

REMUNERACIÓN DE PRESTACIONES ACCESORIAS FINANCIERAS Y CONCURSO DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Óscar LÓPEZ GARCÍA

Profesor Ayudante de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. PRESTACIONES ACCESORIAS FINANCIERAS.—III. LÍMITES A LA RETRIBUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS.—1. Límites legales.—a) Determinación en los estatutos sociales de la retribución.—b) No puede superar el valor de la prestación.—2. Límites estatutarios.—IV. COMPENSACIÓN DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA. INFRACCIÓN DE LOS LÍMITES A LA REMUNERACIÓN DE LA PRESTACIÓN.—V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LA REMUNERACIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS.—1. Remuneración de la prestación accesoria con vencimiento posterior a la declaración judicial de concurso.—2. Remuneración de la prestación accesoria con vencimiento anterior a la declaración judicial de concurso.—a) Acción de reintegración.—b) Acción pauliana.—c) Responsabilidad social y concursal de los administradores de la sociedad.—VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Todo empresario, en el ejercicio de cualquier actividad de empresa, realiza una inversión con el propósito de obtener un valor añadido. Para llevar a cabo dicha actividad empresarial, el empresario puede recurrir a fondos propios o a fondos ajenos.

Cuando nos encontramos con una sociedad mercantil de las denominadas "de capital" —sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada—, la inscripción en el Registro Mercantil del contrato de sociedad le confiere a dichos tipos societarios una personalidad jurídica plena.

La plena personalidad jurídica de las sociedades de capital conlleva como efecto principal un acotamiento patrimonial absoluto, respondiendo la sociedad ilimitadamente con su propio patrimonio de las deudas sociales (arts. 1.911 CC, 1 TRLSA y LSRL) y los socios ilimitadamente de las aportaciones suscritas al capital de la sociedad en el correspondiente contrato. De ahí que, una vez efectuada por los socios su aportación comprometida en el contrato fundacional, no quepa exigirles ninguna aportación más durante la vida de la sociedad, salvo que éstos presten su consentimiento (arts. 145.2 TRLSA y 71.1 LSRL).

En las sociedades capitalistas, las aportaciones de los socios pueden ser dinerarias o no dinerarias, no pudiendo consistir en ningún caso en aportaciones de trabajo o servicios (arts. 36.1 TRLSA y 18.1 LSRL)¹. Esto es consecuencia de la importancia del capital social en estas sociedades, el cual cumple una triple función: organizativa, de garantía y financiero-empresarial².

Sin embargo, las aportaciones de trabajo o servicios sí pueden realizarse bajo la figura de las prestaciones accesorias. La doctrina científica española admite pacíficamente, como posible contenido de las prestaciones accesorias, toda obligación que tenga por objeto dar, hacer o no hacer alguna cosa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.088 CC. De esta manera, mediante la institución de las prestaciones accesorias se puede conseguir que la sociedad de responsabilidad limitada obtenga del socio obligado estatutariamente a su realización todo un conjunto de prestaciones que no son válidas efectuarlas como aportaciones al capital social, puesto que el artículo 18.1 LSRL, al igual que el artículo 36.1 TRLSA, excluye como objeto de aportación, al capital social, el trabajo o los servicios.

¹ ARROYO MARTÍNEZ, «Disposiciones generales», en I. ARROYO y J. M. EMBID (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 1.ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, pp. 23 y 24, se manifiesta a favor de las aportaciones de trabajo o servicios en las sociedades comanditarias por acciones. Nosotros no compartimos la posibilidad de poder realizar aportaciones de industria en las sociedades comanditarias por acciones, puesto que las bases sobre las que se construye este tipo societario son idénticas a las de la sociedad anónima. De este modo, el trabajo o la prestación de servicios sólo pueden realizarse por los socios en las sociedades comanditarias por acciones mediante la institución de las prestaciones accesorias. En este sentido, *vid.* ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, «Las sociedades comanditarias por acciones», *CDC*, núm. 8, 1990, pp. 7 ss., esp. p. 13; DÍAZ GÓMEZ, «Notas sobre la nueva regulación de la sociedad en comandita por acciones en la nueva Ley 19/1989, de 25 de julio, de Reforma Parcial y Adaptación en Materia de Sociedades», *La Ley*, 1990, pp. 1009 ss., esp. p. 1014; FERNÁNDEZ DE LA GÁN-DARA, «La sociedad comanditaria por acciones», en URÍA, MENÉNDEZ y OLIVENCIA (dirs.), *Comentario a la sociedad en comandita por acciones*, Barcelona, 1991, p. 35; VENTURA-TRAVERSE HERNÁNDEZ, «Sociedad comanditaria por acciones», *AAMN*, vol. XXX, 1991, pp. 97 ss., esp. p. 104. A favor de la admisión del socio industrial en la sociedad comanditaria por acciones, *vid.* BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 11.ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, pp. 583 ss.; HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La reforma de las sociedades de responsabilidad limitada y de las sociedades comanditarias por acciones», en AAVV, *Consideraciones sobre la Ley de Sociedades Anónimas. Diálogos de Derecho*, Madrid, 1990, pp. 313 ss., esp. p. 340.

² En este sentido, *vid.* BAYONA JIMÉNEZ, «Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en las sociedades anónimas», *CDC*, núm. 20, 1996, pp. 147 ss., esp. pp. 153-158; MASSAGUER FUENTES, «El capital nominal. Un estudio del capital en la sociedad anónima como mención estatutaria», *RGD*, núms. 550-551, 1990, pp. 5547 ss.; SÁNCHEZ CALERO, «Disposiciones generales (arts. 1 a 6)», en SÁNCHEZ CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, Madrid, 1997, pp. 3 ss., esp. p. 16.

Éstas, si bien se integran dentro del contenido de la posición jurídica de socio, no atribuyen la condición de socio en las sociedades de capital.

II. PRESTACIONES ACCESORIAS FINANCIERAS

Si bien las prestaciones accesorias de hacer o no hacer son las más importantes por su no viabilidad como aportaciones al capital, sin embargo, esta circunstancia no impide que dichas prestaciones tengan por objeto un contenido financiero o dinerario.

Así, las prestaciones accesorias de carácter financiero o dinerario son perfectamente admisibles en nuestro Derecho³, pudiendo éstas revestir diversas moda-

³ LOJENDIO OSBORNE, «Aportaciones sociales (arts. 36 a 41 LSA)», en URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA (dirs.), *Fundación de la Sociedad Anónima. Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. III, vol. III, Madrid, Civitas, 1994, pp. 45; ÍDEM, «Aportaciones sociales», en URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA (dirs.), *Comentario al régimen de las sociedades mercantiles*, t. XIV, vol. I, Madrid, Civitas, 1999, p. 522; LÓPEZ GARCÍA, «Creación de prestaciones accesorias dinerarias en una sociedad limitada mediante modificación estatutaria: determinación estatutaria del contenido de la obligación. Comentario a las modificaciones de 7 de marzo de 2000 (BOE de 31 de marzo de 2000) y de 27 de julio de 2001 (BOE de 8 de septiembre de 2001)», en R. LÓPEZ ROSA (dir.), *Derecho y conocimiento. Anuario jurídico sobre la sociedad de la información*, vol. I, Universidad de Huelva, pp. 395 ss., esp. p. 412; LÓPEZ SÁNCHEZ, «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», en ALONSO UREBA, DUQUE DOMÍNGUEZ, ESTEBAN VELASCO, GARCÍA VILLAVERDE Y SÁNCHEZ CALERO (coords.), *La Fundación. Derecho de sociedades anónimas*, t. I, Madrid, 1991, pp. 835 ss., esp. p. 847; LLAGARÍA VIDAL, «Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», *AAMN*, XXXI, 1992, pp. 13 ss., esp. p. 21; MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 57; OLIVENCIA RUIZ, «Las prestaciones accesorias», en NIETO CAROL (coord.), *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Dykinson, 1998, pp. 243 ss., esp. p. 257; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, «Fundación de la sociedad de responsabilidad limitada», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, t. I, 8.ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2003, pp. 418 ss., esp. pp. 423 y 424; PÉREZ SANZ, «Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada», en PAZ-ARES (coord.), *Tratando de la Sociedad Limitada*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1997, pp. 393 ss., esp. p. 403; RECALDE CASTELLS, «De las prestaciones accesorias», en I. ARROYO y J. M. EMBID (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 261 ss., esp. p. 268; SACRISTÁN REPRESA, «Las prestaciones accesorias», en RODRÍGUEZ ARTIGAS, GARCÍA VILLAVERDE, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ALONSO UREBA, VELASCO SAN PEDRO Y ESTEBAN VELASCO (coords.), *Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t. I, McGraw-Hill, 1996, pp. 363 ss., esp. p. 379. Bajo la vigencia de la anterior LRJSRL 1953, vid. BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Montecorvo, 1984, pp. 302-304; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 7.ª ed., Madrid, 1976, p. 554; SOTILLO MARTÍ, «El contenido de las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española», *RDM*, 1975, pp. 91 ss., esp. pp. 103 y 104; URÍA, «Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada», *RDM*, 1956, pp. 325 ss., esp. p. 330. Antes de la entrada en vigor de la LRJSRL, nuestro Derecho fue testigo de diversos intentos de reconocimiento, por parte del legislador, de posibles aportaciones de los socios, al margen del capital social. Así, el Proyecto de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona de 1914, sobre la sociedad de responsabilidad limitada, recoge por vez primera la institución de las «aportaciones subsidiarias», concediéndole una gran atención a las mismas y fijándose una regulación detallada de aquéllas. También el Proyecto de ROIG Y BERGADÁ de 1918 alude a la intención de establecer aportaciones suplementarias en su artículo 20, el cual establece que «los socios, en la escritura social, podrán estipular el aumento de capital mediante nuevas aportaciones a cargo de los mismos. En este caso deberá establecerse en

lidades. Por ejemplo, pueden consistir en prestaciones de tracto único o instantáneo —entrega de cantidades determinadas de dinero en un momento determinado—, de tracto sucesivo o periódico —realizándose diversas entregas en momentos previamente determinados—, o incluso pueden versar sobre determinados contratos de préstamo con la sociedad. A su vez, éstas pueden constituirse tanto en el momento fundacional como posteriormente mediante una modificación de los estatutos sociales.

Las prestaciones accesorias, junto con las aportaciones al capital, las primas de emisión y las reservas legales y estatutarias, se encuadran dentro de los denominados "recursos propios" de la sociedad, los cuales pertenecen al ámbito interno de la misma —relaciones socios-sociedad—.

La sociedad, junto a sus recursos propios, puede recurrir además a la financiación de terceros para lograr con éxito el ejercicio de su actividad empresarial y alcanzar satisfactoriamente el cumplimiento de su objetivo, cual es la obtención de un lucro (art. 116 CCo). Al contrario de los recursos propios, la financiación externa nos sitúa en el ámbito de las relaciones sociales externas. En este sentido, desde el momento en que terceros ajenos al contrato de sociedad entablan relaciones jurí-

la propia escritura el máximo de cada una de estas aportaciones y la manera de adoptar los acuerdos necesarios para ser exigidas. Este aumento de capital se entenderá siempre pactado en beneficio de la sociedad, no pudiendo ser exigido por los acreedores de la misma». El mismo autor del citado Proyecto interpreta así esta norma: «Aludimos a la posibilidad de que las sociedades dispongan, al lado de su capital inicial, fijo y permanente, de otro móvil y variable, formado por aportaciones suplementarias impuestas a los socios en la escritura de fundación. Generalmente, suele determinarse el máximo de estas aportaciones, que sólo podrán reclamarse por acuerdo de la colectividad, adoptado por las mayorías estipuladas. Estas aportaciones suplementarias se entienden pactadas en beneficio exclusivo de la sociedad, de modo que, aun hallándose la misma en estado de suspensión de pagos o en quiebra, los acreedores no podrán embargarlas ni exigir su efectividad». *Vid.* ROIG Y BERGADA, *Las Sociedades de Responsabilidad Limitada*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1930, p. 105. También la doctrina científica se había mostrado favorable, antes de la entrada en vigor de la LRJSRL, al reconocimiento de estas aportaciones suplementarias. En este sentido, *vid.* NAVARRO AZPEITIA, «La configuración de la sociedad limitada a través de la práctica notarial», *RDP*, 1942, pp. 24 ss., esp. p. 42; VALLET DE GOYTISOLO, «La responsabilidad personal de los socios de las compañías de responsabilidad limitada frente a las sociedades y frente a terceros», *RDP*, 1949, pp. 589 ss., esp. p. 604, nota 62; VALLS DE GOMIS, *La sociedad mercantil de responsabilidad limitada en el Derecho vigente español*, Palma de Mallorca, Imp. Soler, 1945, p. 92. En contra de la admisibilidad de prestaciones accesorias dinerarias se mostraban, en relación con la derogada LRJSRL, TRIAS DE BES, «La prestación accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada», *RDP*, 1956, pp. 315 ss., esp. p. 324, que niega esta posibilidad cuando las prestaciones accesorias dinerarias se realizan a fondo perdido, por ejemplo, para enjugar las pérdidas de balance, ya que «no son admisibles cuando consisten en verdaderas aportaciones suplementarias para los fines que se le asignen en las legislaciones extranjeras»; VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, 3.^a ed., Barcelona, Bosch, 1991, p. 262, siguiendo lo establecido en los Derechos alemán e italiano. En el Derecho comparado, la admisión de las prestaciones accesorias dinerarias no es pacífica. En el Derecho alemán, si bien el parágrafo 3 GmbHG, de 20 de abril de 1892, admite un amplio contenido a las prestaciones accesorias, el reconocimiento de la figura de la aportación suplementaria (*Naschüsse*) en los parágrafos 26 a 28 GmbHG excluye esta posibilidad. Del mismo modo, el Derecho austríaco niega expresamente la posible existencia de prestaciones accesorias dinerarias en el parágrafo 8 GmbHG, de 6 de marzo de 1906. El art. 2.345 del *Codice Civile* italiano de 1942 tampoco admite este posible objeto de la prestación. Únicamente el art. 209 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués, de 2 de septiembre de 1986, asume la viabilidad de estas prestaciones.

dicas obligacionales con la sociedad, en nuestro Ordenamiento jurídico surge la preocupación por una adecuada protección de los intereses en presencia.

Toda deuda implica la obligación del deudor de realizar el comportamiento que le puede ser exigido por el acreedor. Caso de incumplimiento voluntario del deudor, el acreedor puede exigir de los órganos jurisdiccionales el cumplimiento forzoso de la obligación y obtener así la satisfacción de su crédito mediante la ejecución de la obligación.

En el ámbito individual, la ejecución se promueve para lograr el cumplimiento de una determinada obligación con respecto a unos bienes concretos del deudor. En el ámbito colectivo, cuando existe una pluralidad de obligaciones sobre el patrimonio del deudor a favor de una pluralidad de acreedores, puede que este patrimonio sea insuficiente para solventar el conjunto de obligaciones que penden sobre el mismo. Cuando las deudas superan el valor del patrimonio responsable se produce una situación de insolvencia.

En estos casos, nuestro Derecho concursal surge para establecer una normativa especial que trata de salvaguardar los intereses de todos los acreedores en el cobro de sus créditos. De esta manera, frente a la ejecución aislada de los créditos contra el correspondiente patrimonio por cada uno de los acreedores, nuestro Ordenamiento facilita la creación de una organización en defensa del conjunto de acreedores —*masa pasiva*— para que, de este modo, todos los acreedores insten un procedimiento de ejecución colectiva, evitándose así el «régimen del azar o del favor»⁴. Este tratamiento legal de la insolvencia se produce en defensa de un tratamiento paritario del conjunto de acreedores, estableciéndose así una comunidad de pérdidas cuando el patrimonio del deudor no sea suficiente para afrontar el cumplimiento íntegro de los créditos a favor del conjunto de acreedores.

La integración de las prestaciones accesorias financieras o dinerarias en el contenido obligacional de la posición jurídica de socio implica como efecto fundamental su consideración como aportación y como recurso propio de la sociedad para llevar a cabo el cumplimiento del objeto social. Efectivamente, los fondos obtenidos mediante las aportaciones efectuadas por los socios a la sociedad, junto con los recursos obtenidos a través del ejercicio de la actividad empresarial, se integran como fuentes de financiación propias de la sociedad⁵. Estas fuentes de financiación internas o propias de la sociedad comprenden el denominado «neto patrimonial» o «pasivo no exigible o modal», que se compone por el conjunto de aportaciones

⁴ VIGUERA RUBIO, «Derecho concursal mercantil: concepto y evolución histórica», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (coord.), *Derecho Mercantil*, t. II, 8.ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2003, p. 707.

⁵ En este sentido, el artículo 35.1 CCo establece que «el balance comprenderá, con la debida separación, los bienes y derechos que constituyen el activo de la empresa y las obligaciones que forman el pasivo de las mismas, especificando los fondos propios...». Al respecto, el artículo 175.A) integra entre las masas de pasivo los recursos propios de la sociedad. Así, junto con las aportaciones al capital social, realizadas tanto en el momento fundacional como posteriormente, y los recursos obtenidos a través del ejercicio de la actividad empresarial, se incluyen en este apartado las cuentas de reservas, integradas tanto por primas de emisión como por otras cantidades entregadas a la sociedad —por ejemplo, las prestaciones accesorias dinerarias o de carácter financiero—.

realizadas por los socios y por el patrimonio obtenido como consecuencia del desenvolvimiento de la actividad de empresa.

En estos supuestos, la satisfacción de la deuda de la sociedad con los titulares de dichas aportaciones se somete a una condición: el cumplimiento de los supuestos legales o estatutarios que provocan el reintegro de las aportaciones sociales realizadas por los socios o autogeneradas por la sociedad en el desarrollo de su actividad empresarial —por ejemplo, disolución y liquidación de la sociedad, derechos de separación y exclusión del socio—.

Las prestaciones accesorias financieras se incluyen, como recursos propios, dentro de las denominadas “aportaciones indirectas”, ya que no conforman el capital social en ningún caso. Así, si bien constituyen una obligación social y están destinadas al logro del fin social, sin embargo, no forman parte del capital. De ahí que la posición jurídica de socio sólo se obtenga con la aportación al capital social, mediante la cual se obtiene la titularidad de una o varias acciones o participaciones sociales.

III. LÍMITES A LA RETRIBUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

Sin embargo, la admisibilidad de este tipo de prestaciones no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina⁶. Entre otras, la prestación accesorio consistente en realizar por parte de uno o varios socios determinados contratos de préstamo a favor de la sociedad puede plantear ciertos problemas en supuestos de infracapitalización nominal⁷.

Por infracapitalización nominal entendemos la situación provocada por un desfase entre el capital social y la empresa a desarrollar en el tráfico por la sociedad,

⁶ Así, algún autor niega la posibilidad de la existencia de esta modalidad de prestaciones accesorias argumentando el no reconocimiento legislativo de las “aportaciones suplementarias” en nuestro Derecho. Al respecto, TRÍAS DE BES, «La prestación accesorio en las sociedades de responsabilidad limitada», RDP, 1956, pp. 315 ss., esp. p. 324, niega su viabilidad cuando la prestación accesorio se realiza a fondo perdido, por ejemplo, para enjugar las pérdidas de balance. Por otra parte de la doctrina alega en su contra el hecho de que la prestación accesorio debe tener un contenido personalísimo, no pudiendo estar su cumplimiento al alcance de cualquiera. En este sentido, vid. DELA CÁMARA ÁLVAREZ, «Fundación: escritura y estatutos. Suscripción y desembolso», en ALONSO UREBA y CHICO ORTIZ-LUCAS (dirs.), *La reforma del Derecho español de sociedades de capital*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 63 ss., esp. p. 117; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, op. cit., p. 262. En el Derecho italiano, vid. FRÈ, «Società per azioni», en SCIALOJA E BRANCA (ed.), *Commentario del Codice Civile*, t. V, 5.ª ed., Bologna-Roma, 1982, p. 116, y GUARINO, «L'amministrazione di società di capitali come prestazioni accesorie del socio», *Impresa*, 1986, p. 1504. Sin embargo, aunque las prestaciones accesorias pueden tener un contenido personalísimo, también pueden tener un contenido fungible. El carácter fungible o infungible de la prestación planteará problemas fundamentalmente en el momento de la transmisión de la posición de socio. Al respecto, GALLEGO SÁNCHEZ, «La transmisión de participaciones con prestaciones accesorias vinculadas», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 3463 ss.

⁷ BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, op. cit., pp. 305-309; MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, op. cit., pp. 62-65; PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, op. cit., pp. 213 y 214.

ocurriendo la sociedad al crédito de los socios para la viabilidad de su proyecto empresarial. De esta manera, son los socios quienes mediante préstamos a la sociedad intentan paliar la falta de recursos económicos sociales⁸. Así, se produce una divergencia entre el capital social de responsabilidad y el patrimonio social, suscitándose el importe de los préstamos concedidos por los socios a la función de garantía que el capital social tiene en las sociedades de capital⁹.

Efectivamente, aunque la sociedad cuente con el capital legal adecuado, sin embargo, la devolución de los préstamos a los socios prestamistas puede originar una situación de insolvencia al verse reducido notablemente el patrimonio de la sociedad, con lo que se podría provocar una situación de indefensión frente a los demás acreedores de la sociedad.

1. Límites legales

El legislador, consciente de los problemas que pueden plantearse con la retribución de las prestaciones accesorias, introdujo dos límites a la remuneración de las mismas.

a) Determinación en los estatutos sociales de la retribución

En primer lugar, la retribución de la prestación accesorial debe constar en los estatutos de la sociedad. Tanto en la sociedad de responsabilidad limitada —arts. 22.1 y 23 LSRL y 187.1 RRM— como en la sociedad anónima —art. 127 RRM— se alude a la necesidad de que los estatutos sociales determinen la posible retribución de la prestación¹⁰.

⁸ En este sentido, *vid.* ALCOVER GARAU, «Préstamo de socio a sociedad: la infracapitalización de las sociedades de capital y el negocio de fraude de ley», *RdS*, núm. 9, 1997, pp. 294 ss., esp. pp. 294 y 295; BAYONA JIMÉNEZ, «Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en las sociedades anónimas», *op. cit.*, p. 202; GUASCH MARTORELL, «La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades», *RDJ*, núm. 234, 1999, pp. 1489 ss., esp. p. 1507; MASSAGUER FUENTES, «La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios», en NIETO CAROL (coord.), *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, 1.ª ed., Madrid, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio-Dykinson, 1994, pp. 941 ss., esp. p. 943; PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de sociedades», *ADC*, 1983, pp. 1587 ss., esp. p. 1594; RODRÍGUEZ ARTIGAS, «Disposiciones generales», URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIV, vol. I-A, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1999, pp. 104 y 108-109; SÁNCHEZ CALERO, «Disposiciones generales (arts. 1 a 6)», *op. cit.*, pp. 21, 22 y 32-34.

⁹ PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de sociedades», *op. cit.*, p. 1594.

¹⁰ El «*essentiale negotii*» lo constituye el carácter retribuible de las mismas. *Vid.* BARBA DE VEGA, «Prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada», *op. cit.*, p. 192, y PEÑAS MOYANO, «Prestaciones accesorias», en URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA (dirs.), *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. XIV, vol. 1-A, *op. cit.*, pp. 628-631. El socio, en el supuesto de que la prestación accesorial sea gratuita, se verá recompensado claramente con el mayor beneficio obtenido por la sociedad como consecuencia de haber utilizado esta institución. En efecto, cuando se hayan establecido las prestaciones sin compensación económica alguna, su imposición va normalmente a suponer un aumento

La exigencia de que, en los estatutos de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, conste el carácter gratuito o retribuido de la prestación representa una novedad respecto al artículo 10 LRJSRL, que sólo imponía, en su caso, expresar «la compensación que (...) hayan de recibir los socios que las realicen».

Una vez reconocida estatutariamente la retribución de las prestaciones, los socios tendrán derecho a exigir su crédito contra la sociedad tan pronto como la prestación se realice. No obstante, el primer problema que se plantea en este ámbito es el posible silencio de los estatutos sociales en relación con el carácter retribuible de la prestación accesoria. En ese caso caben distintas soluciones.

Una primera, en la que el silencio estatutario sobre el carácter gratuito o retribuido de la prestación accesoria implicaría la invalidez de la prestación, que se convertiría en una obligación extrasocial¹¹. Sin embargo, el legislador, cuando ha querido llegar a esta conclusión, ha sido claro al respecto¹².

Una segunda, en la que el silencio estatutario daría lugar a una interpretación de la voluntad de las partes según las circunstancias del caso, a fin de establecer si esa prestación accesoria se quiso determinar como gratuita o retribuida por las partes en el momento de su creación. Sin embargo, esta solución choca con la necesidad de previsión estatutaria de la retribución de la prestación¹³.

En tercer lugar, podría entenderse que ante el silencio estatutario en esta cuestión, la prestación accesoria es retribuida¹⁴. Aquí, sin embargo, nos encontramos otra vez con el problema de la indeterminación de la prestación.

del patrimonio social, que redundará en un mayor beneficio para el socio que las realiza. En este sentido, vid. BRUNETTI, *Tratado del Derecho de las Sociedades*, t. II, traducción de Felipe de Solá Cañizares, Buenos Aires, 1960, p. 255; GRAZIANI, *Diritto delle società*, 5.^a ed., Napoli, 1963, p. 263; IANUZZI, *Note critiche sull' istituto delle prestazioni accessorie nelle società per azioni*, Milano, 1954, p. 27, quien considera nula cualquier cláusula estatutaria que prohíba la posibilidad de retribuir a las prestaciones accesorias; LÓPEZ SÁNCHEZ, «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», *op. cit.*, p. 853.

¹¹ ARANGUREN URRIZA, «Prestaciones accesorias», en V. M. GARRIDO DE PALMA (dir.), *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, t. I, Madrid, Trivium, 1996, pp. 582 ss., esp. p. 617, opina que el silencio es «un defecto subsanable que impide la inscripción». MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 70, opina que ésta es la solución más acorde con la LSRL 1995. En este sentido, vid. también PEÑAS MOYANO, «Prestaciones accesorias», *op. cit.*, pp. 629 y 630, manifiesta que el carácter gratuito o retribuido de la prestación accesoria no puede omitirse estatutariamente y este silencio estatutario no «podrá integrarse a través del recurso a la interpretación de la posible voluntad de los socios o de la sociedad», ya que incluso los socios «pueden oponerse a su cumplimiento si desconocen el carácter con el que les son impuestas». La misma postura adopta SACRISTÁN REPESA, «Las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 381.

¹² SACRISTÁN REPESA, «Las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 381, aludiendo al art. 66.1 LSRL.

¹³ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 71, no cree posible esta solución, ya que «en el caso de que se llegara a la conclusión de establecer una presunción de remuneración, existiría el problema de la exigencia legal, en tal hipótesis, de la determinación estatutaria del contenido de la remuneración, que no podrá salvarse con esta simple presunción». PEÑAS MOYANO, «Prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 630, también se opone a esta posibilidad, pues, al igual que en la segunda solución, los socios podrán oponerse al cumplimiento de las prestaciones

Por último, se puede entender que, en caso de silencio, la prestación accesoria es de carácter gratuito¹⁵. Nosotros, que ya hemos mantenido inicialmente que lo esencial es el carácter retribuable de la prestación accesoria, aunque no la constancia en los estatutos sociales del carácter gratuito o retribuido, pensamos que debe salvarse dicha laguna estatutaria admitiendo la gratuidad de la prestación, en cuanto que únicamente son dos los elementos esenciales de la prestación accesoria: los sujetos y el objeto de la misma¹⁶.

Resuelta esta cuestión, el segundo problema que se plantea en relación con la posible retribución de las prestaciones accesorias es el de la determinación del contenido de esa remuneración¹⁷. Así, no sólo se exige la constancia en los estatutos sociales de que la prestación accesoria sea retribuida, sino que es necesario fijar la determinación del contenido de su retribución (arts. 23 LSRL y 127 y 187 RRM). Este requisito no fue exigido por el artículo 10 LRJSRL pero sí por el ya derogado artículo 174.10 RRM de 1989 a través de la remisión al artículo 127, referido este último a la sociedad anónima. La legislación actual lo que finalmente hace no es sino reconocer uno de los requisitos necesarios para la validez de toda obligación: la determinación de su objeto (arts. 1.261.2.º y 1.273 CC).

De esta manera, con la aplicación de las normas del Derecho de obligaciones y contratos recogidas en nuestro Código Civil no es necesaria la total determinación

accesorias por desconocer la forma o formas de retribución. Por su parte, TORRALBA SORIANO, «Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas», en AAVV, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, *Sociedades Mercantiles*, 1.ª ed., Madrid, Civitas, 1996, pp. 2589 ss., esp. p. 2593, piensa que, ante el silencio de los estatutos sociales en la materia, se debe concluir que la prestación accesoria es retribuida, y funda su postura en la aplicación analógica del art. 1.711.2 del Código Civil, debido a que «normalmente los socios con la obligación de realizar prestaciones accesorias son profesionales cualificados, o al menos con una determinada preparación profesional». A favor también, en estos casos, de la retribución de la prestación, se muestra RECALDE CASTELLS, «De las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 275, quien, siguiendo a la doctrina alemana allí citada, señala que el recurso en los estatutos sociales a prestaciones accesorias de carácter oneroso justifica la presunción de que, ante la duda planteada por el silencio estatutario, el precio será el habitual del mercado.

¹⁵ SACRISTÁN REPRESA, «Las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 381, rechaza esta solución, pues «cuando la LSRL ha optado claramente por una solución semejante se ha cuidado de dejarlo claro, como es el caso de la remuneración de los administradores (art. 66.1)».

¹⁶ En este sentido, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», *op. cit.*, pp. 853 y 846, en relación con el art. 9.1) TRLSA; MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, pp. 72 y 73, se decanta por esta solución, ya que es la solución más conveniente para todos los intereses en juego, salvo para el socio obligado, «el cual siempre podría alegar, si así hubiera existido, error en la prestación de su consentimiento o incluso actuación dolosa por parte de los representantes de la sociedad»; OLIVENCIA RUIZ, «Las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 258, y «Las prestaciones accesorias», en *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, pp. 227 ss., esp. p. 239, determina que, bajo la LRJSRL 1953, el silencio de los estatutos sociales al respecto favorecía la interpretación de que la prestación accesoria era gratuita; PÉREZ SANZ, «Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada», *op. cit.*, p. 406, en base al art. 66.1 LSRL.

¹⁷ Sobre la determinación estatutaria del contenido de la prestación accesoria, *vid.* LÓPEZ GARCÍA, «Creación de prestaciones accesorias dinerarias en una sociedad limitada mediante modificación estatutaria: determinación estatutaria del contenido de la obligación. Comentario a las RRDGRN de 7 de marzo de 2000 (BOE 31 de marzo de 2000) y 27 de julio de 2001 (BOE 8 de septiembre de 2001)», *op. cit.*, p. 412.

de la compensación que hayan de recibir los socios que realicen las prestaciones accesorias, sino que es posible fijar su determinabilidad, teniendo en cuenta el interés de socios y acreedores sociales en el conocimiento de dichas circunstancias¹⁸. Esto no quiere decir que lo que se tenga que determinar sea la cuantía exacta de la retribución¹⁹. En este sentido se manifiesta el artículo 1.273 CC, por el que «el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie», pero «la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad del nuevo convenio entre los contratantes».

De esta manera, la cuantía de la retribución aplicable a la realización de la prestación accesorial por parte del socio obligado puede determinarse, posteriormente, con arreglo a los criterios fijados por las partes²⁰. Estos criterios de determinabilidad de la cuantía de la remuneración pueden ser objetivos o subjetivos, al igual que los utilizados en los artículos 1.445²¹ y 1.447²² CC para la determinación del precio del contrato de compraventa.

Por criterio objetivo se entiende aquél en el que la cuantía de la remuneración se realiza en base a otra cosa cierta, mientras que el criterio subjetivo es aquél en el que la determinabilidad de la cuantía de la retribución debida por la realización de la prestación accesorial se hace en función del arbitrio de un tercero.

En ningún caso la determinación de la retribución deberá dejarse al arbitrio de uno de los sujetos de la relación obligatoria, ya que el artículo 1.449 del Código Civil establece, también en sede de compraventa, que «el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»; es decir, que la fijación de la cuantía de la remuneración de la prestación accesorial no puede dejarse ni en manos del socio obligado ni en manos de la sociedad²³.

¹⁸ SACRISTÁN REPRESA, «Las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 382.

¹⁹ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 74; OLIVENCIA RUIZ, «Las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 259, manifiesta que el verbo «determinar» utilizado en el art. 187.1 RRM puede inducir al equívoco de que «la cuantía retributiva ha de estar determinada, cuando es posible y conveniente que sea «determinable»».

²⁰ OLIVENCIA RUIZ, «Las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 259, considera que «esta determinabilidad de la cuantía será el mecanismo de fijación más frecuente en casos de prestaciones de tracto sucesivo o periódico».

²¹ «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

²² «Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Si ésta no pudiere o no quisiere señalarlo, quedará ineficaz el contrato».

²³ En este sentido, las RRDGRN de 24 de junio de 1988 (RJ, 1988, 5239), 7 de marzo de 2000 (BOE de 31 de marzo de 2000) y 27 de julio de 2001 (BOE de 8 de septiembre de 2001) rechazan la validez de las cláusulas estatutarias previstas en relación con prestaciones accesorias de carácter dinerario por entender la Dirección General que se encomienda a la Junta General la determinación de la cuantía y el momento de cumplimiento de la prestación accesorial. Sobre las dos últimas Resoluciones citadas, *vid.* LÓPEZ GARCÍA, «Creación de prestaciones accesorias dinerarias en una sociedad limitada mediante modificación estatutaria: determinación estatutaria del contenido de la obligación. Comentario a las RRDGRN de 7 de marzo de 2000 (BOE de 31 de marzo de 2000) y 27 de julio de 2001 (BOE de 8 de septiembre de 2001)», *op. cit.*, pp. 395 ss.

Una vez que los estatutos reconocen el carácter retribuido de la prestación accesoria y determinan la cuantía de la retribución, es necesario también reflejar en ellos la forma en la que se va a llevar a cabo la retribución de la prestación. Este requisito aparece explícitamente recogido tanto para la sociedad anónima (art. 127 RRM) como para la sociedad de responsabilidad limitada (arts. 23 LSRL y 187 RRM) ²⁴.

Tanto en la legislación vigente como en la regulación anterior se constata la falta de enumeración de las posibles modalidades de retribución permitidas, por lo que se deja la puerta abierta a todas las formas de remuneración posibles en nuestro Derecho, siempre que se respeten los límites del Derecho de Sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Consiguientemente, la remuneración podrá tener carácter dinerario, no dinerario o bien ser una combinación de ambos ²⁵.

b) *No puede superar el valor de la prestación*

A la determinación estatutaria de la remuneración de la prestación accesoria, el artículo 23 LSRL añade otro límite legal a la retribución de la prestación. Así, frente a la inexistencia de cualquier otro límite legal a la compensación de las prestaciones accesorias en el TRLSA, el artículo 23 LSRL determina que «la cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso del valor que corresponda a la prestación». Esta solución del legislador español representa frente a los límites utilizados anteriormente en nuestra legislación. No obstante, todas las variantes utilizadas por nuestro legislador para restringir la compensación de las prestaciones accesorias tienen la misma finalidad: la reducción de los efectos negativos que sobre el capital social pueden producirse con la no aplicación de los principios de garantía del capital ²⁶.

En el artículo 10 de la derogada LRJSRL 1953, los estatutos debían establecer «la compensación que con cargo a beneficios hayan de recibir los socios que las realicen». La doctrina interpretó que con esta disposición era posible cualquier forma de retribución de la prestación siempre que se respetasen los principios del capital, aunque sin hacer depender la retribución de la prestación de la existencia

²⁴ A la modalidad de retribución de la prestación accesoria se hacía también alusión en el art. 10 LRJSRL.

²⁵ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, op. cit., p. 77; OLIVENCIA RUIZ, «Las prestaciones accesorias», en *La Sociedad de Responsabilidad Limitada*, op. cit., p. 262, mantiene que en todo caso la retribución no dineraria deberá ser valorable en dinero, «ya que de otra manera no podría determinarse el límite cuantitativo que impone el art. 23»; PEÑAS MOYANO, «Prestaciones accesorias», op. cit., pp. 633 y 634, manifiesta que lo único que no se puede establecer es un sistema de retribución alternativo, dejándose la concreción de éste a una de las partes, puesto que nos encontraríamos de nuevo con «el problema de dejar la retribución al arbitrio de una de las partes». PÉREZ SANZ, «Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada», op. cit., p. 408.

²⁶ SACRISTÁN REPRESA, «Las prestaciones accesorias», op. cit., p. 382.

de beneficios sociales durante el correspondiente ejercicio²⁷. Este límite tendrá siempre eficacia mientras la prestación accesoria financiera tenga un reflejo en las cuentas anuales de la sociedad —prestaciones accesorias de dar—²⁸. Además, esta restricción a la retribución de la prestación permite establecer una compensación superior al valor de la prestación siempre que la retribución de la misma se efectúe con cargo a reservas²⁹.

Con el artículo 24.2 PLSRL, la retribución de la prestación accesoria se condicionaba a la existencia de un patrimonio igual o superior a la cifra del capital social tras la compensación de la prestación. De esta manera, la remuneración de la prestación se supeditaba a que se diesen las circunstancias requeridas para que se pudieran repartir beneficios, tanto del ejercicio social actual como de ejercicios anteriores —remanentes— o reservas sociales, asegurándose así la permanencia de la sociedad tras el pago de la prestación³⁰. De esta manera, se adoptaba una solución idéntica a la del artículo 213.2, párrafo 1.º, TRLSA para el reparto de dividendos³¹. A diferencia del artículo 10 LRJSRL, este precepto impedía que pudieran remunerarse las prestaciones accesorias si la sociedad no había obtenido beneficios durante el correspondiente ejercicio social³².

²⁷ BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, op. cit., pp. 382 ss.; CARLÓN SÁNCHEZ, «Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en ALBADALEJO y MOTOS (dirs.), *Comentarios del Código de Comercio y legislación mercantil especial*, t. XXIII, Madrid, 1984, p. 126; ITURMENDI BAÑALES, «Discurso en Cortes sobre el régimen jurídico de las sociedades de responsabilidad limitada», *RDN*, 1953, pp. 306 ss., esp. p. 313; ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Génesis y evolución de las prestaciones accesorias», *RDM*, núm. 145, 1977, pp. 271 ss., esp. p. 300, nota 69; URÍA, «Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española», op. cit., p. 332. En la doctrina alemana, vid. FEINE, *Las sociedades de responsabilidad limitada*, traducción de W. Roces, 1930, p. 62; ULMER, «Die Nebenleistungspflichten», en *Hachenburg GmbH-Grosskommentar*, 7.ª ed., Berlin, W. de Gruyter, 1975, Amn. 69. En contra, BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, 9.ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 350; GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «En torno al concepto y régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada», *RDP*, 1956, pp. 911 ss., esp. p. 921, nota 15; PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, «Fundación de la sociedad de responsabilidad limitada», op. cit., p. 424, ya que en estos casos la prestación accesoria perdería su carácter social y su compensación pasaría a convertirse en una remuneración ordinaria derivada de un contrato bilateral y sinalagmático; TRIAS DE BES, «La prestación accesoria en las sociedades de responsabilidad limitada», op. cit., p. 325; VELASCO ALONSO, «La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *Revista de Derecho Financiero*, 3.ª ed., Madrid, 1981, pp. 92 y 93.

²⁸ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, op. cit., p. 95.

²⁹ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, op. cit., p. 97.

³⁰ PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, «Fundación de la sociedad de responsabilidad limitada», op. cit., p. 424, alaba esta disposición, ya que éste entiende que la prestación accesoria tiene una naturaleza híbrida entre participación privilegiada en beneficios y deuda subordinada a la existencia de beneficios. SACRISTÁN REPRESA, «Las prestaciones accesorias», op. cit., p. 383, critica la disposición del texto proyectado por la superprotección del capital social que éste conlleva, asimilando las prestaciones accesorias a las aportaciones al capital social y eliminándose así en buena medida el sentido y la finalidad práctica de las prestaciones accesorias. En el mismo sentido, vid. PEÑAS MOYANO, «Prestaciones accesorias», op. cit., p. 628, y RECALDE CASTELLS, «De las prestaciones accesorias», op. cit., p. 277.

³¹ «Una vez cubiertas las atenciones previstas por la Ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto contable no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social».

³² SACRISTÁN REPRESA, «Las prestaciones accesorias», *RdS*, núm. extraordinario, 1994, pp. 309 ss., esp. p. 322.

Con la vigente LSRL, la retribución de la prestación accesoria no puede exceder del valor que corresponda a la prestación³³. De esta manera, se evita que la remuneración de la prestación encubra una devolución de aportaciones al socio obligado a su cumplimiento. Con esta medida, el legislador trata de crear una cierta relación de equilibrio entre las recíprocas prestaciones de las partes³⁴. La compensación de la prestación que no supere el valor de la prestación no afecta, en ningún caso, al patrimonio social³⁵. Si la prestación accesoria viene a engrosar el patrimonio de la sociedad, la remuneración de la misma no afectará al capital social "acotado" de la sociedad, siempre que la compensación no exceda del valor de la prestación. Todo lo contrario podría producirse si optamos por la solución propuesta por los topes legales formulados anteriormente por el legislador³⁶. El artículo 23 LSRL viene a proteger aún más los intereses de la sociedad, el socio o los socios obligados a la realización de la prestación y los de los acreedores sociales³⁷. Este límite se aplica analógicamente a las sociedades anónimas, ya que éstas, como sociedades de capital, deben proteger su integridad patrimonial frente a idénticos riesgos³⁸.

³³ Según SACRISTÁN REPRESA, «Las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 383, ésta es la solución más coherente con la naturaleza de la prestación accesoria. En el mismo sentido, *vid.* RECALDE CASTELLS, «De las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 278, garantizándose así la flexibilidad de la sociedad de responsabilidad limitada en la fijación de la modalidad de la retribución de la prestación accesoria y asegurando su utilidad práctica. A favor de esta alternativa se mostró BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 387. En contra, PÉREZ DE LA CRUZ BLANCO, «Fundación de la sociedad de responsabilidad limitada», *op. cit.*, p. 424. Esta solución es la adoptada por otros Ordenamientos jurídicos, como el alemán —parágrafo 61 AktG— y el portugués —art. 287.3 del Código das Sociedades Comerciais—. La doctrina alemana también parece adoptar esta solución en las sociedades de responsabilidad limitada; *vid.* FEINE, *Las sociedades de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 62; ULMER y HACHENBURG, *GmbHG*, 8.^a ed., Berlin-New York, 1992, parágrafo 3, Rdn 84. En Italia, si bien no existe una disposición que prohíba la remuneración de la prestación accesoria en una cuantía superior a la del valor de la prestación accesoria realizada, sin embargo, parte de la doctrina italiana sostiene que la prohibición se realiza a través del art. 2.433 del Codice Civile; *vid.* BRUNETTI, *Tratado del Derecho de las Sociedades*, *op. cit.*, p. 259, nota 201; LILLIONI, «Ancora sulle prestazioni accesorie nelle società e nelle cooperative», *Riv. Soc.*, 1964, pp. 56 ss., esp. p. 64; LO CIGNO, «Del Lavoro. Della Società per azioni (artt. 2325-2461)», *Commentario del Codice Civile*, libro V, t. III, Milano, UTET, 1975, p. 38; SANTINI, «Società a responsabilità limitata», en SCIALOJA y BRANCA (eds.), *Comentario del Codice Civile*, 4.^a ed., Bologna-Roma, 1992, p. 80, nota 1.

³⁴ OLIVENCIA RUIZ, «Las prestaciones accesorias», en *La reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, p. 241. En cambio, MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 100, no piensa que esta afirmación sea del todo cierta, ya que la remuneración de la prestación puede ser inferior al valor de la misma. Por esta razón, PEÑAS MOYANO, «Prestaciones accesorias», *op. cit.*, pp. 632 y 633, considera que hubiera sido oportuno que el legislador hubiera previsto un mínimo para la posible compensación de la prestación, salvaguardándose así los intereses del socio o socios obligados con mayor intensidad.

³⁵ PEÑAS MOYANO, «Prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 632; RECALDE CASTELLS, «De las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 277.

³⁶ BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 384. A este autor sigue RECALDE CASTELLS, «De las prestaciones accesorias», *op. cit.*, p. 278.

³⁷ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, p. 93. Por el contrario, PEÑAS MOYANO, «Prestaciones accesorias», *op. cit.*, pp. 632 y 633, considera que el socio prestador queda en desventaja.

³⁸ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, pp. 123 y 124, y bibliografía citada en la p. 124, nota 109.

2. Límites estatutarios

Si bien el artículo 23 LSRL opta por el valor de la prestación como límite para la posible compensación de la prestación accesorio, los estatutos sociales podrán añadir una restricción mayor a la retribuibilidad de las prestaciones. De esta forma, podría adoptarse en éstos que la compensación se realizase con cargo a beneficios³⁹ o que, una vez efectuada la retribución de la prestación, el patrimonio social no fuese inferior a la cifra del capital social.

IV. COMPENSACIÓN DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA. INFRACCIÓN DE LOS LÍMITES A LA REMUNERACIÓN DE LA PRESTACIÓN

Una vez que el socio o los socios obligados cumplen con su obligación de realizar la prestación accesorio, la sociedad está obligada a su retribución en la forma prevista en los estatutos sociales, si así se ha pactado.

Ningún problema plantean las prestaciones accesorias financieras consistentes en un dar, ya que el patrimonio de la sociedad se vio aumentado con el cumplimiento de la prestación, con lo que su devolución conforme a lo previsto en el artículo 23 LSRL no plantea ningún problema. En cambio, si la prestación accesorio no tiene reflejo en la contabilidad de la sociedad, la compensación de la citada prestación sí que puede producir una disminución del patrimonio social por debajo de la cifra de capital instaurada en los estatutos de la sociedad.

En esta situación, conviene hacer una distinción entre las prestaciones accesorias de dar y las de hacer, ya que muchas veces estas últimas se confunden con las prestaciones accesorias de dar —por ejemplo, así sucede con las prestaciones accesorias consistentes en un contrato de préstamo—. En estos casos, la diferencia fundamental se encuentra en la ejecución de la prestación, lo cual es vital para determinar si hay o no cumplimiento de la prestación. Mientras que en las prestaciones accesorias de dar el socio deudor cumple con la entrega del bien o derecho correspondiente, en cambio, en las prestaciones accesorias de hacer, el socio prestador cumple con la efectiva celebración del contrato objeto de la prestación accesorio, con independencia de que los bienes o derechos lleguen a la sociedad acreedora⁴⁰. De este modo, si la prestación accesorio consiste en realizar un contrato de préstamo —prestación accesorio de hacer—, con independencia de la entrega de dicha cantidad a la sociedad, es claro que la devolución de la prestación implica una disminución del patrimonio que puede provocar la reducción del capital social, con

³⁹ MARTÍNEZ NADAL, *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada*, op. cit., pp. 106, 119 y 122, siendo incluso conveniente que se opte por esta posibilidad.

⁴⁰ BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, op. cit., pp. 348-353; LÓPEZ SÁNCHEZ, «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima», op. cit., pp. 851 y 852; PEÑAS MOYANO, *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*, op. cit., p. 93.

el perjuicio que esto puede traer para la sociedad y los acreedores de la misma si se llega a una situación de quiebra.

En ambos casos, la remuneración de la prestación accesoria por un valor superior al de la prestación tendrá la consideración de acto nulo —art. 115.2 TRLSA por remisión del art. 56 LSRL— y se podrá impugnar por todos los accionistas, los administradores de la sociedad y por cualquier tercero que acredite un interés legítimo —art. 117.1 TRLSA por remisión del art. 56 LSRL—, caducando la acción de impugnación en el plazo de un año desde su adopción.

Mayores problemas plantea la remuneración de la prestación accesoria cuando se declara una situación concursal.

V. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LA REMUNERACIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

El momento en que se produce la situación concursal es importante para determinar los efectos jurídicos de dicha situación sobre la remuneración de la prestación. Al respecto, la declaración judicial de concurso de la sociedad presenta dos cuestiones: la primera hace referencia a cuándo los socios van a poder obtener la retribución por la prestación accesoria satisfecha antes del momento de la declaración judicial de concurso; la segunda, qué pasa en aquellos supuestos en que la remuneración de la prestación se produjo antes de dicha declaración de concurso.

1. Remuneración de la prestación accesoria con vencimiento posterior a la declaración judicial del concurso

En el primer supuesto, se podría pretender aplicar la postergación legal de dicho crédito. Esta solución fue la propuesta por nuestro Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (APLSRL), en su Disposición Adicional duodécima, introducía un nuevo Capítulo en el TRLSA 1989, donde los artículos 311⁴¹ y 312⁴² instauraban la postergación legal de los créditos de los socios y de los admi-

⁴¹ «1. En caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa en la liquidación, los créditos que, por sí o por persona interpuesta, tuvieren frente a la sociedad los administradores o cualquier socio con participación en el capital superior al 10 por 100 quedarán postergados de pleno derecho cuando se hubieran contraído por necesidades de financiación que un ordenado empresario habría cubierto mediante aportaciones de capital. En particular, se considerará que concurre esta última circunstancia cuando los créditos hubieran sido concedidos sin determinación de vencimiento o en condiciones que manifiestamente la sociedad no hubiera podido obtener en el mercado.

2. Quedarán igualmente postergados de pleno derecho los créditos de terceros con garantía de administradores de la sociedad deudora o de cualquiera de sus socios con participación en el capital superior al 10 por 100, en los que concurren las circunstancias señaladas en el apartado anterior».

⁴² «1. En caso de suspensión de pagos, quiebra o intervención administrativa en la liquidación, los créditos de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la sociedad deudora quedarán postergados de pleno derecho.

nistradores de la sociedad, así como de otras sociedades pertenecientes al mismo grupo, para evitar así situaciones de infracapitalización nominal. Asimismo, el artículo 316 APLSRL incluía en dicho régimen «los derechos derivados de cualquier otra operación de financiación a la sociedad por las personas a que se refiere el artículo 311, cuando por sus condiciones y finalidad resulte económicamente equiparable a los créditos contemplados en dicho precepto». Con este precepto, la remuneración de las prestaciones accesorias financieras se consideraba como un crédito postergado legalmente cuando se diesen las condiciones legales requeridas.

De dicha regulación se desprenden las siguientes consideraciones. En primer lugar, se establece un presupuesto subjetivo. Para que la postergación entre en juego, los créditos deben haberse concedido a la sociedad: primero, por socios que posean una participación superior al 10 por 100 del capital social, tanto si éstos lo han concedido directamente o mediante personas interpuestas; segundo, por los administradores de la sociedad, aun no teniendo éstos la condición de socios⁴³; tercero, cuando sean concedidos por terceros, siempre que los créditos estén garantizados por los administradores o por los socios que tuvieran una participación en el capital social superior al 10 por 100. Junto con el presupuesto subjetivo, se exige la concurrencia de otro presupuesto de carácter objetivo, y es que el préstamo se hubiese contraído por necesidades de financiación que un ordenado empresario habría cubierto mediante aportaciones al capital social. Vemos aquí claramente el influjo del parágrafo 32.a.1 *GmbHG* alemán, aunque nuestro artículo 311.1 APLSRL es claro al respecto, contemplando dicha disposición que se considerará que se da este presupuesto cuando «los créditos hubieran sido concedidos sin determinación del vencimiento o en condiciones que manifiestamente la sociedad no hubiera podido obtener en el mercado».

En cuanto al ámbito objetivo, los créditos afectados son los de los socios, administradores de la sociedad y terceros con la garantía de dichos socios o administradores, siempre que se cumplan los presupuestos anteriormente esgrimidos.

Por último, era necesario que la sociedad solicitara la suspensión de pagos, incurra en quiebra o que su liquidación sea intervenida administrativamente (art. 311.1 APLSRL).

Una vez vistos los requisitos necesarios para que se pudiera producir la aplicación del régimen jurídico de la postergación legal de créditos del citado APLSRL, los efectos que originaba la postergación de dichos créditos son los siguientes. En primer lugar, los préstamos «no podrán ser satisfechos hasta la íntegra satisfacción o adecuada garantía de los demás créditos», del mismo modo que ocurre con las garantías prestadas por la sociedad para asegurar el cumplimiento de los créditos postergados (arts. 313.1 y 315 APLSRL). En segundo lugar, los créditos no «atri-

2. La misma regla será de aplicación a los créditos de terceros con garantía de sociedad perteneciente al mismo grupo que la sociedad deudora.

3. A los efectos de este artículo, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concurra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.

⁴³ Esta posibilidad la critica SÁNCHEZ CALERO, «Insuficiencia del capital social y postergación legal de los créditos», *AAMN*, XXXIV, 1995, pp. 141 ss., esp. p. 162, por excesiva.

buirán a su titular derecho de voto en las quiebras y suspensiones de pagos de la sociedad» (art. 313.1 APLSRL).

Junto con la medida de la postergación legal de créditos, el artículo 314 APLSRL preveía el supuesto en que cualquiera de los sujetos descritos anteriormente obtuviera la reintegración del préstamo total o parcialmente «en el año anterior a la fecha de admisión a trámite de la solicitud de suspensión de pagos, a la retroacción de la quiebra o al acuerdo de intervención en la liquidación». En estos casos, «el socio o el administrador estarán obligados a entregar a la sociedad el importe por el que se hubiere extinguido o reducido el crédito, con el interés legal correspondiente, y tendrán la condición de acreedores legalmente postergados. Si el crédito hubiera estado garantizado por socios con participación en el capital superior al 10 por 100 o por administradores, el garante está obligado a entregar a la sociedad una cantidad igual a la satisfecha por ésta o a constituir en su favor adecuada garantía». No obstante, dicho precepto exceptúa en su apartado segundo el supuesto de que tal reintegración total o parcial sea consecuencia de un aumento del capital social por compensación de créditos. Esta excepción es lógica, ya que aquí parte del préstamo se convierte en una aportación al capital social, lo que sirve para reforzar aún más las expectativas de los demás acreedores en el cobro de sus créditos.

Todo el régimen expuesto era perfectamente aplicable a los supuestos en que tales créditos fuesen otorgados bajo la figura de las prestaciones accesorias, y ello en base a lo dispuesto por el artículo 316 APLSRL. Efectivamente, no cabe duda de que las prestaciones accesorias dinerarias o financieras se pueden equiparar por su destino a los créditos contemplados en dicho artículo, ya que la prestación accesorias, aun cuando es una obligación que forma parte del contenido de la posición jurídica de socio, no integra el capital de la sociedad, por lo que éstas no tienen la consideración de aportación al capital. Así, si bien éstas constituyen un recurso válido para financiar la sociedad, sin embargo, al igual que los préstamos anteriormente descritos, no forman parte del capital, con lo que su regulación se escapa del riguroso régimen de las aportaciones sociales. En este sentido, es fácilmente constatable cómo los problemas de infracapitalización se reducirían considerablemente si los préstamos otorgados por los socios se sustituyesen por aportaciones al capital social⁴⁴. Éste es el sentido de la Exposición de Motivos del APLSRL cuando señala que se debe «fomentar las ampliaciones de capital de las sociedades e impedir su financiación mediante préstamos o créditos por parte de los socios, cuando concurren determinadas circunstancias, de manera tal que en caso de crisis económica de la sociedad esos créditos se vean degradados y situados en una posición similar a la de los recursos propios».

Sorpresivamente, dicha regulación quedó relegada del texto definitivo del TRLSA⁴⁵. No obstante, el tema de la postergación legal de créditos ha vuelto a

⁴⁴ En este sentido, a favor de la recalificación de los préstamos de socios como aportaciones de capital, *vid.* PAZ-ARES, «Sobre la infracapitalización de las sociedades», *op. cit.*, pp. 1620 ss.

⁴⁵ Al respecto, el parágrafo 32.a de la GmbHG-Gesetz alemana determina que «en caso de que un socio, en el momento en que los demás socios como comerciantes diligentes hubieran aportado capital propiamente dicho a la sociedad, hubiera concedido a ésta, en vez de ello, un crédito, no podrá

retomarse en los Anteproyectos de Ley Concursal de 30 de marzo de 2000 y 5 de septiembre de 2002 ⁴⁶ (ALC) y en los Proyectos de Ley Concursal de 23 de julio de 2002 ⁴⁷ y el definitivo y aprobado por el Congreso de 27 de junio de 2003 ⁴⁸ (PLC), el cual ha dado lugar a la Ley 22/ 2003, de 9 de julio, Concursal (LC) ⁴⁹.

En ambos textos legales los préstamos de socios se consideran como excepciones negativas, como créditos subordinados por la naturaleza personal de sus titulares. Estos préstamos quedan postergados tras los créditos ordinarios. Constituyen un auténtico "antiprivilegio" ⁵⁰. El artículo 92 LC es claro al respecto, considerando

reclamar la devolución del crédito ni en el concurso del capital social ni en el procedimiento de conciliación para evitar el concurso. Un convenio concursal o un convenio acordado en el procedimiento de conciliación producirá efecto frente al derecho de reclamación del socio». Además, el párrafo tercero del mismo párrafo establece que «estas disposiciones serán de aplicación por analogía a otros actos jurídicos de un socio o de un tercero que económicamente sean similares a una prestación de créditos conforme a los apartados 1 y 2». Por otra parte, el párrafo 32b de dicha Ley obliga al socio que garantizó uno de los créditos afectados por la postergación a devolver a la sociedad el importe reembolsado en el año anterior a la apertura de la quiebra. Los párrafos 32a y 32b de la GmbH conforman en la actualidad el contenido de los párrafos 39 y 135 de la Insolvenzordnung de 5 de octubre de 1994 (InsO). *Vid.*, sobre la Ley alemana de la Insolvencia, SCHMIDT, «Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán. La Ley alemana de Insolvencia de 1994 (InsO)», en GARCÍA VILLAVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, traducción al español supervisada por PULGAR EZQUERRA, Madrid, Dylex, 2002, pp. 15 ss. En el Ordenamiento jurídico alemán, este tratamiento de los préstamos sustitutivos de capital se ha transmitido a la sociedad anónima, estableciéndose la prohibición de restitución de aportaciones (párrafo 57 Aktiengesetz) y el derecho de repetición de la sociedad frente al socio por dividendos distribuidos contra la Ley (párrafo 62 Aktiengesetz), restringiéndose por la doctrina alemana la recalificación del préstamo como aportación de capital propio sólo en relación con los efectuados por los accionistas que tengan influencia directa en la dirección de la empresa social. De la misma manera, los arts. 243 a 245 del Código das Sociedades Comerciais portugués someten el reembolso de los préstamos de los socios a la sociedad a un estricto régimen, el cual determina que sólo se hará efectivo en un procedimiento concursal tras la satisfacción de los demás acreedores sociales, y se prevé además la revocabilidad de los reembolsos efectuados a cuenta de dichos préstamos a los socios durante el año inmediatamente anterior. También el Derecho italiano ha reconocido recientemente la postergación legal de los créditos de socios en el art. 2.467 del Codice civile, gracias a la modificación introducida por el «Decreto Legislativo de 17 de enero de 2003, sulla riforma organica della disciplina della società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001». En el Derecho norteamericano, la *Bankruptcy Reform Act* de 1978 reconoce con carácter legal la doctrina jurisprudencial denominada «*Doctrine of Equitable Subordination*» en la sección 510c del *Bankruptcy Code*. Con esta regulación, las *Bankruptcy Courts* actúan como *Courts of Equity*, subordinando éstas en el desarrollo del procedimiento concursal los créditos reclamados por los *insiders* contra la sociedad, siempre que concurren una serie de factores que conducirán a las *Bankruptcy Courts* a declarar inequitativas la conducta de aquéllos. Sobre esta regulación, *vid.* GUASCH MARTORELL, «El modelo estadounidense de tratamiento de los préstamos de socios: la doctrina de la *equitable subordination*», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. III, Madrid, McGraw-Hill, 2002, pp. 3253 ss.

⁴⁶ *Vid.*, al respecto, *Derecho de los Negocios*, núms. 126 y 127, marzo y abril de 2001, y 134, noviembre de 2001.

⁴⁷ *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 101-1, 23 de julio de 2002.

⁴⁸ *Vid.* Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 101-24, 27 de junio de 2003.

⁴⁹ BOE, núm. 164, de 10 de julio de 2003.

⁵⁰ ALONSO LEDESMA, «La clasificación de los créditos en el concurso», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, op. cit., pp. 178 ss., esp. p. 196.

créditos subordinados, entre otros, en su apartado 5.º, «los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente (...)». En este sentido, el artículo 93.2 LC considera «personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica»:

«1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un 5 por 100 del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a cotización en mercado secundario oficial, o un 10 por 100 si no los tuviera». Se ha suprimido del Proyecto anterior la condición de que, en estos casos, «dichos titulares se encuentren con relación a la sociedad en alguna de las situaciones enumeradas en el artículo 42 del Código de Comercio» —posea la mayoría de los derechos de voto; tenga la facultad de nombrar o de destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto; hayan nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración; que desempeñen su cargo en el momento en que se deban formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores—.

2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los apoderados con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieren sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

3.º Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso».

A diferencia del Derecho norteamericano, el carácter subordinado del crédito no toma en consideración la conducta dolosa o fraudulenta del sujeto y, a diferencia del Derecho alemán y del APLSRL, no se establece una presunción de que en determinados supuestos esa actitud dolosa o fraudulenta existe. La subordinación del crédito es automática⁵¹. Los titulares de estos créditos carecen del derecho de voto en las Juntas de acreedores (art. 122.1.1.º LC) y, en caso de liquidación, no podrán ser pagados hasta que hayan aceptado íntegramente satisfacer los ordinarios (art. 158.1 LC). En todo caso, «el pago de estos créditos se realizará por el orden establecido en el artículo 92 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número» (art. 158.2 LC).

⁵¹ ALONSO LEDESMA, «La clasificación de los créditos en el concurso», *op. cit.*, pp. 198-204, critica esta técnica de subordinación automática de los créditos por corresponder su titularidad a personas especialmente relacionadas con el deudor, actuando el legislador en contra del principio de razonabilidad, y apuntando la autora que tal subordinación «no sólo podría contravenir el principio de igualdad constitucionalmente reconocido al introducir una discriminación negativa injustificada, sino que en la práctica podría conducir a resultados inicuos». ALONSO LEDESMA propone que la operatividad de la subordinación de estos créditos debería condicionarse a la existencia de «una situación de patente injusticia entre los acreedores internos y externos», por ejemplo, la existencia de una situación de infracapitalización nominal. La única ventaja que se obtiene con la subordinación automática «es que la automaticidad de la misma evita que el Juez tenga que realizar indagaciones acerca de un “incierto paradigma de conducta” en la persona del acreedor o entrar en consideraciones acerca de la causa por la cual se ha contraído el crédito y, con ello, se elimina la litigiosidad en el seno de los procedimientos concursales».

Sin embargo, a diferencia del APLSRL, la LC carece de un precepto destinado a equiparar la figura de las prestaciones accesorias financieras a la de los créditos subordinados.

Como ya hemos puesto de manifiesto anteriormente, la prestación accesorial es una obligación social que juega en el ámbito interno de la sociedad, a diferencia de los préstamos de socios, los cuales operan en el ámbito externo. Esto trae como efecto principal que estas prestaciones no puedan considerarse, en principio, como crédito subordinado. De ahí que el pago de la prestación accesorial por parte de la sociedad se haya de cubrir, en estos casos, después de haberse satisfecho o garantizado los créditos de los acreedores sociales (arts. 277 TRLSA y 120 LSRL)⁵². Efectivamente, si la prestación accesorial constituye una aportación al patrimonio social, ésta no puede restituirse a los socios sino después del cumplimiento de las obligaciones que pertenecen al ámbito externo, aun cuando el tercero tenga la condición de socio. De esto se deduce que la prestación accesorial financiera —obligación social perteneciente a la esfera de las relaciones internas— tiene mayores ventajas que el préstamo de dinero a la sociedad por un socio —concerniente a las relaciones sociales externas—. En estos casos, el socio realiza una mayor aportación a la sociedad, si bien sigue sin tomar parte en la conformación del capital social. De esta manera, la sociedad evita, además, una situación de endeudamiento en el mercado, lo que le va a permitir, cuando sea necesario, poder solventar con mayores garantías cualquier contingencia económica adversa. Por el contrario, el importe de los préstamos de socios a la sociedad como terceros no integran los fondos propios de la sociedad, no forman parte del patrimonio neto social, sino que están integrados en el activo, compensándose éstos por el crédito a favor del socio en el pasivo. Por esta razón, los socios prestamistas pueden concurrir en la masa pasiva de la quiebra si la sociedad se declara en concurso⁵³.

2. Remuneración de la prestación accesorial con vencimiento anterior a la declaración judicial del concurso

La compensación de la prestación accesorial con vencimiento antes de la declaración de concurso no plantea problemática alguna siempre que respete el límite del valor de la prestación, aun produciéndose con dicho pago el concurso de la sociedad. En este caso si estaríamos ante una situación de infracapitalización nominal de la sociedad. Para evitar esta situación es conveniente que se incluya en los estatutos sociales una cláusula que, junto con el límite legal del valor de la prestación, no

⁵² En este sentido, *vid.* ESPÍN GUTIÉRREZ, «La reintegración del capital», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. III, *op. cit.*, pp. 2279 ss., esp. p. 2292. En este sentido, *vid.* también GARCÍA VILLAVARDE, «Créditos participativos», *RdS*, núm. 9, 1997, pp. 13 ss., esp. p. 18; COLINO MEDIAVILLA, «Reflejo y alcance contable de las deudas subordinadas. Primeras reflexiones en torno al apartado 2.3.3 de la "Comunicación interpretativa sobre determinados artículos de la Cuarta y de la Séptima Directivas del Consejo relativas a las cuentas" (DOCE de 20 de enero de 1988)», *RdS*, núm. 10, 1998, pp. 473 ss., esp. p. 489.

⁵³ ESPÍN GUTIÉRREZ, «La reintegración del capital», *op. cit.*, p. 2305, nota 94.

permita efectuar la retribución de la prestación accesoria más que con cargo a beneficios o cuando el patrimonio social no fuese inferior a la cifra del capital social.

a) *Acciones de reintegración*

Sin embargo, si la remuneración de la prestación supera dicho límite, se abre la vía para el ejercicio de las acciones de reintegración contempladas por la LC, y que producen la rescisión del acto perjudicial para la masa activa. Se pueden producir dos situaciones. En primer lugar, que el pago de la prestación se haya efectuado en el plazo de dos años antes de la declaración del concurso. En este caso, el socio deberá devolver a la sociedad la cantidad recibida en exceso, aunque no hubiese existido intención fraudulenta por parte del socio (art. 71.1 LC), salvo que resulte probado que no hubo perjuicio patrimonial alguno (art. 71.3 LC). En todo caso, la remuneración de la prestación accesoria realizada antes de la declaración del concurso se considerará perjudicial para la masa activa de la quiebra, no admitiéndose prueba en contrario, si su vencimiento era posterior a dicha fecha (art. 71.2 LC).

La legitimación activa para el ejercicio de las acciones rescisorias y demás de impugnación corresponderá a la administración concursal y a los acreedores, siempre que hayan instado por escrito de la administración concursal el ejercicio de alguna acción, señalando el acto concreto que se trate de rescindir o impugnar y el fundamento para ello —en nuestro caso, la remuneración de la prestación accesoria sin haberse respetado lo establecido en el art. 23 LSRL y, en su caso, lo dispuesto en los estatutos sociales—, y que la administración concursal no lo hiciere dentro de los dos meses siguientes al requerimiento (art. 72. 1 LC). En este último caso, la demanda se notificará a la administración concursal (art. 72.3 LC).

En todo caso, la demanda de rescisión deberá dirigirse contra la sociedad y sus administradores (art. 72.2 LC).

b) *Acción pauliana*

En segundo lugar, si la retribución de la prestación se efectuó previamente al plazo de dos años inmediatamente anterior a la declaración del concurso, los acreedores sociales, en virtud de los artículos 1.111 y 1.295.2 CC, podrán impugnar mediante la acción pauliana dicha remuneración siempre que haya existido un fraude contra sus derechos. El ejercicio de esta acción se considera como un supuesto típico de inoponibilidad, la cual determina la impugnación de la retribución de la prestación, provocándose así la rescisión del acto de retribución de la prestación realizado en perjuicio o fraude de los acreedores sociales. Sin embargo, la ineficacia de la retribución de la prestación sólo podrá invocarse por parte de los acreedores

protegidos, y nunca por el resto —eficacia relativa—, ya que el acto de la remuneración de la prestación accesoria frente a los demás es válido ⁵⁴.

c) *Responsabilidad social y concursal de los administradores de la sociedad*

Junto con las acciones de reintegración y la acción pauliana, los administradores de la sociedad pueden responder social y concursalmente por las deudas sociales a consecuencia de la remuneración de la prestación accesoria por encima de su valor y, en su caso, sin respetar lo establecido en los estatutos de la sociedad al respecto.

El artículo 48.2 LC abarca la posibilidad del ejercicio de las acciones de responsabilidad frente a los administradores «conforme a lo establecido en otras leyes» por los administradores concursales, no necesitando éstos el previo acuerdo de la Junta o asamblea de socios. Sin embargo, sólo se contemplan las acciones que asistan a la sociedad deudora contra sus administradores. Esto excluye el ejercicio de la acción individual de responsabilidad (arts. 135 TRLSA y 69.1 LSRL) y la acción de responsabilidad derivada de los artículos 262.5 TRLSA y 105.5 LSRL, y todo esto a pesar de que en la Exposición de Motivos de la LC el legislador se refiere expresamente a «las acciones de responsabilidad contra los administradores» (Exposición de Motivos, III, párrafo 6.º, LC). Únicamente se contempla la acción social de responsabilidad (arts. 134 TRLSA y 69.1 LSRL), estableciéndose la legitimación activa de los administradores concursales en cuanto órgano del concurso ⁵⁵.

La responsabilidad social de los administradores se fundamenta en el daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por el incumplimiento del deber de diligencia que la Ley impone a éstos respecto del ejercicio de sus funciones o competencias inherentes a su cargo (arts. 127.1 y 133 TRLSA y 61.1 LSRL), lo que determina el carácter legal y por culpa de la responsabilidad. De esta manera, la acción social de responsabilidad se configura como una responsabilidad civil

⁵⁴ En este sentido, *vid.* GALÁN LÓPEZ, «Algunas cuestiones en torno al régimen concursal de protección de los acreedores de las sociedades unipersonales (art. 128.2 de la LSRL)», *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. IV, *op. cit.*, pp. 3771 ss., esp. pp. 3792 ss. Sobre la ineficacia relativa del acto o negocio jurídico realizado en fraude de acreedores, *vid.* CRISTÓBAL MONTES, *La vía pauliana*, Madrid, 1987, p. 183; DE CASTRO, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial. Estudios de los artículos 1.911 y 1.111 del Código Civil», *RDP*, 1932, pp. 193 ss.; ORDUÑA MORENO, *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1992. También destacamos, en relación con los antecedentes de dicha acción en el Derecho romano, el exhaustivo y novedoso trabajo de reconstrucción de las fuentes históricas realizado por DEL PINO TOSCANO, *Recursos procesales contra el fraud creditorum en el Derecho romano clásico*, Sevilla, Lagares, 2003.

⁵⁵ Sobre los antecedentes en nuestro Derecho y en el Derecho comparado del régimen de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal, *vid.* ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, *op. cit.*, pp. 263 ss., esp. pp. 266-278.

indemnizatoria por daños ⁵⁶. La remuneración de la prestación accesoria por encima de su valor y, en su caso, sin respetar las condiciones instauradas en los estatutos, abre la vía social para la exigencia de responsabilidades a los administradores de la sociedad. El efecto que deriva del ejercicio de la acción social de responsabilidad contra los administradores es el reintegro del patrimonio de la sociedad, compensándose así, de una manera indirecta, el perjuicio ocasionado a socios y acreedores ⁵⁷. Junto con los administradores concursales, los acreedores de la sociedad tendrán legitimación activa siempre que se cumplan dos requisitos: primero, la acción sólo podrán ejercitarla en defecto del ejercicio de la acción por la sociedad y los socios que representen, al menos, un 5 por 100 del capital social; segundo, el patrimonio social debe resultar insuficiente para la satisfacción de sus créditos (art. 134.5 TRLSA). En este sentido, es necesario que la situación de insolvencia exista cuando se ejercite la acción y que ésta no haya prescrito ⁵⁸.

⁵⁶ ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, pp. 285 ss. Sobre la acción de responsabilidad contra los administradores, *vid.* BELTRÁN SÁNCHEZ, «Pérdidas y responsabilidad de los administradores (comentario a las Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de noviembre de 1991 y de la Audiencia Provincial de Oviedo de 1 de diciembre de 1992)», *RDM*, 1992, pp. 471 ss.; CALBACHO LOSADA, *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de las sociedades de capital*, Valencia, 1999; CRUZ RIVERO, «Sentencia de 20 de diciembre de 2002. Acción social de responsabilidad. Presupuestos de la responsabilidad de los administradores», *CCJC*, núm. 62, 2003, pp. 585 ss.; DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, Madrid, 1995; FAIRÉN, «La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima», *RDP*, 1955, pp. 865 ss.; GALÁN CORONA y GARCÍA CRUCES, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital*, Madrid, 1999; GARCÍA DE ENTERRÍA, «La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», *RJC*, 1981, pp. 585 ss.; GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades (actualizado según las Leyes de Sociedades de Responsabilidad Limitada y General Tributaria)*, 3.^a ed., Madrid, 1996; GIRÓN TENA, «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima en el Derecho español», *ADC*, 1959, pp. 419 ss.; HURTADO COBLES, *La responsabilidad de los administradores societarios en el ámbito civil y social*, Barcelona, 1998; ITURMENDI, «La responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima», *RES*, 1990, pp. 37 ss.; MACHADO PLAZAS, *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*, Madrid, 1997; MARTÍNEZ MACHUCA, «Algunas cuestiones sobre la acción social de responsabilidad (arts. 133-134 LSA)», en AAVV, *Estudios Lanzas-Selva*, t. I, Madrid, 1998, pp. 533 ss.; MORA MATEO, «La responsabilidad civil del administrador de la sociedad anónima», *RGD*, 1993, pp. 1849 ss.; NEILA NEILA, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital (mercantil, civil, penal, administrativa)*, Madrid, 1995; RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, «Sentencia de 28 de junio de 2000. Responsabilidad de los administradores en la sociedad anónima frente a los socios y a los terceros. El ejercicio de la acción individual de daños (art. 135 LSA) y el ejercicio de la acción por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad (art. 262.5 LSA)», *CCJC*, núm. 55, 2001, pp. 167 ss.; SÁNCHEZ CALERO, «Supuestos de responsabilidad de los administradores en la LSA», en AAVV, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 905 ss.; SANTOS BRIZ, «Responsabilidad civil de los administradores y representantes de empresas y sociedades mercantiles», *RDP*, 1995, pp. 315 ss.; SUÁREZ LLANOS, «La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima», en *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, t. II, *op. cit.*, pp. 2481 ss.

⁵⁷ ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, p. 285.

⁵⁸ Según el artículo 949 CCo, «la acción contra los socios garantes y administradores de las compañías o sociedades terminará a los cuatro años, a contar desde que por cualquier motivo cesaren en

Sin embargo, el estado de insolvencia, con independencia de que abra o no la vía concursal, sólo provoca una ampliación de la legitimación activa para la interposición de la acción social de responsabilidad contra los administradores de la sociedad. El artículo 48.2 LC no altera la naturaleza social de esta acción, por lo que no estamos aquí ante una acción concursal⁵⁹. Las ventajas de la naturaleza social de la acción se derivan del hecho de que cabe incluso que, caso de declararse el concurso, el resarcimiento de los administradores obtenido en virtud de su ejercicio permita superar el estado de insolvencia, e incluso que se origine la quiebra o el concurso de todos o algunos de los administradores de la sociedad, personándose la sociedad como acreedora⁶⁰.

Se atribuye la competencia para conocer de dicha acción al Juez del concurso siempre que la acción social de responsabilidad se ejercite durante la tramitación del concurso. Cuando ésta se haya interpuesto en un momento anterior, el Juez del concurso será competente en la fase en que se encuentre la acción social de responsabilidad en el momento de declararse el concurso⁶¹.

Junto con el ejercicio de la acción social de responsabilidad, la LC establece la responsabilidad concursal de los administradores de la sociedad deudora. Esta responsabilidad concursal se desarrolla mediante dos supuestos.

En primer lugar, el artículo 48.3 LC establece una «responsabilidad concursal cautelar» de los administradores de derecho y de hecho, cuya exigencia se supedita a que se den cuatro presupuestos: uno, que se declare el concurso; dos, que resulte

el ejercicio de sus funciones». ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, p. 288, critica que la legitimación activa se encomiende también a quienes no sean los administradores concursales, pues lo lógico es que sólo la administración concursal esté legitimada para el ejercicio de la acción social de responsabilidad, y ello en base a la primacía en sede concursal del principio de protección de los acreedores como criterio rector del concurso. Ésta fue la opción seguida por el profesor Rojo en el artículo 57.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995: «Durante la tramitación del concurso de la sociedad, la acción social contra los administradores, auditores y liquidadores de la sociedad deudora corresponderá exclusivamente a los síndicos o a los interventores, los cuales podrán ejercitarla sin necesidad de acuerdo de la junta o asamblea de socios» (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1768). ALONSO UREBA, por su parte, alaba la decisión de atribuir al Juez del concurso la competencia para conocer en su caso del ejercicio de la acción social de responsabilidad, incluso en aquellos casos en que ésta se interponga por cualquiera de los demás legitimados activamente por el artículo 134 TRLSA, *vid.* ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, pp. 288 y 289.

⁵⁹ ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, p. 286.

⁶⁰ ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, p. 286.

⁶¹ ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, p. 289, en relación con el artículo 47.2 ALC, de acuerdo con el amplio tenor con que se ha redactado el precepto.

fundada la posibilidad de que el concurso se vaya a calificar como culpable; tres, que la masa activa vaya a resultar insuficiente para el pago de todos los créditos; y cuatro, que el cargo de administrador se haya ejercitado durante los dos años anteriores a la declaración del concurso. El cumplimiento de estos presupuestos autoriza el embargo de los bienes y derechos de los administradores de la sociedad deudora. No obstante, el embargo puede sustituirse por el aval prestado por una entidad de crédito.

En segundo lugar, el artículo 172.3 LC reconoce la acción concursal de responsabilidad contra los administradores de derecho o de hecho por el importe de los créditos que los acreedores sociales no obtengan con la liquidación de la masa activa⁶². En todo caso, la responsabilidad concursal se condiciona al cumplimiento de dos presupuestos. En primer lugar, que se produzca la liquidación de la sociedad. En segundo lugar, que se califique el concurso como culpable. Cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera existido dolo o culpa grave por parte de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho, el concurso se calificará como culpable (art. 164.1 y 2.5.º LC). En todo caso, el pago de la prestación cuyo vencimiento era posterior a la fecha de la declaración del concurso supone un perjuicio patrimonial para la sociedad deudora que no admite prueba en contrario (art. 71.2 LC). En los demás casos, la remuneración de la prestación por encima del valor de la prestación sólo se podrá considerar fraudulenta cuando se demuestre por quien ejercite la acción que la sociedad ha sufrido un perjuicio patrimonial (art. 71.4.º LC). A diferencia de la acción social de responsabilidad, la responsabilidad concursal de los administradores sólo se fundamenta en el 133 TRLSA. La calificación como culpable del concurso determina, en primer lugar, «la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo período, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio» (art. 172.2.2.º LC) y, en segundo lugar, la pérdida de cualquier derecho que éstas y sus cómplices «tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados».

En ambos casos, la responsabilidad de los administradores es personal y solidaria, no exonerando a éstos en ningún caso el hecho de que la remuneración de la prestación por encima de su valor o sin respeto de las cláusulas estatutarias haya sido adoptada, autorizada o ratificada por la Junta General de la sociedad (art. 133.2 y 3 TRLSA).

Una vez visto el posible ejercicio de las acciones social y concursal de responsabilidad contra los administradores de la sociedad, el problema que se nos plantea

⁶² «Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieran tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa».

es el de la potencial confusión entre ambos tipos de acciones, pudiéndose originar una doble sanción a los administradores de la sociedad por un supuesto de hecho idéntico⁶³. Ante esta situación, lo más razonable será la exclusión de la acción social de responsabilidad, puesto que la responsabilidad concursal satisface todos los intereses en presencia, pues éstos se corresponden con los de los acreedores de la sociedad⁶⁴.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, las prestaciones accesorias financieras son perfectamente admisibles en nuestro Ordenamiento jurídico, integrando éstas el contenido obligatorio de la posición jurídica de socio.

La prestación accesorias consistente en el préstamo de dinero a la sociedad tiene mayores ventajas que el préstamo de socio frente a los acreedores sociales. En estos casos, la consideración de la prestación accesorias como parte integrante de los fondos propios de la sociedad disminuye el endeudamiento de la sociedad en el mercado, lo cual rebaja considerablemente la probabilidad de que acontezca una situación concursal. Esto supone además un incremento de la capacidad de crédito de la sociedad que le permite, cuando sea necesario, poder solucionar con superior facilidad sus problemas económicos.

Este tipo de prestaciones accesorias, en principio, no plantea problemas cuando se produce una situación concursal antes de la devolución del préstamo. Así, los préstamos de socios, como obligaciones ajenas al contrato de sociedad, se verían satisfechos antes que este tipo de prestaciones, aunque tengan la consideración de créditos subordinados.

En los demás supuestos habrá que estar al caso concreto para determinar si son aplicables las acciones de impugnación y de reintegración previstas y, en último caso, impugnar la compensación de la prestación realizada en fraude de acreedores mediante la acción pauliana. Conjuntamente, los acreedores podrán solicitar la responsabilidad social y concursal de los administradores cuando sea procedente.

Ningún problema plantean, en cambio, las prestaciones accesorias financieras cuando éstas consisten en donaciones efectuadas por los socios a la sociedad, ya que en estos casos el dinero pasa a engrosar el patrimonio social, no pudiéndose devolver dichas cantidades más que en concepto de beneficios o como cuota de liquidación, suponiendo esto último, en todo caso, la satisfacción de los acreedores sociales⁶⁵.

⁶³ ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, p. 290.

⁶⁴ ALONSO UREBA, «La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», *op. cit.*, p. 290, quien propone, además, ampliar la responsabilidad concursal a los supuestos de "convenio" y sin establecerse la exoneración en caso de culpa.

⁶⁵ BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, *op. cit.*, pp. 304 y 305.