VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 37-40; M. OLIVENCIA, “Las prestaciones accesorias” en U. NIETO (Coord.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid 1998, pp 243 ss., pp 250-253: las prestaciones accesorias no son aportaciones en el sentido legal.

²⁷ PEÑAS, *Prestaciones*, p 89.

e) Han de figurar en los estatutos sociales y descritas de modo suficiente para considerarlas determinadas o determinables. Es obvio que los socios no pueden describir con precisión el contenido de la obligación del socio cuando, como será frecuente, se trate de obligaciones de tracto sucesivo y que se prolongan en el tiempo. Así, la doctrina considera suficientemente determinada la obligación de *asunción de pérdidas* de la sociedad por parte de los socios, esto es, el pacto por el que los socios acuerdan proporcionar a la sociedad medios económicos suficientes para evitar que las pérdidas pongan a la sociedad en situación de disolución. También se ha considerado suficientemente determinada la obligación de pignorar las propias participaciones sociales para garantizar créditos de la sociedad²⁸. Se han considerado excesivamente indeterminadas la obligación de “prestar garantías” a favor de la sociedad²⁹.

f) Consecuencia de lo anterior es que la realización de aportaciones al patrimonio social de forma voluntaria por los socios y sin base obligatoria en los estatutos sociales *no constituyen prestaciones accesorias*. Esto sucede, a menudo, cuando los socios desean evitar el desbalance o la sociedad necesita liquidez de modo urgente y los socios no desean someter tales aportaciones al régimen del capital. El régimen de estas aportaciones ha de deducirse de la interpretación del pacto entre el socio y la sociedad. La doctrina alemana considera que, a falta de pacto, el socio no tiene derecho a solicitar su devolución³⁰.

g) A diferencia de las obligaciones – aún en beneficio de la sociedad – asumidas por los socios en *pactos parasociales*, la inclusión de prestaciones accesorias en los Estatutos no generan una sociedad interna entre los socios y la sociedad. La relación entre la sociedad y los socios resta unitaria³¹.

3. CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

1. La prestación accesorias puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer³². Así, el socio puede obligarse a suministrar determinados productos a la sociedad (por ejemplo, el socio -fabricante de teléfonos móviles- se obliga a suministrar teléfonos móviles a un precio dado a la sociedad de telefonía móvil) o puede obligarse a prestar su fuerza de trabajo a la sociedad (por ejemplo, el abogado socio de una sociedad de ingeniería se compromete a

²⁸ HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3 n° 87: “Das Reichsgericht führte aus, die Satzungsbestimmung sei nach Treu und Glauben... dahin auszulegen, dass sie nur Darlehen betreffe, die für die Zwecke der Gesellschaft bei ordnungsmässiger Geschäftsführung augenommen werden”

²⁹ Sobre la determinación de la retribución v., *infra*.

³⁰ HACHENBURG/MÜLLER, *Grosskomm*, § 26, n° 27.

³¹ HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3 n° 67, p 215.

³² V., BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, pp 297 ss; p 302; M. SACRISTÁN, “Prestaciones accesorias” en *RdS* n° extraord. 1994, p 309 ss; PEÑAS, *Prestaciones*, p 85 ss; no hace falta designarlas como prestaciones accesorias en los Estatutos, STS 15-IV-1997, *Ar*. 2884; HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3, n° 75, p 218: “was als Gegenstand eines Schuldverhältnisses vereinbart werden kann, kann auch als gesellschaftsrechtliche Nebenleistungspflicht in der GmbH-Satzung verankert werden”

trabajar como asesor jurídico para la sociedad o a permitir que la sociedad utilice su nombre en la denominación social o de ser un socio administrador de la sociedad) o puede obligarse a *no hacer* algo (por ejemplo, competencia a la sociedad) o a realizar *aportaciones suplementarias* de dinero o de garantía (crédito de firma, prestación de avales) además de las realizadas al capital social³³. No hay problema alguno porque la prestación accesorio tenga un valor superior a la aportación de capital³⁴.

2. La validez de las prestaciones accesorias de dar había sido puesta en duda por algunos autores que, siguiendo a la legislación alemana para la sociedad anónima y a la italiana, habían exigido como requisito de validez que las prestaciones accesorias consistan en una obligación peculiar del socio que no estuviera al alcance de cualquier persona³⁵. En un trabajo reciente se ha sostenido que las prestaciones accesorias sólo pueden consistir en un hacer o un "no hacer" pero no en un dar. No serían así prestaciones accesorias las obligaciones asumidas por los socios en los estatutos de realizar aportaciones suplementarias de dinero a la sociedad. Los argumentos a favor de esta limitación son, sin embargo, difíciles de aceptar. El primero es el silencio del legislador al respecto en un marco en el que se ha regulado con cierto detalle la figura lo que – según esta autora – debería significar una opción voluntaria del legislador por no permitir las aportaciones de dinero³⁶. No vemos, realmente, que el silencio del legislador pueda interpretarse *contra libertatem*. Si el legislador hubiera querido prohibir las prestaciones accesorias de dar lo habría dicho. Un segundo argumento se basa en el art. 24 LSRL que exige el consentimiento de la sociedad para la transmisión de las participaciones con

³³ Sobre las relaciones entre éstas y las prestaciones accesorias, BARBA DE VEGA, Prestaciones accesorias, pp 61-124.

³⁴ J. BARBA DE VEGA, "Aportaciones sociales" en A. BERCOVITZ (DIR), La sociedad de responsabilidad limitada, Pamplona 1998, pp 155-156. Su importancia económica puede ser relevante para la cuestión de las consecuencias de su imposibilidad sobrevenida (en Alemania, para la posibilidad de disolver la sociedad), HACHENBURG/ULMER Grosskomm, § 3, n° 65.

³⁵ V., indicaciones en BARBA DE VEGA, Prestaciones accesorias, p 61 ss., pp 301-302; V. TORRALBA, "Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima", Estudios Menéndez, II, p 2589 ss., p 2590 citando a Cámara. La doctrina mayoritaria admite su validez v., SACRISTÁN, *RdS* n° extraordinario 1994, p 319: "*cualquier obligación puede ser contenido de una prestación accesorio incluyendo entregar dinero, aportaciones suplementarias (de dinero)...*", RDGRN

³⁶ VIÑUELAS, Prestaciones, p 61 y p 152 ss., p 175. Esta posición lleva a la autora a examinar el posible contenido de las prestaciones accesorias analizando, previamente, si serían susceptibles de aportación al capital social, lo que, amén de alargar la discusión sin necesidad, no entendemos qué aporta a la discusión sobre su viabilidad como contenido de una prestación accesorio ya que parece obvio que a las prestaciones accesorias no se le plantean los problemas propios de las aportaciones al capital (v., pp 73-124) y el único resultado es afirmar que, como hay dudas acerca de la aportabilidad al capital de determinados derechos (*know-how*, cesión del uso de una cosa, cosa futura) y está prohibida en otros (servicios), lo mejor es que se aporten a la sociedad a través de prestaciones accesorias. Lo propio cabe reprochar a la discusión subsiguiente (pp 123 - 140.) sobre las operaciones de concentración empresarial que concluyen con la pobre afirmación de que las prestaciones accesorias consistentes en no competir con la sociedad puede ser restrictivo de la competencia y, por tanto, eventualmente nula. Debe recordarse que la doctrina alemana considera igualmente que el contenido de una prestación accesorio puede consistir en un dar v., por todos, HACHENBURG/ULMER, Grosskomm, § 3, n° 65.

prestaciones accesorias. Se argumenta que el legislador no incluye entre éstas las de entregar dinero a la sociedad porque el requisito del consentimiento sería, en tal caso, innecesario “si las cualidades y condiciones de las personas que las prestan fueran irrelevantes”³⁷ que es, justamente, lo que sucede con las prestaciones accesorias consistentes en entregar una cantidad de dinero. Pero la autora olvida que la *solvencia* de una persona es una cualidad bien relevante, de modo que se justifica la exigencia del consentimiento de la sociedad si le van a cambiar a su deudor. Prueba de ello es que, en materia de dividendos pasivos, el legislador ha previsto la *delegación cumulativa* de la deuda de manera que el transmitente de las acciones que no estén completamente desembolsadas no se libera (art. 46 LSA).

Por su parte, el argumento histórico tampoco tiene mucho más valor³⁸ ya que las instituciones evolucionan y las de Derecho Privado lo hacen, eficientemente, extendiendo su ámbito de aplicación si son una “buena idea” y decayendo si no son útiles para la gente y corresponde a la gente decidir tal cosa y no a los intérpretes de las normas.

Pero, sobre todo, dado que el régimen de las prestaciones accesorias es ampliamente dispositivo, ¿qué régimen habría que aplicar al pacto estatutario que prevea la obligación de un socio de entregar determinada mercancía o de prestar su fuerza de trabajo a la sociedad? Parece que acabaríamos, por vía analógica, aplicando las mismas reglas.

Todo ello, al margen de que el legislador ha establecido en el artículo 24 LSRL una regla de carácter general y no ha pensado en el contenido concreto que puedan tener las prestaciones accesorias

3. Entre las prestaciones de dar, tiene especial relevancia la consistente en realizar *aportaciones suplementarias de dinero*. Esta obligación es útil cuando, como consecuencia de pérdidas o porque se vayan a acometer nuevas inversiones, los socios deseen garantizar a la sociedad los recursos financieros necesarios y, a tal efecto, atribuyan a los administradores o a la mayoría la determinación concreta de tal obligación.

La distinción entre la obligación de realizar aportaciones suplementarias de dinero y las prestaciones accesorias tiene su origen en la legislación alemana

³⁷ VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 62.

³⁸ VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 62: “la importancia que la persona del socio tiene en estas obligaciones... facilitan, en coherencia con ella, la restricción de contenido propuesta... en su origen son obligaciones de cultivar y suministrar el producto, que asumen los socios con su sociedad a raíz del problema de la escasa cantidad y deficiente calidad de las materias primas”. O sea, que se trataba de una obligación *de dar*, no de hacer. El argumento basado en el significado de la palabra “prestación” (*ibidem*, pp 62-63) es perfectamente incorrecto, ya que el significado vulgar de prestación va referido a servicios, pero el significado jurídico es tan amplio como el del 1088 CC. El argumento “contable” de la autora es, simplemente incomprensible. Que las prestaciones accesorias de dar se contabilicen como reservas no significa que se confundan con el capital (pp 66-67). Sorprende, por último, que la autora reconozca que hubo una enmienda para impedir las prestaciones accesorias de dinero que no quedó incorporada al texto definitivo de la Ley (p 68, nota 123), lo que constituye un poderoso argumento en contra de la posición mantenida por ella en el texto. La prohibición de reparto de bienes entre los socios del patrimonio social necesario para cubrir la cifra de capital no plantea problemas específicos por el hecho de que los bienes hayan sido transmitidos a la sociedad por los socios bajo la forma de prestaciones accesorias.

donde se funda en dos circunstancias. La primera es que las prestaciones accesorias aparecen completamente determinadas en los estatutos sociales, de forma que no es necesario, normalmente un acuerdo de los socios para exigir su cumplimiento. Por el contrario, en el diseño de las aportaciones suplementarias de dinero del § 26 *GmbHG*, es siempre necesario que la Junta de socios acuerde exigir a los socios tal aportación suplementaria porque la configuración estatutaria de las mismas se limita a prever *su* posibilidad³⁹. La segunda característica diferenciadora es que las aportaciones suplementarias forman parte del pasivo de la sociedad y del patrimonio social de retención *al que se aplica* la prohibición de reparto si el patrimonio social restante tras el reparto no cubre la cifra de capital, lo que no es aplicable a la retribución de las prestaciones accesorias⁴⁰. De acuerdo con el § 30.2 *GmbHG*, los socios no tienen derecho individual a exigir la devolución de las aportaciones suplementarias aunque la sociedad no necesite tales medios (y, en esto se diferencian las aportaciones suplementarias de los préstamos realizados por los socios a la sociedad al margen, naturalmente, de la previsión estatutaria de las primeras mientras que los segundos no aparecen en los estatutos). El derecho a la devolución nace sólo a partir del correspondiente acuerdo de la Junta de socios en tal sentido (de forma similar a lo que sucede con el derecho al dividendo) y siempre que el pago no haga insuficiente el patrimonio social para cubrir la cifra de capital, además de la imposición de una obligación de publicidad del reparto y de un plazo mínimo de 3 meses para su ejecución⁴¹.

La doctrina alemana concluye que la diferencia entre una prestación accesorias de entregar dinero a la sociedad y la obligación de realizar aportaciones suplementarias está sólo en los requisitos para su reparto o devolución a los socios, más estrictos en el segundo caso que en el primero, pero que no hay diferencias en cuanto a su posición en la estructura de capital de la sociedad y las que hay se refieren a la necesidad de un acuerdo social para su exigibilidad. Todo lo cual lleva a afirmar que tal diferenciación no resulta convincente porque los efectos económicos de ambas figuras son idénticos y las razones que justifican los requisitos más estrictos para su reparto en el caso de las aportaciones suplementarias están igualmente presentes cuando los socios se comprometen a entregar una prima sobre el nominal de las participaciones a la sociedad. La conclusión es que el diseño del legislador habría sido coherente si, como se ha propuesto, no se consideraran como prestaciones accesorias las de entregar cantidades de dinero a la sociedad, lo que no ha sucedido⁴².

³⁹ Aunque no hay inconveniente en que los socios vinculen la modificación estatutaria en la que incluyen la obligación de suplementar la aportación y un acuerdo de los socios para su exigencia v., HACHENBURG/MÜLLER, *Grosskomm*, § 26, n° 1.

⁴⁰ V., HACHENBURG/MÜLLER, *Grosskomm*, § 26, n° 14: se trata de una *prima sobrevenida*, "protegida de forma más intensa que la prima original, pero que no está sometida a una vinculación comparable a la del capital social. A diferencia del capital social, las aportaciones suplementarias se realizan en interés inmediato de la sociedad. Los acreedores resultan protegidos exclusivamente de modo reflejo".

⁴¹ HACHENBURG/MÜLLER, *Grosskomm*, § 26, n° 16.

⁴² HACHENBURG/MÜLLER, *Grosskomm*, § 26, n° 25.

4. Esta descripción del Derecho alemán permite deducir con claridad que las aportaciones suplementarias como una figura diferenciada respecto a las prestaciones accesorias constituye una peculiaridad del Derecho alemán que no está en la "naturaleza de las cosas". En otros términos, no se habría desarrollado sin una decisión expresa y un régimen específico establecido por el legislador. Si tal régimen no existiera, al pacto estatutario por el que los socios de una sociedad limitada deciden obligarse a aportar más dinero a la sociedad en el futuro cuando se den determinadas circunstancias y con una cuantía determinada o determinable, habría que aplicarle también en Alemania, la regulación de las prestaciones accesorias. Por tanto, como se ha señalado acertadamente, "la ausencia de referencias a las aportaciones suplementarias en el Derecho español... conduce a la conclusión de que toda obligación social de los socios distinta de la aportación de capital debe someterse al régimen de las prestaciones accesorias..."⁴³.

5. La doctrina de la RDGRN respecto de las aportaciones suplementarias ha sido muy restrictiva y merece ser corregida. Así, no considero válida una cláusula de este tipo que establecía que

*"los socios, previo acuerdo de la Junta general adoptado por la mayoría ordinaria a la que se refiere el artículo 53.1 de la ley y que determinará su cuantía y el plazo para su cumplimiento, tendrán la obligación de realizar aportaciones en efectivo metálico suplementarias a las de capital, que no integrarán ni alterarán la cifra de éste, hasta el límite máximo que resulte de multiplicar por uno el valor nominal de las participaciones de que sea titular cada uno de ellos, a fin de cubrir las necesidades de tesorería, siendo estas prestaciones de carácter no retribuido y restituibles cuando la situación de tesorería de la sociedad lo permita y así lo acuerde la Junta General"*⁴⁴.

El sentido de cláusulas semejantes es bien fácil de entender. Las sociedades limitadas nacen, normalmente, con un capital pequeño. Es lógico, pues, que tengan que recurrir a préstamos de terceros o de los propios socios para desarrollar su actividad. La financiación por terceros es, normalmente, más costosa que la prestada por los propios socios y las razones no se escapan. Normalmente, los socios conocen mejor que los terceros las posibilidades de éxito del negocio y, por tanto, las de devolución del préstamo. Ante esta falta de información, los terceros se protegerán exigiendo un mayor tipo de interés que le que exigirían los socios y, eventualmente, racionando el crédito. Los socios, por el contrario, sufren de un problema de concentración de riesgos.

Una solución intermedia a estos costes de contratación pasa porque sean los socios los que financien la actividad social realizando una aportación inicial pequeña en forma de capital y proporcionando medios financieros a la sociedad

⁴³ RECALDE, *Comentarios art. 22* p 269; PEÑAS, *Prestaciones*, p 211 remitiéndose a Uría para señalar que si se admiten las prestaciones accesorias de entrega de dinero, es imposible la distinción. Realiza un amplio análisis de la regulación alemana en la GmbHG de forma separada de las aportaciones suplementarias (§§ 26 y 27) y las prestaciones accesorias (§ 3), VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 156 ss;

⁴⁴ V., RDGRN 27-VII-2001, BOE 8-IX-2001.

conforme ésta los vaya necesitando. Para hacer *enforceable* un pacto semejante, evitando que, llegado el momento en que hay necesidades de financiación alguno de los socios pretenda renegar de él, el pacto *social* de prestaciones accesorias es perfectamente adecuado.

6. El *régimen jurídico* de semejante obligación debe extraerse, nuevamente, de las reglas aplicables al préstamo. El recurso a las normas sobre las aportaciones de capital está justificado en los aspectos formales⁴⁵. Se ha señalado que tal vez estaría justificada la aplicación analógica de las normas sobre la realidad del desembolso o sobre la valoración "*en la medida en que se apreciara que este régimen no solo tutela intereses de terceros sino también de los demás socios*"⁴⁶. A nuestro juicio, la finalidad perseguida con esta aplicación analógica se logra de forma más natural aplicando las normas sobre *cumplimiento* del contrato. Así, si el socio se ha comprometido a proporcionar a la sociedad una mercancía de determinada calidad, no es necesario acudir a las normas sobre el desembolso del capital social para justificar que el socio está obligado a entregar a la sociedad exactamente la cantidad y calidad de mercancía prometidas.

7. Por otro lado, parece obvio que la voluntad presumible de los socios es que las cantidades así aportadas no formen parte del capital social (ni la ley les obliga a ello)⁴⁷. Si hubieran querido tal cosa, no hubieran recurrido a las prestaciones accesorias sino a aportaciones de capital directamente. Se haría así violencia injustificada a la voluntad de los socios si se convirtieran sus préstamos en capital sin que una norma legal imponga tal conversión. Consecuentemente, no procede la aplicación a estas aportaciones de las normas sobre protección del capital en garantía de los acreedores.

8. Sobre esta base, el pacto de realizar aportaciones suplementarias debe interpretarse en el sentido de que los socios han atribuido a la sociedad la determinación de los elementos accesorios de su obligación, esto es, cuándo deberán entregar las cantidades prometidas a la sociedad; la cuantía de éstas

⁴⁵ RECALDE, *Comentarios* art. 22 p 267.

⁴⁶ RECALDE, *Comentarios* art. 22, p 267.

⁴⁷ Lo que parece olvidar el registrador que se opuso a inscribir la cláusula transcrita al argumentar que "*que... se puede mantener que la entrega de dinero no puede integrar el contenido de la prestación accesorio y ello en base a una interpretación literal de los artículos 18 y 22 de la ley; pues mantener la postura contraria implica que la sociedad pueda disponer de una especie de capital de libre explotación, con ello se está produciendo un encubrimiento de verdaderas aportaciones sociales con la consiguiente inaplicación de las normas que regulan el capital social en cuanto a su formación*". El argumento no puede ser menos respetuoso con el Derecho Privado. En primer lugar, el tenor literal de los artículos 18 y 22 LSRL no limita en forma alguna el objeto de la prestación accesorio. Por tanto, dado que no se pueden crear limitaciones a la libertad contractual por vía interpretativa (*odiosa sunt restringenda*), el argumento carece de cualquier valor. En segundo lugar, si la ley no obliga a las sociedades a disponer de un capital *adecuado* sino sólo de un capital mínimo y si los socios pueden prestar dinero a la sociedad sin ver convertidos tales préstamos en capital aunque el destino de los fondos correspondientes sea atender a las necesidades normales de tesorería de la sociedad ¿cómo no va a ser posible entregar los fondos a la sociedad a título de cumplimiento de una prestación accesorio?

en cada momento; el plazo para su restitución a los socios etc. La sociedad ejercerá estas facultades de completamiento del acuerdo a través – en principio – de un acuerdo de la Junta aunque nada impide que los socios atribuyan específicamente tales facultades a los administradores⁴⁸. Por ello, *aunque no hubiesen pactado tal cosa en los estatutos*, parece razonable que sea la Junta de socios por mayoría y no los socios individualmente los que determinen cuándo y en qué cuantía han de entregarse los fondos a la sociedad. Aunque la Dirección General de los Registros ha afirmado que una cláusula semejante es contraria a la ley *"al dejar aspectos esenciales... al arbitrio de un acuerdo ordinario de la junta, sin necesidad del consentimiento individual de los afectados y sin que éstos tengan el recurso de ejercitar el derecho de separación"*⁴⁹, tal afirmación es errónea.

En efecto, un pacto estatutario semejante (atribuir a la Junta por mayoría la determinación del cuánto y del cuándo de la entrega de las aportaciones suplementarias prometidas) no es contrario al artículo 25 LSRL que, como es sabido, exige el consentimiento del socio para la constitución de la prestación accesorias. El consentimiento del socio se ha otorgado al aceptar la cláusula que hemos transcrito, consentimiento que se extiende tanto al objeto de la prestación (dinero) como a su cuantía (una cantidad equivalente a lo aportado como capital) por lo que perfecciona el contrato (art. 1262 CC). Lo que se remite a la decisión de la mayoría en Junta es, simplemente, los elementos accesorios de la obligación: cuándo puede exigirse y la cuantía dentro del límite fijado en la cláusula⁵⁰. Lo que sería contrario a los principios del Derecho de obligaciones sería, precisamente, someter a la voluntad individual de cada socio la entrega del dinero a la sociedad ya que sería tanto como dejar a su arbitrio el cumplimiento de la obligación asumida (art. 1256 CC). Y para comprobar el error en que incurre la Dirección General basta con recordar que, en materia de dividendos pasivos, *son los administradores* los que determinan cuándo y cuánto han de entregar a la sociedad los socios la parte del capital suscrito y no desembolsado en el momento de la constitución de la sociedad si los estatutos no dicen nada sin que a nadie se le haya ocurrido decir que se dejan aspectos esenciales de la obligación esencial del socio – el desembolso del capital – al arbitrio de la decisión de los administradores. Como se ha señalado por la doctrina el requisito de la *determinación* de la obligación (art. 22 LSRL) debe entenderse cumplido tanto en el caso de la cláusula que comentamos – en el que se establece con precisión la cuantía máxima de la aportación suplementaria – como en todos aquellos casos en los que se establece un límite máximo por muy superior a la cifra de capital que sea y en los casos en los que se impone la realización de aportaciones periódicas (para sufragar gastos de la organización) o incluso cuando la cuantía "deba determinarse en función de criterios no conocidos en el momento de la

⁴⁸ Esta cuestión es discutible. A favor de la competencia de la Junta hablaría el hecho de que se trata de un poder de configuración de la relación entre los socios y la sociedad, poder que forma parte del "contrato" social y, por tanto, que debería quedar reservado a los socios. En contra hablaría la regulación de los dividendos pasivos aunque, probablemente, las valoraciones no tienen por qué ser idénticas.

⁴⁹ Así, la RDGRN 27-VII-2001, BOE 8-IX.

⁵⁰ V., BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 303; PEÑAS, *Prestaciones*, pp 96-97

inclusión de las prestaciones accesorias en los estatutos, en tanto en cuanto los parámetros de medición fijados tengan carácter objetivo (p.ej. las pérdidas...)... (siempre que)... sea conforme a la buena fe, deber general de fidelidad que... vincula también a la sociedad en sus relaciones con los socios ⁵¹.

9. Si se ha considerado nula una cláusula tan discreta y proporcionada como la que se ha transcrito, no extraña que se haya considerado nula la que preveía que todos los socios se obligaran a realizar prestaciones accesorias a la sociedad consistentes en *aportaciones suplementarias* al capital social con el límite máximo de *cincuenta* veces el valor nominal de las participaciones de las que fueran titulares cada uno de los socios en el momento de constitución de la sociedad y cuyo desembolso se decidiría en cada momento mediante acuerdo de la junta adoptado por mayoría simple. La DGRN considera que una cláusula semejante no determinaba suficientemente el contenido de las prestaciones accesorias en el sentido del art. 22.1 LSRL; que era necesario que se determinara el tiempo y la cuantía de las aportaciones a realizar o que éstas fueran determinables pero no atribuyendo a la mayoría la decisión sobre el cuándo y el cuánto⁵². Naturalmente, no podemos estar de acuerdo con tales restricciones a la autonomía privada fundadas en una interpretación – admisible – pero estrecha del art. 22.1 LSRL. No se vé por qué ha de interpretarse este precepto de forma discordante con los artículos del Código Civil sobre la determinación del objeto de las obligaciones (art. 1273 CC que exige que el objeto de los contratos esté determinado “en cuanto a su especie”)

10. Por último, y como sucede siempre que la intervención sobre la autonomía privada es parcial, la única consecuencia de la doctrina registral que criticamos es, no la eliminación de las prestaciones accesorias de dinero, sino su desplazamiento a los pactos parasociales como pactos de atribución. En efecto, el compromiso de los socios de realizar aportaciones suplementarias a la sociedad encaja perfectamente como contenido de un pacto parasocial y la sociedad puede exigir el cumplimiento de tales obligaciones considerando la cláusula parasocial correspondiente como un *contrato a favor de tercero* (siendo el tercero, en este caso, la sociedad)⁵³. El control de la decisión de la Junta respecto de esta obligación debe quedar para los mecanismos generales de control de las decisiones mayoritarias, esto es, la impugnación de los acuerdos sociales abusivos (art. 115 ss LSA).

11. La cláusula estatutaria debe regular la eventual *devolución* de estas aportaciones y su *remuneración* (en forma de intereses). Nada impide, pues, que se hagan a fondo perdido pero no hay por qué presumir tal cosa. Habrá que entender, a falta de pacto, que el socio no tiene derecho a remuneración (intereses) pero sí a la devolución de lo aportado dado el carácter gratuito del

⁵¹ RECALDE, *Comentarios* art. 22, p 270; PEÑAS, *Prestaciones*, p 215.

⁵² RDGRN 7-III-2000, BOE 31-III.

⁵³ C. PAZ-ARES, “El *enforcement* de los pactos parasociales” disponible en <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/Publicaciones.htm> en mayo de 2004

préstamo en nuestro Derecho (art. 315 C de c)⁵⁴. Recuérdese que, al no formar parte del capital social, las aportaciones suplementarias *no se ven afectadas por el deber de retención* de manera que son libremente distribuibles entre los socios. Es un error considerar que “con ello se abre una puerta a la creación de un capital adicional con posibilidad de ser devuelto en cualquier momento sin tener en cuenta el necesario equilibrio que, entre capital y patrimonio debe existir⁵⁵. Las cantidades entregadas por los socios en forma de aportaciones suplementarias figurarán en el activo mientras en el pasivo figurará el derecho de crédito de los socios si dichas aportaciones son reembolsables. Si se devuelven, desaparecerán tanto la posición de activo como la de pasivo, por lo que no hay afectación ninguna a la cifra de capital. Y si la sociedad no dispone de patrimonio suficiente para cubrir la cifra de capital, habrá de tomar las medidas correspondientes (reducir el capital o ampliarlo) pero no viene obligada – aunque podría hacerlo – a convertir la aportación suplementaria de los socios en capital social renunciando a su derecho a la devolución. Es obvio que la sociedad puede estar infracapitalizada nominalmente disponiendo de un capital social pequeño y un patrimonio de explotación elevado porque los fondos que necesita para desarrollar su objeto social no se han aportado como capital sino como aportaciones suplementarias. Pero, como se deduce de la ausencia de normas al respecto, esto no obliga a “recalificar” como capital las aportaciones suplementarias⁵⁶. No se vé, en efecto, por qué ha de tratarse peor a los socios que financian la sociedad vía préstamos y a los socios que lo hacen vía aportaciones suplementarias⁵⁷.

La libertad de disposición de los socios sobre estas aportaciones suplementarias es, pues, total. No se obligan los socios en beneficio de terceros y, por tanto, no hay razones para limitar la autonomía privada en este punto. Así, los socios pueden acordar la supresión de la obligación o su reducción cumpliendo con los requisitos para modificar las prestaciones accesorias en general.

10. También debe considerarse como una prestación accesorias en dinero la *prima* acordada en la constitución de la sociedad o en un aumento de capital. Esta calificación es la correcta si se tiene en cuenta que la prima no forma parte del capital y, por tanto, en principio, no debería verse afectada por las normas que parten de la consideración del capital como cifra de retención⁵⁸

⁵⁴ Ambiguo respecto a la solución aplicable en caso de que no se haya previsto la devolución, BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 304

⁵⁵ Así, PEÑAS, *Prestaciones*, p 213.

⁵⁶ *En contra*, aparentemente, aunque, como en otras ocasiones, no adopta una postura nítida, PEÑAS, *Prestaciones*, p 214: “*su recalificación como capital propio y la aplicación de las normas correspondientes puede ser uno de los mecanismos jurídicos disuasorios para controlar esta forma de financiación peligrosa para los acreedores...*” Para los detalles sobre la “conversión” de estos préstamos de los socios en capital en el Derecho alemán v., BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 305 ss.

⁵⁷ Recuérdese, además, que en caso de quiebra de la sociedad, los socios se consideran personas relacionadas y sus créditos subordinados. Para el tratamiento correcto de la infracapitalización, v., C. PAZ-ARES, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, *RdS* 1994, n° extraordinario, pp 253 ss;

⁵⁸ HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3, n° 78, p 219 con más indicaciones.

11. La utilización de la figura de las prestaciones accesorias es especialmente adecuada para incluir cualquier tipo de prestación que discutiblemente pueda formar parte del capital (transferencia de *know-how*, por ejemplo). En particular, el recurso a las prestaciones accesorias es especialmente útil cuando la cosa es idónea para que la sociedad pueda desarrollar su objeto social pero los socios no consiguen ponerse de acuerdo para que resulte aportada como parte del capital social, porque el socio titular tenga limitado su poder de disposición, por ejemplo, o sea difícil llegar a un acuerdo sobre la valoración precedente. También son especialmente adecuadas las prestaciones accesorias para atribuir a la sociedad la *distribución de un producto* que sea fabricado por los socios (éstos se obligan a celebrar un contrato de distribución con la sociedad en el que ésta sea la distribuidora) o a explotar, a través de la sociedad, un invento patentado por cualquiera de los socios⁵⁹. Y puede articularse a través de las prestaciones accesorias la obligación de cualquiera de los socios de *ceder su participación* a la sociedad o a quien ésta determine⁶⁰ cuando se produzcan determinadas circunstancias y se trate de supuestos que no encajan entre los permitidos de adquisición de las propias participaciones art. 40 ss LSRL⁶¹

12. La prestación accesoria de hacer *princeps* es la realización, por el socio, de las prestaciones propias de una relación laboral en la que la sociedad asume el papel de empleador. La doctrina mayoritaria afirma que, en tal caso "*el vínculo del socio con las sociedad es de carácter social y no laboral*" y no procede aplicar las normas propias del contrato de trabajo ni, por ejemplo, las que reconocen al trabajador la facultad de resolver unilateralmente el contrato⁶². A nuestro juicio, sin embargo, y como se ha expuesto más arriba,

⁵⁹ HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3, n° 79, p 219.

⁶⁰ Lógicamente, no se trataría de una prestación accesoria si el beneficiario de la opción no es *originariamente* la sociedad sino un tercero.

⁶¹ HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3, n° 80.

⁶² BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 332 ss, p 334 donde, nuevamente, no nos indica cuál es el régimen jurídico de la relación. Remitirse al Derecho de sociedades es poco útil porque éste no contiene una regulación de tal relación; RECALDE, *Comentarios art. 22*, p 271; PEÑAS, *Prestaciones* p 228 con indicaciones de una confusísima doctrina italiana. Así, cita a Toffoletto (en nota 204), el cual dice que la prestación de trabajo no se presta únicamente a través de un contrato de trabajo y prueba de ello es, precisamente, la posibilidad de una prestación accesoria consistente en prestar trabajo (es decir, una petición de principio). Esta autora concluye que las normas laborales "*podrían aplicarse analógicamente... pero en ningún caso constituyen un bloque de normas de aplicación obligatoria... (y el socio tendrá derecho a)... predeterminación del horario de trabajo, así como la determinación de un período de reposo semana y vacaciones accesorias retribuidas*" (p 230) y concluye, que se excepcionan los casos de fraude de ley, esto es, cuando se haya utilizado la prestación accesoria para eludir "*la creación de una auténtica relación laboral*" (Idéntico, BARBA DE VEGA, *Prestaciones accesorias*, p 334). Ahora bien, ¿cuándo podemos hablar de fraude de ley? Hay fraude de ley cuando "*la voluntad de los socios está dirigida a crear una sociedad en la cual todos o algunos de ellos se obligan a realizar prestaciones de trabajo subordinado cuya valoración en conjunto sea instrumental respecto de la aportación social por ellos mismos realizada*" (p 231 citando nuevamente a Toffoletto). Pero esto supone desconocer la realidad de las sociedades cerradas. La aportación al capital es, normalmente, irrisoria (especialmente si la sociedad tiene capital mínimo). La relación laboral con la sociedad es la principal fuente de ingresos del socio pero eso

habrá que celebrar o considerar celebrado tácitamente un contrato de trabajo entre el socio y la sociedad. El contrato de trabajo entre un socio y la sociedad no muda sustancialmente por el hecho de que se haya previsto en los estatutos la celebración de dicho contrato como prestación accesorio⁶³. Lo que sucede es que el hecho de que el trabajador sea socio no puede dejar de afectar a la regulación de la relación laboral⁶⁴. Así, en primer lugar, y como hemos adelantado más arriba, si el socio es socio mayoritario o de control, difícilmente podrá calificarse la prestación de trabajo como relación laboral por la ausencia de dependencia o ajenidad. Pero, cuando se trate de un socio minoritario, la calificación de laboral de la relación cuya constitución se exige por la prestación accesorio no plantea problema alguno. En segundo lugar y en contra de la doctrina laboralista mayoritaria, hay que entender que se aplica a la prestación accesorio el régimen laboral con matizaciones. Las matizaciones derivan del hecho de que la existencia de la relación societaria *intensifica el deber de lealtad* del socio-trabajador en comparación con el que pesa sobre el trabajador que no es socio, por lo que, por ejemplo, el primero no podrá exigir con la misma rigidez el cumplimiento de la normativa laboral respecto de vacaciones, horarios etc. El criterio directivo es aquí, una vez más, la voluntad presumible de las partes. Cuando el pacto de prestación accesorio se incluya para “intentar” evitar la formalización de una relación laboral, habrá que aplicar sin limitaciones la legislación laboral. Por otra parte, el trabajador-socio podrá dar por terminada su relación laboral con la sociedad en los términos previstos en la regulación del contrato de trabajo. Otra cosa es que las consecuencias de dicha denuncia unilateral se extiendan a la relación socio – sociedad. Así, habrá que considerar, por ejemplo, que si la terminación del contrato de trabajo por voluntad del socio – trabajador lo ha sido sin justo motivo (*ad nutum*), la sociedad podrá considerar que el socio está incumpliendo de forma voluntaria

no quiere decir que haya simulación en lo que a la constitución de la sociedad se refiere. Por tanto, no puede ser un criterio de “realidad” de la relación societaria que, económicamente, el trabajo prestado valga mucho más que la aportación al capital o que esté de cualquier otra forma en relación con la aportación al capital. Por su parte, Viñuelas (*Prestaciones*, p 106) afirma que la relación societaria absorbe a la relación laboral y no es posible la superposición de ambas relaciones “*porque se rigen de acuerdo con principios y normativas distintas*”. Esto carece de justificación. Hay dos relaciones porque el objeto de ambas es distinto (a diferencia con lo que sucede entre el administrador que pretende ser, también, y por la misma tarea, trabajador de la sociedad) y, por tanto, pueden superponerse. La mejor prueba es que cabe perfectamente que, en una sociedad sin prestaciones accesorias, la sociedad contrate laboralmente a uno de los socios. En tal caso se superpondrían la relación societaria y la relación laboral, que se regirían – cada una – por sus reglas específicas y nadie diría que no cabe “la superposición” de ambas y no parece que el hecho de que la celebración del contrato de trabajo haya sido prevista como una prestación accesorio cambie la naturaleza de las cosas en este punto. Por idéntica razón, no hay especialidad alguna en materia de Seguridad Social.

⁶³ Obsérvese que la cuestión no se plantea en los mismos términos que la discusión acerca de la compatibilidad entre la condición de administrador y la de trabajador porque ambas posiciones son incompatibles entre sí en el sentido de que *una relación* no puede ser el resultado de dos contratos. Pero en el caso de las prestaciones accesorias, sólo hay una relación y un contrato que da lugar a la misma (el contrato de trabajo) y las reglas *añadidas* que se aplican a dicha relación como consecuencia del carácter de socio del trabajador y del hecho de haberse comprometido *frente a la sociedad* a celebrar el contrato de trabajo y a realizar su prestación laboral a favor de la sociedad en los estatutos sociales.

⁶⁴ DESDENTADO/DESDENTADO, *Administradores*, pp 95-97.

con la prestación accesoria lo que generará las consecuencias correspondientes (posibilidad de exclusión del socio).

En sentido opuesto, también se regirán por las normas del contrato de que se trate las obligaciones de la sociedad y, por tanto, ante el incumplimiento de la sociedad de su obligación de retribuir las prestaciones accesorias, el socio tendrá a su disposición las acciones por incumplimiento de cualquier contratante (art. 1124 CC) aunque matizadas por el *deber de lealtad* del socio⁶⁵ además de las acciones que le correspondan en su condición de socio.

La jurisprudencia ha considerado válida la cláusula que establece que *"para ostentar la cualidad de socio resulta condición inexcusable la prestación de servicios retribuidos por cuenta de la sociedad, bien de carácter laboral o profesional, de forma habitual o permanente, debiéndose hacer constar expresamente esa condición en el título de la acción... Dicha circunstancia deberá acreditarse mediante la formalización y vigencia del correspondiente contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios"*⁶⁶.

13. La prestación accesoria consistente en *ejercer como administrador social* se considera perfectamente válida. El régimen aplicable es el de su cargo sin que, en principio, sea relevante el hecho de que haya sido nombrado administrador *como consecuencia* de la existencia de la prestación accesoria⁶⁷.

El principal problema es el de la compatibilidad entre la asunción de la obligación de administrar como prestación accesoria y la libre revocabilidad del administrador ex art. 68 LSRL. Se dice que no hay incompatibilidad porque aunque el socio está obligado a ejercer de administrador, la sociedad no tiene obligación de mantenerlo como tal, de forma que la sociedad puede destituirlo libremente aunque, lógicamente, la prestación accesoria se extinguiría⁶⁸ pero se seguirían consecuencias indemnizatorias a favor del administrador destituido⁶⁹. A nuestro juicio, la voluntad de las partes será frecuentemente la de que la obligación de administrar impuesta como prestación accesoria sea, a la vez, un

⁶⁵ Lo que explica por qué no sería válida la *"mención estatutaria que conecte la remuneración de las prestaciones accesorias con los dividendos cuya distribución pueda acordar la junta general de la sociedad, al estar en manos de ésta, en tal supuesto, la suerte de la contrapartida (cfr., los arts. 115 y 1449 CC) a menos que se entienda que entonces lo pertinente es trasladar el centro de gravedad del problema al eventual ejercicio abusivo por parte de la sociedad de sus facultades decisorias en cuanto al reparto de las ganancias sociales, hecho que legitimaría al socio perjudicado para accionar"* como acuerdo abusivo". LOPEZ-SANCHEZ, Configuración, p 854 ; en el segundo sentido, BARBA DE VEGA, Prestaciones accesorias, p 378

⁶⁶ SJ1ªI, nº 43 de Madrid de 16-III-1998, Aranzadi Civil, 1999, 6401, comentada por J. GUTIERREZ GILSANZ, "Sociedad anónima y exclusión de socios", *RdS* 12(1999), pp 336-366 que consideró igualmente válida la previsión estatutaria que establecía la exclusión de la sociedad – anónima – del socio que dejara de prestar sus servicios laborales o profesionales a la sociedad.

⁶⁷ BARBA DE VEGA, Prestaciones accesorias, p 337. Como dice Ulmer, la prestación accesoria asumida por el socio "constituye la base o fundamento para el nombramiento como administrador y la celebración del contrato de administración, pero, por regla general no sustituye a éstos" HACHENBURG/*ULMER*, Grosskomm, § 3, nº 81

⁶⁸ RECALDE, Comentarios art. 22, p 271. v., también VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 94; PEÑAS, Prestaciones, pp 219-221 con más indicaciones.

⁶⁹ BARBA DE VEGA, Prestaciones accesorias, p 338; RECALDE, Comentarios art. 22 p 271., con el límite en que la cuantía de la indemnización fuera de tal calibre que supusiera una eliminación *fáctica* de la posibilidad de revocación, VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 95.

privilegio. Si tal es el caso, no debería haber obstáculos insalvables a admitir que los demás socios sólo podrán destituir al administrador que ejerce su cargo en virtud de una prestación accesorial *por justa causa* y el socio – administrador no podría dimitir libremente ya que estaría incumpliendo con la prestación accesorial⁷⁰. Recuérdese, en efecto, que existen supuestos en los que el mantenimiento de una persona como administrador constituye un motivo fundamental por el que se constituye la sociedad. Piénsese en los casos de asociación entre un financiador y un emprendedor para el desarrollo de una idea empresarial de éste último.

Lógicamente, en caso de transmisión, la autorización de la sociedad se otorgará solo si la sociedad considera que el adquirente puede desempeñar las funciones de administración a satisfacción de los socios.

14. Se discute si cabe la prestación accesorial de comprometerse a *suscribir un aumento de capital*. La doctrina mayoritaria lo niega sobre la base del carácter *accesorio* de la prestación accesorial: “la aportación, objeto de la obligación esencial del accionista, no puede ser accesorial de otra previa aportación”⁷¹, pero parece un argumento formal puesto que si de lo que se trata es de comprometerse a participar en el *aumento* del capital, el socio obligado *es ya* socio de modo que la aportación, en virtud de la cual es socio, es distinta de la aportación que constituye el objeto del aumento de capital y no puede existir sin la primera, es decir, nadie puede obligarse estatutariamente a participar en un aumento de capital si no es ya socio por lo que el carácter accesorial de esta obligación respecto de la condición de socio se respeta plenamente⁷².

15. Entre las prestaciones consistentes en un *no hacer*, la más característica es la *prohibición de competencia* ya que, como es sabido, no pesa sobre los socios de la sociedad limitada una prohibición en este sentido. Por sí sola, no generará la celebración de un contrato entre el socio y la sociedad

16. También es típica la prestación accesorial consistente en la obligación de avalar deudas de la sociedad. Puede preverse incluso que dicha obligación sea remunerada en forma de un dividendo preferente a favor de los socios obligados a prestar aval⁷³.

⁷⁰ V., HACHENBURG/*ULMER*, *Grosskomm*, § 3, n° 81: “Normalmente, irán unidos el privilegio y la obligación societaria de administrar” y PAZ-ARES, *Curso*, I, p 579 ss., sobre el régimen del administrador designado como tal en el contrato social en las sociedades de personas.

⁷¹ ROJO, *Estudios Menéndez*, II, Madrid 1996, p 2345 nota 16.

⁷² El propio Rojo concede que se puede llegar a la misma conclusión si los socios se obligan, por medio de una prestación accesorial a entregar a la sociedad una cantidad de dinero y, simultáneamente, reconocen a la sociedad el derecho a convertir dichas cantidades que, de acuerdo con lo que se ha expuesto figurarán en las cuentas sociales como crédito a favor de los socios, en capital social” ROJO, *Estudios Menéndez*, II, Madrid 1996, p 2345 nota 16

⁷³ SAP Tarragona 26-II-2003, Ar. Civil 1079/2003, en cuyo caso, la cláusula rezaba «la prestación accesorial tiene carácter retribuido y dicha retribución consistirá en el reparto preferente entre los socios, en proporción al valor nominal de sus participaciones, en el concepto de dividendo privilegiado, de un porcentaje que se detraerá del beneficio neto del ejercicio, que la Junta General determinará para cada ejercicio, que en ningún caso podrá ser superior al 50 por ciento. La cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso del valor

17. En conclusión, puede afirmarse que el régimen de la prestación accesoria vendrá determinado por el tipo contractual que *típicamente* resulta aplicable a un contrato en el que la prestación accesoria fuera la prestación característica del mismo.

4. REMUNERACIÓN

1. Las prestaciones accesorias pueden ser gratuitas o *remuneradas* (art. 23 LSRL). La retribución puede adoptar cualquier forma (entrega de bienes, devolución con intereses, cesión de uso de bienes, compromiso por la sociedad de no hacer competencia al socio, privilegios económicos o políticos en el ejercicio de derechos sociales)⁷⁴.

Una forma de retribución puede consistir en la entrega por la sociedad de un porcentaje de los dividendos que la Junta acuerde repartir en cada ejercicio. Aunque se ha afirmado que se corre el riesgo de que la retribución quede al albur de la mayoría⁷⁵, hay que tener en cuenta que los propios socios mayoritarios se perjudicarían si, para evitar remunerar al socio obligado a las prestaciones accesorias, no repartieran dividendos. Por otro lado, no es probable que asistamos a esta forma de calcular la retribución dada la dependencia que genera para el socio obligado a la prestación (¿por qué habría de aceptar semejante cláusula un socio minoritario que realiza una prestación accesoria a favor de la sociedad y que tiene en frente a un socio mayoritario dispuesto a comportarse oportunistamente reservando año tras años los beneficios para, de esta forma, no remunerar al socio minoritario su prestación accesoria?) Además, si el socio obligado es socio mayoritario, el reproche sería el contrario y, por último, el mismo reproche cabría dirigir a la mera determinación del dividendo repartible, ya que la Ley remite a la mayoría la decisión correspondiente. El control del *ejercicio del derecho* debería ser suficiente⁷⁶.

2. Para entender adecuadamente la cuestión de la remuneración es importante de determinar si la prestación accesoria se pacta *en interés y beneficio exclusivo de la sociedad* o en interés y beneficio de ambas partes (socio y sociedad). De acuerdo con lo que se ha expuesto más arriba, la cuestión habrá de decidirse atendiendo a la voluntad de las partes (expresa o presumible). A falta de pacto al respecto, cabe indicar que si la prestación no es retribuida, puede considerarse impuesta en beneficio exclusivo de la sociedad. Así ocurre en el caso de las aportaciones suplementarias de dinero. Pero si la prestación es remunerada, la voluntad hipotética de las partes conduciría a

que corresponda a la prestación, a cuyo fin, la Junta General, mediante régimen de mayoría, establecerá el porcentaje aludido, dentro del límite antes mencionado, el dividendo aludido en este artículo podrá ser pagado a cuenta y, e consecuencia, deberá cumplir los siguiente requisitos...»).

⁷⁴ Sería válida la remuneración consistente en privilegios en materia de voto o de la cuota de liquidación, RECALDE, Comentario art. 23 p 276; más detalles sobre la discusión en PEÑAS, Prestaciones, p 156.

⁷⁵ RECALDE, Comentario art. 23 p 276 citando la opinión de López Sánchez.

⁷⁶ Así, la doctrina mayoritaria, v., RECALDE, Comentario art. 23 p 276 con más indicaciones.

afirmar que su imposición se realiza en interés de ambas partes. Es más, a menudo, la razón fundamental que lleva a alguien a incorporarse como socio a esa sociedad es precisamente la realización de la prestación accesorias. El caso prototípico es el de la obligación de administrar o establecer una relación laboral con la sociedad. Un socio minoritario puede garantizarse el puesto de trabajo en la empresa social incluyendo una previsión al respecto en los estatutos sociales en forma de prestación accesorias. Es obvio que, en tales casos, el socio tendrá la protección que le brinde el contrato celebrado con la sociedad (la legislación laboral) pero la cuestión es si, además, tiene a su disposición las reglas societarias. Si, por el contrario, se considera que la prestación accesorias se pacta en exclusivo interés de la sociedad, ésta sería libre de exigirla o no y, por tanto de celebrar el contrato de trabajo o de nombrar administrador al socio obligado. Por último, habla en este sentido el hecho de que el art. 25.1 LSRL exija el *consentimiento individual de los obligados* para que pueda modificarse o extinguirse anticipadamente una obligación de realizar una prestación accesorias. Tal consentimiento no se entiende para el caso de extinción anticipada si la obligación se pacta en beneficio exclusivo de la sociedad.

3. La retribución ha de recogerse en los estatutos pero puede recogerse de forma que sea *determinable*. Se discuten los límites a la determinabilidad trasladándose aquí la discusión que ha tenido lugar en relación con la remisión al arbitrio de una de las partes de un contrato para fijar extremos de la relación. La doctrina más ortodoxa impone que sean los estatutos los que fijen los criterios con arreglo a los cuales se determinará la retribución de la prestación accesorias concluyendo que "no podrá delegarse la determinación ni al socio que realiza la prestación ni a los órganos de la sociedad"⁷⁷. A nuestro juicio, se impone una flexibilización de la prohibición del arbitrio de parte en el sentido propuesto por un sector de la doctrina y que debe concluir en que es suficiente con que los estatutos sociales se remitan a la retribución usual atribuyendo a la mayoría la concreción de la retribución, concreción que deberá realizar en equidad (*arbitrium boni viri*) de manera que el socio podrá impugnar la cuantía de la retribución cuando ésta resulte inequitativa. Esto es mucho más habitual de lo que parece. La mayoría de los servicios profesionales se prestan sin previo acuerdo entre el cliente y el profesional sobre el precio en la confianza, por parte del primero, de que éste será el usual, sin que nadie haya discutido la existencia y validez del contrato correspondiente.

4. Normalmente, el notario y el registrador impedirán el acceso al registro de cláusulas estatutarias que no aclaren la cuestión de la gratuidad u onerosidad de la prestación accesorias⁷⁸ pero a falta de indicación expresa en los estatutos, la mayoría de la doctrina española considera que ha de entenderse que las prestaciones accesorias son gratuitas⁷⁹. Otros autores han concluido que, a falta de establecimiento de la compensación, la prestación accesorias

⁷⁷ RECALDE, *Comentarios art. 23*, p 274.

⁷⁸ V., art. 9 I) LSA y 127 RRM.

⁷⁹ V., las indicaciones en RECALDE, *Comentarios art. 23*, p 274.

deba considerarse ineficaz⁸⁰. Con mejor criterio, algunos autores señalan que el tenor literal del artículo 23 LSRL no es un argumento definitivo y que habrá que estar a los términos en los que se haya recogido la prestación accesorias en los estatutos de forma que "el establecimiento de desigualdades entre los socios (en el supuesto en que sólo algunos de ellos estén sometidos a la obligación de realizar las citadas prestaciones) o el compromiso derivado de las prestaciones accesorias de ejecutar contratos que son típicamente onerosos (compraventa, arrendamiento, suministro, préstamo, licencia de derechos de propiedad industrial)" conducirían a afirmar el carácter remunerado⁸¹.

A nuestro juicio, esta sensata solución responde bien a las características peculiares de las prestaciones accesorias que un socio realiza a favor de la sociedad *en virtud de un contrato con ésta* por oposición a las prestaciones que podríamos llamar *unilaterales* porque su articulación es la de un contrato en el que no hay prestaciones recíprocas. Esta distinción es fundamental. Si un socio se obliga a *vender* a la sociedad determinados productos no es lo mismo que si se obliga a *entregar* a la sociedad determinadas cantidades de dinero. Si un socio se obliga a prestar sus servicios como trabajador en el marco de una relación laboral no se obliga a trabajar gratis para la sociedad. Por el contrario, si un socio se obliga a no hacer competencia a la sociedad o a realizar aportaciones suplementarias, la interpretación más razonable lleva a considerar que tales prestaciones no son remuneradas. Por el contrario, y como adelantamos en su momento, cabe presumir la gratuidad para las *aportaciones suplementarias*. Nuestro Derecho presume la gratuidad del préstamo (art. 314 C de c) de forma que es razonable considerar que si los socios no han dicho nada, desean que la sociedad les devuelva la aportación suplementaria pero no que pague intereses por el uso de ese capital.

Que la prestación accesorias no sea remunerada no significa que estemos ante un negocio gratuito. Hay que entender, por el contrario, que la causa de dicha atribución patrimonial de los socios a la sociedad es onerosa porque se encuentra en el propio contrato de sociedad⁸²

5. La Ley de Sociedades Anónimas no pone límites a la retribución de las prestaciones accesorias, lo que puede interpretarse en el sentido de la máxima libertad de la sociedad para fijar y abonar la retribución correspondiente. Incluso, se afirma que el socio tendría derecho a exigir la retribución pactada aunque la consecuencia fuera la obligación de la sociedad de reducir el capital porque el patrimonio de la sociedad, tras la retribución no alcanzase a cubrir la cifra del capital⁸³. Sin embargo, inmediatamente, se afirma que cualquier retribución excesiva respecto al precio de mercado de la prestación accesorias habría de ser considerada como dividendos encubiertos y se justificaría la obligación de su devolución a la sociedad⁸⁴. No vemos por qué. Si se ha

⁸⁰ Así, PEÑAS, *Prestaciones*, p 264.

⁸¹ RECALDE, *Comentarios* art. 23, p 275 siguiendo a HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3 n° 83

⁸² HACHENBURG/ULMER, *Grosskomm*, § 3 n° 84.

⁸³ PEÑAS, *Prestaciones*, p 266.

⁸⁴ PEÑAS, *Prestaciones*, p 266-267. Esta autora, , afirma que "*toda retribución superior (a la contraprestación adecuada) quedará prohibida a semejanza de la devolución de aportaciones*".

pactado la remuneración entre el socio y la sociedad, *no está justificado un control de la justicia del precio* por parte de los jueces. Otra cosa sería si la remuneración la determinaran los administradores. Pero, fuera de ese caso, la remuneración pactada está protegida por el *pacta sunt servanda*. Naturalmente, si corresponde a la Junta de accionistas la determinación exacta, será un problema de garantía de la igualdad de trato de los socios y de considerar si la remuneración atribuida por la Junta no supone un acuerdo contrario al interés social (en la medida en que supone una remuneración excesiva) en beneficio de algunos socios.

6. En la sociedad limitada, el legislador ha prohibido expresamente el pacto por el que se prevea una retribución de las prestaciones accesorias superior al *"valor que corresponda a la prestación"* (art. 23 LSRL *in fine*). En realidad, una remuneración por encima del valor de la prestación del socio habría de entenderse como un supuesto de *atribución encubierta de beneficios*, que plantea el problema de la *igualdad de trato*⁸⁵. De ahí que pueda entenderse la norma como un límite al poder de la mayoría impidiéndole así favorecer a un determinado socio abonándole una contraprestación desproporcionada con cargo al patrimonio social cuando la cuantía concreta de la prestación no ha sido establecida expresamente en los estatutos. Si, por el contrario, la remuneración ha sido fijada de modo preciso en los estatutos con el consentimiento de todos los socios, no se ve qué interés habría de proteger una prohibición como la del art. 23 LSRL *in fine* (*volenti non fit iniuria*). Cuando la remuneración prometida por la sociedad no tenga carácter patrimonial (privilegios de voto, por ejemplo), lógicamente, no procede aplicar este límite⁸⁶.

7. Algunos autores han entendido la norma del art. 23 LSRL *in fine* como una norma de protección del capital social. No parece razonable hacerlo así porque, si así fuera, el límite a la retribución sólo debería jugar cuando el pago al socio ponga en peligro la conservación del capital social⁸⁷, es decir, considerarla como una prohibición a la sociedad de abonar dicha remuneración cuando dicho abono ponga en peligro la cobertura de la cifra de capital social. De hecho, el art. 24.2 del Anteproyecto de Ley de sociedades limitadas preveía expresamente que "los socios no tendrán derecho a la retribución de las prestaciones accesorias si el valor del patrimonio neto contable fuese o, como

Y luego, de forma incomprensible, en p 268 afirma que *"ni un acuerdo de todos los socios, o lo que es lo mismo de la sociedad (sic), podrá establecer de forma aislada la cantidad o porcentaje a que se tenga derecho como retribución"*.

⁸⁵ B. BAGO ORIA, Los dividendos encubiertos. Atribuciones irregulares a los socios en las sociedades de capital, Tesis Doctoral, UAM, 2004.

⁸⁶ No tiene ningún sentido "imaginar" supuestos de prestaciones que, teniendo carácter patrimonial, no sean susceptibles de valoración económica a efectos de aplicar el art. 23 LSRL. Que no haya un mercado líquido que ofrezca un precio bien definido para una prestación no quiere decir que la prestación no sea valorable. No entendemos, pues, las disquisiciones de VIÑUELAS, Prestaciones, pp 234 ss.,

⁸⁷ V., en el sentido aquí criticado, con más indicaciones, LOPEZ SÁNCHEZ, Configuración, p 855; VIÑUELAS, Prestaciones, p 221 ss., que aunque dice que sólo puede retribuirse la prestación accesoria con cargo a beneficios, entiende por beneficios cualquier exceso patrimonial sobre la cifra de capital.

consecuencia del pago, pasase a ser inferior al capital social”⁸⁸. Este párrafo se suprimió, precisamente porque los parlamentarios no querían tomar una decisión acerca de las consecuencias contables. Y la decisión debe considerarse acertada. Sería absurdo que el socio que trabaja para la sociedad en virtud de una prestación accesorias no tuviese derecho a cobrar su salario porque el pago del mismo dejase el patrimonio social por debajo de la cifra de capital. Lo que procede es la aplicación de las consecuencias legales para tal situación (reducción o aumento del capital, disolución etc).

8. La doctrina ha valorado, no obstante, positivamente la regulación del artículo 23 LSRLE, como una solución más ajustada a los intereses en juego que la previgente del art. 10 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953. Esta norma establecía que la remuneración de las prestaciones accesorias habría de hacerse con cargo a beneficios, lo que fue criticado señalando que se confundían las prestaciones accesorias con las aportaciones de capital. El sentido de la norma era evitar que, a través de la remuneración de las prestaciones accesorias se vulneraran las normas de garantía del capital y que se estuviera restituyendo aportaciones a los socios de forma encubierta. Pero – se dice – para evitar tal cosa basta con limitar la remuneración al valor real de la prestación del socio porque, en tal caso, “si la compensación de las prestaciones accesorias no excede el valor real de las mismas no puede decirse que su pago afecte al patrimonio acotado por el capital en garantía de los acreedores ni que vaya en detrimento del mismo, ya que el patrimonio quedará equilibrado (o incluso aumentado) al incorporar el objeto de la prestación accesorias”⁸⁹. A nuestro juicio, el argumento es insuficiente porque la prestación accesorias no tiene que consistir, necesariamente, en un activo que pueda llevarse al balance. Normalmente, cuando se trate de prestaciones de hacer, la remuneración del socio será un gasto para la sociedad y pondrá en peligro la cobertura de la cifra de capital o no con independencia de que su cuantía se corresponda con el “valor real”⁹⁰.

⁸⁸ V., OLIVENCIA, Prestaciones, p 260.

⁸⁹ RECALDE, Comentarios art. 23 p 277 y p 278 quien señala que esta es la regla en el Derecho comparado pero luego aclara que es la regla para la sociedad anónima (en Alemania y Portugal) pero nada dice la legislación para la sociedad limitada, por lo que el Derecho español sería en este punto especial aunque afirma que la doctrina alemana de la sociedad limitada llega a idéntica conclusión. V., también, PEÑAS, Prestaciones, p 168: si la sociedad no posee recursos libres para remunerar una prestación consistente en realizar trabajo subordinado, “habrá de reducir el capital o... liberar al socio de realizar la prestación”.

⁹⁰ Todas estas observaciones no son tenidas en cuenta por VIÑUELAS, Prestaciones, pp 221 ss., donde propone entender que la retribución del socio obligado a la prestación accesorias sólo puede hacerse con cargo a beneficios, a pesar del cambio legal expreso producido entre la ley de 1953 y la ley de 1995. La tesis de esta autora es altamente improbable y, desde luego, su poder de convicción no se refuerza con afirmaciones vacías de contenido como la que reza “la prestación accesorias no puede configurarse como una institución ajena e independiente a la sociedad, a sus circunstancias económicas y capaz, incluso de causarla (sic) perjuicios, so pena de desnaturalizar su carácter social”. No vemos qué tiene que ver esto con que se pueda retribuir con cantidades fijas la prestación accesorias. Pero, sobre todo, no entendemos cómo puede sostenerse una tesis que es derechamente contraria al tenor literal de la norma del art. 23 LSRL al mismo tiempo que se reconoce que el límite que propugna no fue incluido en el texto definitivo lo que contesta señalando que “en este cambio de última hora fueron decisivas las críticas de la parte de la doctrina cuyas tesis cuestionamos”.

9. Si la sociedad incumple la obligación de remunerar la prestación accesorio, el socio se convierte en un *acreedor* de la sociedad que tiene a su disposición las acciones de cualquier acreedor en función del tipo de contrato que articule la prestación accesorio. En general, podrá exigir el cumplimiento específico por parte de la sociedad y la indemnización de los daños y perjuicios; podrá negarse a cumplir él mismo y resolver⁹¹. Se discute si el socio puede *separarse de la sociedad* en el caso de que la sociedad incumpla. Es obvio que puede incluirse este supuesto como causa estatutaria de separación (art. 96 LSRL) pero, según la doctrina mayoritaria, no podría hacerlo si los estatutos no dicen nada porque el artículo 95 f LSRL se refiere específicamente a la creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias como causa legal de separación pero no se refiere al incumplimiento por la sociedad de la obligación de retribuirla⁹². Nosotros seríamos más flexibles sobre la base de una interpretación amplia del tenor literal del art. 95 f) LSRL. Si el socio resuelve o denuncia el contrato sobre la base del cual realiza la prestación accesorio por incumplimiento de la sociedad, se habrá producido una extinción de la obligación no natural (ya que la resolución extingue las obligaciones del contrato) y, por tanto, se habría producido el supuesto de hecho del art. 95 f) LSRL⁹³.

10. Por último, debe tenerse en cuenta que el socio, como acreedor de la remuneración de la prestación accesorio, sigue siendo socio y, por tanto, vinculado por los deberes de lealtad lo que puede justificar una modulación del ejercicio de sus derechos como acreedor insatisfecho.

5. RÉGIMEN SOCIETARIO

1. El *régimen societario* de las prestaciones accesorias está regulado en los artículos 22 ss LSRL. Las prestaciones y su régimen jurídico han de recogerse en los estatutos en la forma en que los socios consideren más conveniente. La ley exige que se haga constar "su contenido, su carácter gratuito o retribuido, las acciones que lleven aparejada la obligación de

⁹¹ RECALDE, Comentarios art. 23, pp 278-279.

⁹² Así, RECALDE, Comentarios art. 23 p 279; VIÑUELAS, Prestaciones, p 285 con más indicaciones.

⁹³ Viñuelas parece considerar que el socio no tiene derecho a resolver el contrato que articula la realización de las prestaciones accesorias a pesar del incumplimiento de la sociedad ni a dejar de prestar en tanto no ofrezca cumplir la propia sociedad, es decir, deja inerte al socio frente al incumplimiento social (a pesar de sus protestas en contrario en VIÑUELAS, Participaciones p 291, la autora sólo ofrece al socio que pacte las consecuencias del incumplimiento en los estatutos sociales pero no nos dice nada para el caso de que nada se haya pactado). Afirma que "sería aconsejable" conceder al socio tal derecho como "último recurso o solución ante la manifiesta voluntad de la sociedad de no cumplir, la imposibilidad o dificultad del socio de desprenderse de sus participaciones... y la ausencia de otra salida pactada en los estatutos", VIÑUELAS, Participaciones, p 289 ss. Resulta difícil admitir la injusticia que supone obligar al socio a seguir prestando cuando la sociedad no quiere o no puede cumplir. Comportamientos heroicos no se exigen por el Derecho a nadie (ni siquiera sobre la base de la buena fe o el deber de lealtad) y mucho menos a quienes están vinculados por relaciones de carácter patrimonial.

realizarlas, así como las eventuales cláusulas penales inherentes a su incumplimiento” y la forma de su retribución (art. 22 LSRL; art. 9 I LSA; art. 127 RRM)⁹⁴, lo que deja poco margen para una regulación extraestatutaria⁹⁵, aunque la doctrina considera que basta con que se recojan en los estatutos los elementos esenciales de las mismas, esto es, su contenido y retribución⁹⁶, lo que tiene sentido si se acepta que su régimen jurídico vendrá determinado por el tipo de contrato con el que la prestación se corresponda según venimos sosteniendo. Pueden condicionarse⁹⁷. Habrá que aclarar, en el momento de la entrega a la sociedad, el *título* por el que se hace la entrega.

2. La exigencia de su inclusión en los Estatutos tiene el sentido de poner de manifiesto que la prestación accesorias es el resultado de un “contrato” entre el socio y la sociedad (los demás socios *uti universi*) como lo demuestra, sobre todo, el art. 25. 1 LSRL al exigir, para su “*creación, modificación y... extinción anticipada*”, por un lado, el consentimiento de la sociedad – no de los socios – en forma de acuerdo mayoritario y modificación estatutaria y, por otro, el consentimiento del socio *obligado* por la prestación accesorias. Hemos señalado igualmente que los acuerdos entre la sociedad y alguno de los socios al margen de los estatutos no pueden calificarse como prestaciones accesorias pero, de forma semejante a lo que ocurre con los pactos parasociales, requiere un análisis cuidadoso la cuestión de su oponibilidad a la sociedad. Así, por ejemplo, los tribunales han entendido que el hecho de que las prestaciones accesorias no se incluyan directamente en los estatutos sociales sino en un “reglamento interno” de funcionamiento de la sociedad no evita la necesidad del consentimiento de los socios afectados para su validez (SAP Tarragona 23-X-2000, *Westlaw JUR* 44544/2001) lo que es correcto con independencia de que califiquemos a dicho reglamento como pactos parasociales o a las obligaciones asumidas en él por los socios como prestaciones accesorias ya que todos los socios son “obligados” en el sentido del art. 25.1 LSRL. Pero si el pacto parasocial modifica las obligaciones impuestas sólo a alguno de los socios, la

⁹⁴ La única diferencia sustancial entre ambas normas se refiere a que, mientras en la sociedad anónima, la obligación ha de ir *vinculada* a una determinada acción, en la sociedad limitada, se puede vincular la obligación a un socio concreto. Esta diferencia se justifica por el carácter de título valor de la acción, carácter que no ostenta la participación en una SL y carácter que implica que la obligación en que consista la prestación accesorias *se incorpora* al título-valor de la acción, incorporación que no se produce en relación con la participación. “*Este es un dato de especial importancia, en la medida en que pone de relieve que la obligación... no tiene carácter personalísimo y que su transmisibilidad ha de tener lugar precisamente con la transferencia de las acciones a que se conectan... si coexisten con otras acciones que no incorporan las aludidas obligaciones, constituyen una clase o categoría especial*” LÓPEZ SÁNCHEZ, *Configuración*, p 846.

⁹⁵ RECALDE, *Comentario art. 22*, p 267, citando a Barba de Vega.

⁹⁶ V., con más indicaciones, VIÑUELAS, *Prestaciones*, p 57; PEÑAS, *Prestaciones*, p 204, 207 ss, quien llega a una conclusión escasamente clara ya que no concreta qué extremos son imprescindibles y cuáles no (“*el propio significado de las prestaciones accesorias... reclama la mayor concreción posible... aconseja... un especial cuidado en la delimitación*”). La referencia de esta autora a la Sentencia del BGH de 17-X-1988 no aclara tampoco la cuestión ya que no nos indica qué extremos del régimen de la prestación accesorias no estaban regulados en los estatutos, en el caso alemán, y qué extremos se pretendían regular por medio de un acuerdo de la Junta.

⁹⁷ RECALDE, *Comentario art. 22* p 268.

calificación como prestaciones accesorias es relevante porque, en tal caso, sólo se requeriría el consentimiento de los socios obligados, no de los demás (bastaría el voto favorable de la mayoría de ellos), mientras que si se califica el acuerdo como un pacto parasocial, en la medida en que es un contrato, se requeriría el consentimiento de todos los socios que lo hubieran celebrado para su modificación. Las prestaciones pueden imponerse personalmente a socios concretos o “incorporarse” a participaciones determinadas. En este segundo caso, obligado a realizar la prestación estará el que sea titular de la participación en cada momento.

3. Plantea problemas especiales la *duración*. En el Anteproyecto de ley se preveía que en los estatutos se hiciera referencia a la duración de la prestación accesoria, lo que fue eliminado. La doctrina considera que, si no se establece una duración determinada, el límite de duración vendría dado por el tiempo de duración de la sociedad o por el de la permanencia del socio en la sociedad⁹⁸ pero parece que la cuestión deberá decidirse de acuerdo con las reglas del contrato al que pertenezca la prestación accesoria como prestación característica.

4. Dentro de los límites legales descritos hasta aquí, los estatutos sociales pueden regularlas como deseen teniendo en cuenta que constituyen *posiciones individuales* (producto del acuerdo sinalagmático entre la sociedad y el socio) por lo que será necesario el consentimiento del socio afectado por su creación, modificación o extinción (art. 25.1 LSRL) y, para la transmisión de las participaciones que lleven aparejadas las prestaciones accesorias, el consentimiento de la sociedad expresado por la Junta General (art. 65 LSA, 24 LSRL), consentimiento que puede denegar en función del juicio que realice acerca de la idoneidad del nuevo socio para cumplir con dicha prestación⁹⁹. Si las prestaciones accesorias se vinculan a la persona del socio – y no a las participaciones sociales –, la muerte del socio extingue las prestaciones accesorias que no se transmiten, pues, al adquirente *mortis causa* de dichas participaciones (STS 15-IV-1997, Ar. 884). El consentimiento del socio puede exteriorizarse, de acuerdo con las reglas generales, en cualquier forma.

5. Como se ha expuesto, el incumplimiento (imputable) por parte del socio de su obligación de realizar la prestación accesoria a favor de la sociedad legitima a la mayoría social para excluir al socio. Se aplican a este acuerdo las reglas generales sobre la exclusión¹⁰⁰. Naturalmente, la sociedad dispondrá de cualesquiera otras acciones contra el socio incumplidor que le correspondan de acuerdo con las reglas generales aplicables al incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas (art. 1124 CC v., art. 127 RRM) de modo que podrá optar por no excluir al socio y exigir el cumplimiento de la prestación – cuando no se trate de una obligación de hacer personalísima – o el cumplimiento por equivalente así

⁹⁸ RECALDE, *Comentario art. 22*, p 268.

⁹⁹ La norma se justificaría como una forma de evitar que a la sociedad le cambien a su deudor sin su consentimiento, LÓPEZ SÁNCHEZ, *Configuración*, p 858 con más indicaciones.

¹⁰⁰ V., J. ALFARO, “Exclusión de socios” en C. PAZ-ARES (dir) *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid 1997 pp 885-930.

como la indemnización de los daños y perjuicios y el abono de las cláusulas penales que se hubieran pactado.

6. TRANSMISIÓN

1. El régimen de la transmisión de las acciones o participaciones sobre las que pesan prestaciones accesorias es bastante complicado por la necesidad de combinar las restricciones legales o estatutarias a la transmisibilidad de las participaciones o acciones en general con las específicamente previstas en la ley para la transmisión de acciones o participaciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias. Se trata de una auténtica transmisión de un derecho de participación y no de un doble contrato¹⁰¹.

2. El régimen legal es el siguiente. Según el artículo 24 LSRL es necesaria la autorización de la sociedad para transmitir participaciones sociales que pertenezcan a un socio obligado personalmente a realizar prestaciones accesorias, autorización que corresponde otorgar a la Junta General (art. 24.2 LSRL) salvo que los estatutos dispongan otra cosa (es decir, atribuyan la competencia a los administradores o a un socio concreto) De modo semejante, el art. 65 LSA exige autorización de la sociedad para la transmisión de acciones que lleven aparejadas prestaciones accesorias aunque la regla general sea – legal o estatutariamente – la libre transmisibilidad¹⁰².

3. La autorización de la sociedad limitada es necesaria tanto en el caso de que se transmitan participaciones de un socio designado personalmente en los estatutos como obligado a realizar las prestaciones como en el caso de que las prestaciones accesorias estén “incorporadas” a participaciones sociales concretas lo que significa que la obligación *sigue* a la titularidad de las participaciones sociales. Dado el carácter accesorio de la prestación, no cabe una transmisión separada respecto de la acción o participación. La separación entre acciones o participaciones y prestaciones accesorias puede lograrse, no obstante, haciendo que la prestación accesorias sea asumida por otro socio o ligada a otras acciones o participaciones aunque no estariamos ante una

¹⁰¹ Sobre ambos medios de articular el cambio de socios v., C. PAZ-ARES, en A. MENÉNDEZ (dir), Curso de Derecho Mercantil, I, Madrid 1999, pp 645 ss. Si hay transmisión, hay sucesión y el socio entrante pasa a ocupar la posición del anterior con todas sus peculiaridades (v.g., una participación en los resultados no proporcional a la aportación, etc.). En relación con las obligaciones personalísimas, entre las que se encontrarían las prestaciones accesorias infungibles, hay que entender que si la sociedad autoriza la transmisión sin decir nada al respecto, se extinguen, por lo que sería necesaria la reforma estatutaria y si se deniega la autorización para la transmisión propuesta, la prohibición de vinculaciones perpetuas llevaría a reconocer al socio afectado un derecho de separación, PERDICES, Cláusulas restrictivas, p 99.

¹⁰² La ley de limitadas de 1953 no contenía regulación alguna de la transmisión de las participaciones sociales cuando existían prestaciones accesorias. Aunque parecía razonable considerar necesario el consentimiento de la sociedad como acreedora de la prestación accesorias, la doctrina mayoritaria entendía que se aplicaba el régimen general de transmisión de participaciones¹⁰². A esta cuestión se añadía la de determinar qué régimen debía aplicarse a las transmisiones parciales o a las transmisiones a favor de varias personas. El artículo 65 LSA recoge la misma regla que el artículo 24 LSRL pero aclara su carácter dispositivo.

transmisión y más bien, ante un doble contrato de forma semejante al cambio de socios en las sociedades de personas¹⁰³. Lo que no puede lograrse obviamente, - porque no serían ya prestaciones accesorias – es su “transmisión” separada a un tercero no socio.

4. En el caso de que la prestación accesorias esté *vinculada a acciones o participaciones determinadas*¹⁰⁴ el adquirente de las participaciones queda obligado a realizar la prestación accesorias asociada a la participación y el socio transmitente, liberado de la misma (total o parcialmente). Problemas de cierta complejidad se plantean cuando el objeto de la obligación no está definido por referencia a *cada participación o acción* (p.ej., obligación de entregar una cantidad de dinero a la sociedad proporcional a lo que la acción o participación represente del capital social) sino por referencia *al socio*¹⁰⁵. A nuestro juicio, y a falta de regulación estatutaria, habrá que entender que la voluntad de las partes es vincular la obligación *al socio titular de las mismas* de forma que las prestaciones accesorias forman parte de la condición de socio, por lo que se entienden transmitidas cuando se transmite la condición de socio¹⁰⁶. Si la transmisión es sólo parcial y el transmitente sigue siendo socio, no quedará liberado de la obligación de realizar la prestación accesorias. En tal caso, no se requerirá la autorización social (salvo que sea necesaria ex art. 29.2 b LSRL) por cuanto que el socio transmitente permanece en la sociedad y su obligación de realizar las prestaciones accesorias no se ha visto modificada en absoluto con lo que el interés de la sociedad no se ve afectado¹⁰⁷. Obviamente, la sociedad puede renunciar a la autorización estableciéndolo así en los Estatutos (v., art. 65 LSA)¹⁰⁸. No obstante, el socio transmitente puede quedar liberado parcialmente en función del tipo de prestación accesorias y de si el número de participaciones ostentada fuera relevante para determinar la envergadura de la prestación accesorias¹⁰⁹.

Todo esto está a disposición de las partes de forma que cabe el pacto entre transmitente, adquirente y la sociedad al respecto aunque la doctrina

¹⁰³ *Contra*, aunque reconoce la utilidad de la “transmisión”, PEÑAS, Prestaciones, p 286.

¹⁰⁴ V., para lo que sigue, RECALDE, *Comentarios art. 24* p 287.

¹⁰⁵ Peñas aconseja que se regule la cuestión expresamente en los estatutos pero no propone una solución para el caso de que los estatutos no digan nada. V., Prestaciones, p 288 ss.,

¹⁰⁶ RECALDE, *Comentarios art. 24*, p 288

¹⁰⁷ RECALDE, *Comentario art. 24*, p 282; más detalladamente, PERDICES, Cláusulas restrictivas, pp 96-97. Este autor matiza, para el caso de transmisión parcial que “si el volumen de interés en la sociedad que se pretende transmitir es alto, de modo que el socio que queda obligado tenga poco interés residual y la sanción de expulsión le sea poco relevante, la sociedad podrá justificadamente denegar su autorización a la transmisión si el adquirente que de hecho viene a ocupar la posición del anterior no asume esa prestación accesorias y libera de la misma al transmitente”. Parece, sin embargo, que el problema será en su caso de fraude porque, en principio, la sociedad dispone de más remedios que la expulsión del socio (parcialmente) transmitente para obligarle a cumplir.

¹⁰⁸ PERDICES, *Tratando*, p 530; RECALDE, Art. 65, p 635 considera que no cabe, en la sociedad anónima que “las prestaciones accesorias se imponga a los socios nominatim”

¹⁰⁹ Por ejemplo, si el socio ABA ha de entregar a la sociedad una cantidad de dinero trimestralmente y dicha cantidad se ha calculado sobre la base de que ABA ostentaba el 20 % del capital, la transmisión de la mitad de sus participaciones podría conducir a la conclusión – en vía interpretativa – de que, a partir de entonces sólo deberá entregar a la sociedad la mitad de la cantidad original correspondiendo al adquirente el pago de la otra mitad.

entiende necesaria una modificación de los estatutos, ya que el art. 22 exige que se indique el sujeto obligado a la prestación, sujeto que cambia como consecuencia de la transmisión en el caso que estamos examinando en el que se designa *nominatim* al socio obligado por la prestación accesorias¹¹⁰.

5. La cuestión más difícil es la de determinar si la sociedad es libre para autorizar o no la transmisión o sólo puede negar su autorización por causas justificadas y establecidas en los estatutos sociales¹¹¹. En el caso de las *sociedades anónimas*, el problema estriba en que, según el art. 65 LSA, la autorización para transmitir acciones con prestaciones accesorias requiere la autorización de la sociedad “en la forma establecida en el artículo 63” y, en dicho precepto, se declaran nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible las acciones (art. 63.2 LSA) y se exige que se mencionen en los estatutos las causas que permitan denegar la autorización de la sociedad cuando la transmisión se haya sometido a dicha autorización (art. 63.3 LSA)¹¹², de manera que la doctrina mayoritaria entiende que, también para la autorización para la transmisión de acciones con prestaciones accesorias, la sociedad viene obligada a mencionar las causas que permiten denegar tal autorización¹¹³. Con mejor criterio, se ha sostenido que la remisión al artículo 63 no lo es a la mención de las causas de denegación porque puede suceder que la sociedad no haya mencionado causas de denegación de la autorización lo que ocurrirá cuando no haya previsto limitaciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones o de las participaciones en general, en cuyo caso, la doctrina mayoritaria conduciría al absurdo de que el artículo 65 no se aplicaría (es decir, las acciones con prestaciones accesorias serían libremente

¹¹⁰ Esta modificación estatutaria podría estar sometida a tres regímenes diversos. En primer lugar, considerar que son aplicables las normas generales sobre modificación de estatutos de los arts 71 ss. LSRL; en segundo lugar, considerar suficiente la autorización de la sociedad tal como dispone el art. 24 LSRL y, por último, que, como la transmisión trae consigo la liberación del socio transmitente y, por tanto, una extinción de su obligación, considerar que es de aplicación lo previsto en los arts. 25 y 95 f) RECALDE, *Comentario art. 24*, p 288. A nuestro juicio, debería considerarse suficiente la autorización de la sociedad y entender que la misma permite a los administradores proceder a la modificación estatutaria para sustituir al socio transmitente por el adquirente en su designación como obligado a realizar las prestaciones accesorias. Parece que la regla del art. 24 LSRL es *lex specialis* en relación con los artículos 25 y 95 f) que se refieren al supuesto en el que *alguien continúa siendo socio* pero se ve liberado de su obligación de realizar las prestaciones accesorias.

¹¹¹ En principio, el requisito de la autorización debe exigirse tanto en las transmisiones a terceros extraños a la sociedad anónima como en el caso de transmisiones entre socios, así, PEÑAS, *Prestaciones*, p 293.

¹¹² No hemos logrado comprender la posición de la profesora Peñas (*Prestaciones*, pp 289-290). Según esta autora, si la “obligación se configura como infungible... sólo el accionista especialmente obligado estará en condiciones de desarrollar un comportamiento que satisfaga el interés de la sociedad... la transmisión de las acciones... motivaría, lógicamente, la insatisfacción de la sociedad. Para evitarlo, la sociedad tratará de impedir la transmisión *pero no a través de la denegación de su consentimiento*” (No entendemos por qué no puede denegar la sociedad su consentimiento para la transmisión salvo que la autora considere que tal denegación equivaldría a hacer prácticamente intransmisibles las acciones correspondientes).

¹¹³ Así, PEÑAS, *Prestaciones*, pp 299 ss; M. A. LOPEZ SANCHEZ, “La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima” en AA.VV. *Derecho de sociedades anónimas*, I, La Fundación, Madrid 1991, p 835 ss;

transmisibles) o habría que considerar nulas las prestaciones accesorias establecidas. De forma que, a falta de mayores precisiones estatutarias, el artículo 65 LSA debe interpretarse en el sentido de que no es imprescindible hacer constar en los estatutos las causas que permitirán a la sociedad denegar la autorización y ésta podrá impugnarse cuando sea abusiva de modo que la remisión al art. 63 LSA deberá entenderse al procedimiento que dicho precepto recoge¹¹⁴.

La autorización corresponde a los administradores sociales salvo disposición contraria en los estatutos (art. 63.3 LSA) por lo que cabría la atribución de la potestad a la Junta, o a un socio o incluso a un tercero. El art. 123.2 RRM prohíbe, con carácter general, que la concesión o denegación de la autorización corresponda, de acuerdo con los estatutos, a un tercero. Esta previsión reglamentaria ha sido muy criticada con razón y es, probablemente, ilegal¹¹⁵. Tampoco parece que haya límites a la libertad estatutaria en esta materia. Por tanto, los socios podrán establecer cualquier otra restricción distinta de la autorización, podrán declarar libremente transmisibles (de acuerdo con su carácter de acciones nominativas) estas acciones o podrán someter su transmisión a idénticas reglas a las que rigen para el resto de las acciones¹¹⁶. La autorización se entiende concedida si en el plazo de dos meses desde que se solicitó la autorización, la sociedad no hubiera contestado. Se aplica igualmente el régimen de las limitaciones estatutarias a la transmisibilidad a la transmisión de acciones con prestaciones accesorias realizadas incumpliendo el requisito de la autorización (nulidad de la transmisión).

6. Respecto de las *sociedades limitadas*, la respuesta que acabamos de dar para la sociedad anónima cuenta con apoyos más sólidos en el sentido de que la libertad de decisión de la sociedad sólo está limitada por la prohibición del abuso de derecho y las exigencias de la buena fe y la igualdad de trato¹¹⁷. A diferencia de lo que establece el artículo 63 LSA, la LSRL no incluye obligación alguna de la sociedad de explicitar las causas que permiten a la sociedad

¹¹⁴ A. PERDICES, Cláusulas restrictivas de la libre transmisibilidad de acciones y participaciones, Madrid 1997, p 91; RECALDE, Comentario art. 65 LSA, p 638, ambos con más indicaciones.

¹¹⁵ V., PERDICES, Cláusulas restrictivas, pp 57 ss quien insiste, especialmente, en la contradicción de valoración que implica la norma en comparación con la legitimidad de la atribución de un derecho de adquisición preferente a un tercero (que encierra una cláusula de autorización). Defiende la norma reglamentaria, PEÑAS, Prestaciones, p 312 ss con una argumentación paternalista e incorrecta "El juicio de valor de la oportunidad... corresponde a la sociedad a través de sus órganos", lo que debería llevar a la autora a negar igualmente que se pudiera atribuir la facultad de autorizar a un socio y, añade, "y si bien es cierto que el tercero actuará normalmente con mayor parcialidad (suponemos que quiere decir, "imparcialidad"), también lo es que puede desconocer los intereses y necesidades de la sociedad, lo que puede aun ser más perjudicial para los sujetos interesados". Naturalmente, si los interesados saben lo que les conviene mejor que el autor del texto reglamentario, no vemos por qué habrían de atribuir tal facultad a un tercero si no consideran que es lo más conveniente para sus intereses.

¹¹⁶ *Contra*, PEÑAS, Prestaciones, p 317 que rechaza, por ejemplo, que los estatutos puedan prever que el consentimiento de la sociedad a la transmisión de acciones con prestaciones accesorias sea discrecional.

¹¹⁷ V., indicaciones en RECALDE, Comentario art. 24, p 283. y nota siguiente; PEÑAS, Prestaciones, pp 169-170; BARBA DE VEGA, Aportaciones, p 163.

denegar la autorización, obligación que existía en los textos prelegislativos y que fue suprimida específicamente en la tramitación de la Ley¹¹⁸.

Así pues, el acuerdo de la Junta (o de los administradores) será impugnable por abusivo. Será abusiva la denegación, de acuerdo con las reglas generales, cuando el daño causado al socio que desea transmitir sea desproporcionado en relación con el beneficio que obtiene la sociedad obligando al socio a seguir vinculado¹¹⁹. Por ejemplo, porque se trate de prestaciones fungibles y el adquirente pueda cumplirlas sin más problemas. La autorización puede ser abusiva cuando sea un instrumento de la mayoría para liberar a un socio de la prestación accesorias. En efecto, existe el riesgo de que, a través de la transmisión autorizada, un socio se libere de la obligación de realizar la prestación accesorias o se produzca un cambio en la persona del deudor de la prestación que perjudique a la sociedad¹²⁰. Se ha discutido en este punto si los socios que hubieran votado en contra de la autorización estarían legitimados para separarse ex art. 95 f) LSRL. La respuesta negativa se funda en que este supuesto no aparece expresamente mencionado en dicho precepto¹²¹ pero, cuando las prestaciones accesorias sean personalísimas, parece evidente que el interés de los socios minoritarios que llevó a imponer las prestaciones accesorias a socios determinados se vería insatisfecho¹²². Tal vez, sea suficiente, sin embargo, con la utilización de la vía de impugnación del acuerdo de autorización. La autorización corresponde a la Junta de socios salvo disposición diferente de los estatutos (art. 24.2 LSRL).

7. Cuando son *varios los adquirentes* hay tres posibilidades: considerar que la obligación de realizar la prestación accesorias recae sobre uno de los adquirentes, o que recae sobre todos mancomunadamente o recae sobre cada uno de ellos, por tanto, solidariamente. Parece que la solución no ha de ser idéntica en todos los casos y que dependerá de la obligación en que consista la prestación accesorias. Por ejemplo, si se trata de realizar aportaciones suplementarias al capital social, parece razonable entender que la cuantía prometida por el socio transmitente se “reparte” entre los adquirentes. Si se trata de una prohibición de competencia a la sociedad, recaerá sobre todos los nuevos socios; si se trata de una obligación no divisible, recaerá mancomunadamente sobre todos etc. En todo caso, “la sociedad podría legítimamente denegar su autorización a la transmisión en tanto el socio no

¹¹⁸ V., A. PERDICES, “Las restricciones a la transmisión de participaciones sociales en la LSRL”, en PAZ-ARES (dir), *Tratando de la sociedad limitada*, Madrid 1997, p 528.

¹¹⁹ RECALDE, *Comentario art. 24*, p 284 quien refiere la opinión mayoritaria en Alemania en el sentido de que si la obligación objeto de la prestación accesorias es fungible, de forma que cualquier tercero podría realizarla, es razonable presumir que la negativa de la sociedad a la transmisión no está amparada por un interés legítimo por lo que procede imponer a la sociedad la carga de argumentar que la transmisión pretendida “constituye un negocio jurídico simulado dirigido exclusivamente a conseguir la liberación del socio” o de cualquier otra forma supone una infracción por el socio transmitente de sus deberes de lealtad.

¹²⁰ Imagínese el supuesto del socio – transmitente que está obligado a prestar sus servicios como cocinero del restaurante y que vende su participación a alguien que es también cocinero pero cuya reputación es muy inferior a la del transmitente.

¹²¹ Así, RECALDE, *Comentarios art. 24* p 289.

¹²² RECALDE, *Comentarios*, p 289 y p 290.

indique cuál de los adquirentes asume la prestación, pudiendo la sociedad... por descontado, valorar si el indicado es idóneo o no para su cumplimiento"¹²³.

8. La obligación de realizar la prestación accesorias se extingue si la sociedad da su consentimiento a la transmisión y al adquirente le resulta objetiva o subjetivamente imposible su consentimiento. En tal caso, el acuerdo de autorización sería impugnabile por contrario a los estatutos sociales salvo que haya de entenderse implícita en la autorización un acuerdo de extinción de la prestación accesorias al que habría prestado su consentimiento – porque ha solicitado la transmisión – el socio obligado¹²⁴.

9. El requisito de la autorización ha de considerarse como una regla especial en relación con las restricciones legales o estatutarias a la transmisibilidad de participaciones (arts. 29 ss LSRL). Consecuentemente (i) las participaciones sometidas a prestaciones accesorias *no son libremente transmisibles ni siquiera entre socios* y (ii) tampoco está justificado obligar a la sociedad a presentar un adquirente alternativo como condición de la negativa a autorizar tal como prevé el art. 29.2 c LSRL¹²⁵. Ahora bien, respecto de todas las cuestiones relativas al régimen de transmisión que no están reguladas en el artículo 24 LSRL deben entenderse aplicables las reglas generales (documentación de la transmisión – art. 26 - ; legitimación del adquirente frente a la sociedad – art. 27 - ; prohibición de transmitir las participaciones antes de la inscripción – art. 28 – reglas de procedimiento de la transmisión – art. 29 – limitaciones a la libertad estatutaria – art. 20 -; régimen de las transmisiones forzosas – art. 31 – e ineficacia de las transmisiones realizadas en infracción de las normas legales – art. 34 -)¹²⁶. Por lo demás, no hay razones para considerar imperativo el art. 24 más allá de lo que lo es el régimen de los artículos 29 y siguientes

Parecidas valoraciones pueden hacerse en relación con la sociedad anónima de forma que (i) si los estatutos no limitan la transmisibilidad de las acciones, el consentimiento de la sociedad será necesario para la transmisión de las que tengan prestaciones accesorias; (ii) si los estatutos contienen cláusulas limitativas de la transmisibilidad, la autorización seguirá siendo necesaria pero, en todo lo demás, se aplicará *también* el régimen restrictivo previsto estatutariamente para las acciones en general debiéndose atender, en su cohesión, a la voluntad de las partes deducida de la imposición de la prestación accesorias y del régimen restrictivo (iii) todo ello con independencia

¹²³ PERDICES, *Cláusulas restrictivas*, p 97.

¹²⁴ PERDICES, *Cláusulas restrictivas* p 91, RECALDE, *Comentarios art. 24*, p 286.

¹²⁵ PERDICES, *Tratando*, p 530 quien añade que "con eso, se anticipa por la ley la sensata previsión por la que el obligado a la prestación lo seguirá estando en tanto no presente a un sujeto idóneo para seguir desempeñándola, ya que de otro modo, el régimen general impondría a la sociedad la carga de buscarlo ella. La finalidad es, pues, garantizar la continuidad en la prestación, evitando que el socio pueda desligarse fácilmente de la misma frustrando las expectativas que creó". PERDICES, *Cláusulas restrictivas*, p 95 RECALDE, *Comentario art. 24*, p 283.

¹²⁶ Así, RECALDE, *Comentarios art. 25*, p 285.

de la libertad de los socios para establecer un régimen *ad hoc* en los estatutos sociales tal como autoriza expresamente el art. 65 LSA¹²⁷.

10. La autorización del art. 24 LSRL se exige sólo para las transmisiones voluntarias e *inter vivos*. Se deduce, pues, que no hace falta autorización para las transmisiones forzosas o *mortis causa*. La transmisión de unas participaciones con prestaciones accesorias forzosa o *mortis causa* se rigen por lo dispuesto en los artículos 31 y 32 LSRL¹²⁸. Dado que el socio obligado ha dejado de serlo por causas ajenas a su voluntad o ha muerto, la prestación accesorias se extingue.

En relación con la *sociedad anónima*, la doctrina entiende que, dado que el art. 65 LSA se remite exclusivamente al art. 63 LSA, las transmisiones forzosas de acciones con prestaciones accesorias serían libres (porque lo son, en general, las transmisiones de acciones y porque no hay remisión al art. 64 LSA que es el que regula tales transmisiones) de forma que si los socios quieren limitar estas transmisiones habrán de preverlo expresamente¹²⁹

11. La exigencia de autorización es dispositiva de forma que los estatutos pueden establecer la aplicación del régimen general de transmisibilidad o someter la transmisión a requisitos añadidos o diferentes. Si se altera el régimen legal a través de una modificación estatutaria, habrán de cumplirse los requisitos expuestos más abajo para la modificación de las prestaciones accesorias¹³⁰. En el caso de que los estatutos hayan derogado la exigencia de autorización, habrá que entender que el socio transmitente puede ser condenado a indemnizar a la sociedad si la transmisión realizada perjudica a la sociedad porque el adquirente no estuviese en condiciones y disposición de realizar la prestación accesorias¹³¹. no parece que pueda considerarse justo motivo de separación la negativa a autorizar la transmisión¹³².

¹²⁷ PERDICES, Cláusulas restrictivas, p 92 ss quien argumenta razonablemente que “la autorización en beneficio de la sociedad (que recoge específicamente el art. 65 LSA) es la forma de restricción más adecuada” para el fin perseguido por las partes al establecer una prestación accesorias por la existencia de *intuitu personae* en su realización lo que hace inadecuada la previsión, por ejemplo, de un derecho de adquisición preferente. “La forma de (hacer compatible el régimen específico de autorización de las transmisiones de acciones con prestaciones accesorias)

¹²⁸ *Contra*, M. DE LA CÁMARA, Curso sobre sociedades de responsabilidad limitada, Madrid 1998, pp 96-97.

¹²⁹ Así, A. RECALDE, “Comentario al art. 65” en I. ARROYO/J.M. EMBID, Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, I, Barcelona 2001, p 635-636 quien argumenta – frente a la posición contraria de PERDICES, Cláusulas, p 93 – que “la *ratio* del artículo 65 no es excluir la entrada de terceros en la sociedad , sino garantizar el cumplimiento de la prestación accesorias impidiendo al socio la exoneración de su obligación mediante la transmisión de la acción a un tercero. Teniendo en cuenta este dato, debe recordarse que el artículo 64 presume la plena efectividad de la transmisión y sólo a partir de entonces atribuye una opción de compra de las acciones a los beneficiarios (de modo que tal régimen)... no satisface el interés social en evitar que salga de la sociedad el socio... obligado a realizar las prestaciones accesorias”,

¹³⁰ Así, RECALDE, Comentario art. 65 LSA, p 636, con más indicaciones.

¹³¹ RECALDE, Comentarios p 284 citando a Ulmer.

¹³² RECALDE, Comentarios , p 284, *contra*, SACRISTÁN, *RdS* 1994, n° extraordinario, p 326.

7. MODIFICACIÓN

1. Las modificaciones estatutarias consistentes en crear, modificar o extinguir la obligación de realizar prestaciones accesorias se someten al régimen general en las sociedades anónimas más el consentimiento de los interesados art. 145.2 o de los “obligados” según el art. 25.1 LSRL)¹³³. Así, a falta de regulación estatutaria, la modificación podría someterse a la regla de la unanimidad de todos los socios. Se justificaría sobre la base de que las prestaciones accesorias afectan no sólo al socio obligado sino a todos los socios en cuanto influyen sobre el valor de la sociedad (elevan éste en el caso de que no estén remuneradas y pueden disminuirlo o elevarlo en el caso de que estén remuneradas) por lo que todos los socios tendrían interés en aprobar la modificación. Esta solución puede descartarse para el Derecho español porque es incompatible con la concesión de un derecho de separación a los socios discrepantes en el artículo 95 f) LSRL. De dicha norma se deduce que *la modificación de las prestaciones accesorias constituye una modificación estatutaria que se aprueba por mayoría*. La solución más coherente es la que exige, por un lado, la concurrencia de la mayoría del art. 53.2 b LSRL (mayoría absoluta del capital) y, por otro, el consentimiento del socio obligado a realizar la prestación cuyo régimen se modifica, se extingue o se crea.

2. En la sociedad anónima, el art. 145.2 LSA utiliza el término “interesado” para referirse a los accionistas cuyo consentimiento es necesario para la válida modificación de las prestaciones accesorias. La LSRL ha sido más precisa y ha limitado la exigencia de consentimiento a los “obligados” (art. 25.1 LSRL). Algún autor afirma que *obligados* en el sentido del artículo 25.1 LSRL serían “tanto aquellos que asuman la obligación de realizar prestaciones accesorias obviamente como aquellos cuyos derechos resultasen lesionados por la remuneración de los mismos, lo que solo en caso extremo implicaría la exigencia de conformidad de todos los socios”¹³⁴, pero este criterio no ayuda demasiado a resolver los casos concretos porque no vemos de qué modo puede delimitarse qué socio ha sido “lesionado por la remuneración” de la prestación accesoría. Si la remuneración está claramente por encima del valor de mercado, todos los demás socios resultan lesionados pero tal remuneración estaría prohibida por el art. 23 LSRL. Si la remuneración es ajustada a mercado, pero la sociedad no necesita tal prestación, también serían todos los socios los afectados en forma de una reducción del beneficio pero habrían aceptado la inclusión de la prestación accesoría en primer lugar. De forma que nos resulta difícil imaginar supuestos en los que la remuneración de la prestación accesoría pueda perjudicar de forma discriminatoria a unos socios frente a otros. Otros autores que se han ocupado del tema en relación con la sociedad anónima afirman, de forma poco precisa, que será necesario el consentimiento de

¹³³ No entendemos qué justifica la extensísima descripción de este requisito en PEÑAS, *Prestaciones*, pp 240-245, p 244: si son acciones producto de una ampliación de capital “gratuita” o con cargo a reservas, el derecho de asignación gratuita de acciones impide que las acciones gratuitamente entregadas puedan llevar aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias.

¹³⁴ SACRISTÁN, *RdS* n° extraordinario 1994, p 317.

aquellos accionistas cuyos “derechos individuales” se vean afectados por la modificación estén “obligados o no a realizar” las prestaciones accesorias¹³⁵. Otros autores consideran “interesados” a todos los demás accionistas¹³⁶ y discuten si todos los no obligados forman una “clase” de acciones en el sentido del art. 148 LSA de modo que sea suficiente el voto a favor de la mayoría de los mismos en cuyo caso, la discusión es irrelevante porque habría que considerar que la “clase” estaría formada por *todos* los accionistas excepto el obligado por la prestación, en cuyo caso, el acuerdo mayoritario sería idéntico al necesario en general para adopción del acuerdo de modificación estatutaria a salvo, naturalmente, del voto del obligado que, probablemente, debería abstenerse.

A nuestro juicio, debe interpretarse el art. 145.2 LSA de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.1 LSRL y entender que la modificación habrá de ser (i) aprobada por la mayoría del capital social y (ii) obtener el consentimiento del socio obligado. Esta interpretación estricta se refuerza por el hecho de que aunque los otros accionistas puedan verse “afectados” por la modificación de las prestaciones accesorias, su interés está protegido por la exigencia de la mayoría en el acuerdo social de modificación estatutaria y por la posibilidad de impugnar acuerdos abusivos¹³⁷. Por otro lado, tiene la ventaja de permitir la “divisibilidad” de la modificación si alguno de los obligados no consiente la modificación. En tal caso, - si la Junta aprueba la modificación estatutaria - la prestación accesorias se considerará modificada para los obligados que hubieran dado su consentimiento y se mantendrá en los términos originales para el que no hubiera consentido¹³⁸.

Dado que el consentimiento del obligado no forma parte del acuerdo de modificación, puede obtenerse en cualquier momento y de cualquier forma¹³⁹.

3. La modificación de las prestaciones accesorias constituye una modificación estatutaria, al margen de que afecte a derechos individuales de los socios obligados a realizar la prestación lo que justifica que se exija su consentimiento para la modificación. En realidad, supone una modificación del *contrato* entre la sociedad y el socio, respecto de la cual, manifiesta “el consentimiento”, no los administradores, sino la Junta. Por tanto, la

¹³⁵ Así, PEÑAS, *Prestaciones*, p 247. Parece necesario el consentimiento *individual* de cada uno de los obligados. No parece ni siquiera discutible que no basta el consentimiento de la mayoría de los obligados ni tampoco que el acuerdo de la Junta por el que se aprueba la modificación estatutaria es un acuerdo mayoritario, y no uno que requiera la unanimidad. Parece que en Italia se discutió la cuestión pero el Derecho español es paladinamente claro en el sentido de no exigir la unanimidad.

¹³⁶ v., LÓPEZ SÁNCHEZ, *Configuración*, pp 866-867 con más indicaciones.

¹³⁷ Así, RECALDE, *Comentarios art. 65 LSA*, p 637.

¹³⁸ V., con más indicaciones, en este sentido PEÑAS, *Prestaciones*, p 261.

¹³⁹ PEÑAS, *Prestaciones*, pp 260-261. En ocasiones, en contra de lo que opina esta autora, será deseable obtener primero el acuerdo mayoritario de la Junta a la modificación y, a continuación, obtener el consentimiento del afectado por lo que no vemos necesidad de imponer ningún orden a la suma de los requisitos para la válida modificación. El silencio del interesado será suficiente – en contra de lo señalado por la autora – cuando el silencio valga como declaración *positiva* de voluntad, lo que es excepcional pero posible. Imagínese, por ejemplo, que es el obligado el que realiza la propuesta de modificación de las prestaciones accesorias y que ésta obtiene la aprobación de la mayoría. Parece evidente que podemos deducir del comportamiento del socio (presentando la propuesta) su voluntad favorable a la misma.

intervención de la Junta se extiende a los supuestos en los que se modifiquen extremos de la relación que no están regulados expresamente en los estatutos sociales (por ejemplo, la duración).

4. En la primera votación, no podrá participar el socio obligado (art. 52.1 LSRL). Se considera, en efecto, que la extinción anticipada, la suspensión o modificación de la prestación accesorias a favor del socio obligado a realizarlas constituyen supuestos en los que se libera de una obligación o se concede un derecho al socio beneficiado. A nuestro juicio, por el contrario, no hay "*concesión de un derecho*" en el sentido del artículo 52 LSRL en el acuerdo societario de "*creación, a favor de socios determinados, de prestaciones accesorias retribuidas*", porque, en tal caso, el artículo 23 LSRL limita la autonomía privada al exigir que no se remuneren por encima de su valor de mercado con lo que estamos ante una relación sinalagmática – hay prestación y contraprestación – y no ante la *concesión* de un derecho. Sí que hay obligación de abstención, a nuestro juicio, cuando el régimen de dichas prestaciones se altera en beneficio del socio. Por ejemplo, cuando la sociedad, de forma *unilateral*, aumenta la retribución o convierte en retribuida una prestación accesorias que era gratuita. Esto presupone que se adopta *un acuerdo distinto* para cada una de las prestaciones accesorias a las que vienen obligados cada uno de los socios. Los socios participarán en los acuerdos correspondientes a los demás y habrán de abstenerse cuando se trate de decidir sobre su propia obligación. Si la modificación afecta a todos los socios por igual, porque todos están obligados a realizar idéntica prestación accesorias, será imprescindible el consentimiento de todos los socios. Lo discutible es qué sucede si alguno de los socios rechaza la modificación de la prestación. La doctrina entiende que "lo único que sucederá es que el acuerdo no será válido para él mismo, sin perjuicio de que pudiera serlo para el resto de los socios que sí hubieran consentido"¹⁴⁰. Esta solución es coherente con la regla mayoritaria y con la necesidad del consentimiento del afectado por la modificación.

5. En la sociedad limitada, y de acuerdo con el art. 95 f) LSRL, la "*creación modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias*" da derecho de separación a los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo, con independencia de que las prestaciones accesorias acordadas, modificadas o suprimidas afecten o no personalmente al socio que no vota o vota en contra (SAP Tarragona 26-II-2003, *Ar. Civil* 1079/2003), lo cual es lógico dado que, según hemos visto, si las prestaciones accesorias afectan a un socio, es imprescindible su consentimiento (art. 25.1 LSRL *in fine*) por lo que no tiene sentido que pueda separarse quien puede impedir la modificación, de forma que sólo podrán separarse aquellos socios que (i) no hayan votado a favor de crear las prestaciones accesorias en el acuerdo de modificación estatutaria correspondiente y (ii) no estén obligados a realizar las prestaciones creadas como consecuencia de la modificación.

La doctrina ha tratado de limitar el derecho de separación con la sana intención de reducir los excesos del legislador en este punto señalando, en

¹⁴⁰ RECALDE, *Comentarios art. 25*, p 294 citando a Cabanas/Calavia.

primer lugar, que no cualquier modificación legitimaría para el ejercicio del derecho de separación¹⁴¹; que el deber de ejercitar los derechos de buena fe permitiría negar la posibilidad de ejercer el derecho de separación “cuando no pueda entenderse que, a consecuencia de la aprobación del acuerdo, el socio se vaya a ver lesionado en sus intereses” por ejemplo porque las prestaciones accesorias creadas no estén remuneradas o porque exista una desproporción notable entre la “lesión” que sufre el socio por la creación, modificación o extinción de las prestaciones accesorias y el daño para la sociedad derivado del ejercicio del derecho de separación¹⁴². Debe recordarse, por último, que los estatutos pueden limitar el derecho de separación y, en particular, así lo ha previsto el legislador para el caso de las prestaciones accesorias (art. 95 f) LSRL *in fine*). No parece que haya que someter a especiales restricciones esta modificación estatutaria puesto que se requiere el consentimiento de todos los socios (art. 96 LSRL aplicado directamente o, al menos, analógicamente).

6. En cuanto a la *extinción anticipada*, la referencia del artículo 25 LSRL se justifica porque no tendría sentido otorgar un derecho de separación a los demás socios – como está previsto en el art. 95 f LSRL – por el hecho de que se extinguiera la prestación accesorias prometida por un socio llegado el término pactado para la misma. Tampoco se aplica el art. 25 LSRL a los casos en los que la extinción de la obligación se produce como consecuencia de la concesión de la autorización para la transmisión de las participaciones si la transmisión provoca la liberación del socio transmitente salvo en los supuestos en los que el nuevo socio no esté en condiciones de realizar la prestación accesorias según se expuso más arriba.

8. CONCLUSIONES MÁS IMPORTANTES

Las prestaciones accesorias constituyen un instrumento para implicar a los miembros de la familia en la empresa social en la forma que se tenga por conveniente. Su régimen jurídico permite extender la aplicación de las normas societarias a las relaciones entre el miembro de la familia y la sociedad familiar. En sentido opuesto, permite a los distintos miembros de la familia asegurarse la vinculación en una forma concreta a la empresa familiar y utilizar los mecanismos societarios para el caso de que los demás miembros de la familia deseen extinguir tal vinculación.

Por otra parte, el carácter fundamentalmente dispositivo de la regulación de las prestaciones accesorias y la amplia remisión a los estatutos facilitan la “ingeniería contractual” para hacer de las prestaciones accesorias una institución más extendida en nuestra práctica societaria. El recurso a las normas aplicables al tipo de contrato que haya servido para articular la prestación

¹⁴¹ V., las indicaciones doctrinales y la opinión de PEÑAS, *Prestaciones*, p 172: “no todo acuerdo de modificación puede dar lugar a una medida ciertamente extrema como es el derecho de separación. Esta ha de tener la entidad suficiente y afectar a los derechos de los socios como para permitir su ejercicio”.

¹⁴² RECALDE, *Comentarios art. 25* p 294.

accesoria hace previsible el régimen jurídico de la relación entre el socio y la sociedad. Sería deseable, en este sentido, una actitud menos formalista de parte de la Dirección General de Registros respecto de las prestaciones accesorias.