

# SINGULARIDADES DE LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALES ¿SOCIEDADES DE CAPITALES HÍBRIDAS?

**JESÚS ANTONIO ROMERO FERNÁNDEZ**  
*Profesor Contratado Doctor*  
*Universidad de Sevilla*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, doña María Teresa BOTE GARCÍA, doña Soraya CALLEJO CARRIÓN, don Gonzalo DOMÍNGUEZ RUIZ, don Carlos ROGEL VIDE y don Alberto TAPIA HERMIDA.

## **Extracto:**

LA Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, regula el ejercicio de los servicios profesionales y posibilita la creación de una nueva clase de profesional colegiado: las sociedades profesionales. En la presente monografía se analizan las adaptaciones que la Ley 2/2007 realiza en aspectos esenciales de la regulación recogida en nuestro Derecho societario, para crear un marco adecuado en el que desenvolverse las sociedades profesionales de capitales. En concreto, se estudia la especialización que la Ley 2/2007 hace del ordenamiento societario para adaptarlo a las peculiaridades y necesidades que plantea el ejercicio en común, unas veces de forma general, con el propósito de incidir sobre todas las estructuras tipológicas del Derecho de sociedades y acoplarlas al modelo de sociedad profesional, y otras de forma particular sobre determinados tipos societarios que necesitan alterar algunos aspectos de su régimen. A esta especialización de alcance particular se adscribe el artículo 17 de la Ley 2/2007, del que se hace un análisis pormenorizado, sin el cual no sería posible constituir sociedades profesionales de capitales porque chocarían con los principios que tienen encomendada la tarea de garantizar la esencialidad propia del tipo y que actúan como límites a la libertad contractual de las partes.

**Palabras clave:** sociedades profesionales de capitales.

# Sumario

- I. Introducción.
- II. La forma social capitalista en las sociedades profesionales.
- III. La nominatividad obligatoria como forma de representación de las acciones.
- IV. El aumento de capital en las sociedades profesionales de capitales.
  1. Introducción.
  2. Especialidades en la supresión del derecho de suscripción preferente.
  3. El valor de emisión de las nuevas acciones o participaciones promocionales.
- V. La reducción de capital en las sociedades profesionales de capitales.
  1. Las finalidades de las reducciones de capital.
  2. La valoración de la participación del socio en las reducciones de capital.
- VI. Adquisición de las acciones o participaciones propias en las sociedades profesionales de capitales.
  1. Supuestos de aplicación de las especialidades en materia de autocartera.
  2. Las normas especiales en materia de autocartera.
- VII. El régimen de las prestaciones accesorias en las sociedades profesionales de capitales.
  1. La obligatoriedad de las prestaciones accesorias.
  2. Especialidades en la retribución de las prestaciones accesorias.
    - 2.1. Preliminar.
    - 2.2. El régimen de retribución de las prestaciones accesorias.
      - 2.2.1. La contribución de cada socio a la buena marcha de la sociedad como sistema de retribución.
      - 2.2.2. El acuerdo de reparto de beneficios a través de la retribución de las prestaciones accesorias.
    - 2.3. La inaplicación de la limitación del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

## I. INTRODUCCIÓN

La publicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales (BOE de 16 de marzo de 2007) –en adelante Ley 2/2007 o LSP–, satisface una intensa y larga aspiración del mercado español, cual es la de regular el ejercicio de los servicios profesionales que constituyen un sector económico fundamental y de creciente importancia en la economía española, y posibilita la creación de una nueva clase de profesional colegiado: las sociedades profesionales<sup>1</sup>. La Ley 2/2007 tiene su origen en la «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales de 1998 (elaborada en el seno de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación) y responde a las recomendaciones de la Comisión Europea en relación con la necesaria regulación de los servicios profesionales, y que pone en práctica lo acordado en la Agenda 2000 del Consejo Europeo de Lisboa<sup>2</sup>.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2007, la realidad social mostraba una tendencia generalizada hacia la societización profesional, es decir, a organizar la prestación de servicios profesionales por medio de sociedades. En cambio, en el plano normativo de nuestro país no

<sup>1</sup> Estas sociedades pueden tener por objeto la actividad propia del ejercicio de la abogacía, de la medicina, de la arquitectura, de la farmacia (sin perjuicio, en este caso, de la titularidad del establecimiento), de la ingeniería, especificando su clase, de la auditoría, etc.

<sup>2</sup> Mucho antes de la publicación de la Ley 2/2007 la doctrina ya puso de manifiesto la necesidad de crear el ámbito normativo preciso para regular la tendencia generalizada a organizar la prestación de servicios profesionales por medio de sociedades, al no haber reconocido el legislador la legitimidad del fenómeno societario profesional; *vid.*, entre otros, PAZ-ARES, C., «Las sociedades profesionales (principios y bases de la regulación proyectada)», *RCDI*, 1999, págs. 1.257-1.274; y en «Las sociedades profesionales. Una introducción», *La Ley* cuarto trimestre de 2005, D-253, págs. 1.030-1.035; VERGEZ SÁNCHEZ, M., «Breves reflexiones sobre las llamadas sociedades profesionales», en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, págs. 4.507-4.527; DELGADO GONZÁLEZ, A.F., *Las sociedades profesionales*, Madrid, 1996; GARCÍA PÉREZ, R., *El ejercicio en sociedad de profesionales liberales*, Barcelona, 1997; GARCÍA ROMANILLOS, J., «Ley de Sociedades Profesionales: responsabilidad e incompatibilidades», *La Ley*, cuarto trimestre 2005, D-250; VILLARINO MARZO, J., «Profesional liberal y ejercicio en sociedad», *La Ley*, cuarto trimestre de 2005, D-255, págs. 1.041-1.046; MORENO-LUQUE CASARIEGO, C., *Sociedades Profesionales Liberales*, Barcelona 1994; ORTEGA REINOSO, G., «Sociedad profesional: composición de los despachos de abogados», *RDP*, noviembre-diciembre 2006, págs. 75-96; CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, Madrid, 2000, y en «El Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales: un paso adelante en su reconocimiento y regulación», *La Ley*, cuarto trimestre 2005, D-250, págs. 1.035-1.040; MEZQUITA DEL CACHO, J.L., «Las sociedades profesionales», *Academia Sevillana del Notariado*, núm. VII, año 1993, págs. 343-419; GARCÍA MÁZ, F.J., «Las sociedades profesionales», *Instituciones de Derecho Privado* (cord. J.F., Delgado de Miguel), vol. 6, t. I, Madrid, 2003, págs. 155-194, y en «Problemas y soluciones de las sociedades profesionales, cara a una futura Ley», *RCDI*, 2002, págs. 9 y 10.

existía una regulación societaria profesional sistemática y adaptada a las necesidades de los profesionales, lo que llevó a la dogmática a realizar un esfuerzo por construir, a partir del Derecho de Sociedades y de las normas que regulan las actividades profesionales, un régimen jurídico que viniera a contemplar aquella realidad y a esgrimir argumentos a favor y en contra de la admisión de las sociedades profesionales que viene a regular esta ley.

En primer lugar, se señalaba, como argumento contrario a las sociedades profesionales, que la necesaria titulación y colegiación para el ejercicio de la actividad profesional se podía cumplir por las personas físicas, pero no por las personas jurídicas. Los defensores de la admisibilidad de las sociedades profesionales mantenían que no era necesaria la colegiación de la sociedad como profesional porque bastaba que estuvieran colegiados los profesionales que desarrollaban materialmente la actividad. Con la Ley 2/2007 se exige que se otorgue a la sociedad el *status* de profesional colegiado, obligándola a inscribirse en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional que corresponda a su domicilio social (art. 8.4 LSP).

El segundo argumento que se esgrimía para impedir la creación de sociedades profesionales era que la intervención de la persona jurídica en la prestación de servicios profesionales serviría para eludir ciertas exigencias del ordenamiento profesional así como para escapar a la disciplina corporativa correspondiente. Sin embargo, la Ley 2/2007 viene a diluir estos peligros al exigir en el artículo 9.1 que «la sociedad profesional y los profesionales que actúan en su seno ejercerán la actividad profesional que constituya el objeto social de conformidad con el régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional» y que «en ningún caso será obstáculo el ejercicio de la actividad profesional a través de la sociedad para la efectiva aplicación a los profesionales, socios o no, del régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional» (art. 9.2 LSP) <sup>3</sup>.

El tercer argumento hacía alusión al carácter personalísimo de los servicios prestados por el profesional que chocaría con el ejercicio de la actividad por parte de una sociedad, de modo que podría quebrarse la relación de confianza que se genera entre el cliente y el profesional liberal si la actividad fuese prestada por un ente abstracto <sup>4</sup>, como la sociedad, al impedir al que solicita los servicios profesionales elegir la concreta persona física del que desea recibir los servicios. A este argumento se esgrimía que cuando la sociedad profesional presta sus servicios en realidad quien lo hace es una persona física, que cumple con los requisitos exigidos de titulación y colegiación, siendo la sociedad profesional un mero centro de imputación de derechos y obligaciones, y que el *intuitus personae* puede predicarse también en relación a un grupo de personas agrupadas en una organización, en lugar de respecto a una persona individual <sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Además, al margen de la responsabilidad personal del profesional actuante, la sociedad puede ser sancionada en los términos establecidos en el régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional (art. 9.2 II LSP).

<sup>4</sup> *Vid.*, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 2 de junio de 1986, 23 de abril de 1993 y 26 de mayo de 1995, entre otras, conforme a las cuales «el carácter estrictamente personal de la actividad profesional prohíbe que esta pueda ser atribuida a un ente abstracto».

<sup>5</sup> Cfr. artículo 5 de la LSP conforme al cual la sociedad profesional «únicamente podrá ejercer las actividades profesionales constitutivas de su objeto social a través de personas colegiadas en el Colegio Profesional correspondiente para el ejercicio de las mismas» y que aunque «los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad», ello se hará «sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales» que intervengan en el ejercicio de aquella actividad».

En cuarto lugar, con anterioridad a la publicación de la Ley 2/2007 se defendía que con las sociedades profesionales se coartaba la libertad de la que debe gozar todo profesional que presta su actividad, al ser la sociedad la que elegiría los encargos que acepta y el modo de coordinar y distribuir su ejecución entre los socios. No obstante, y aunque se trata de un argumento sólido, se alegaba que seguiría correspondiendo al profesional la toma de decisiones para satisfacer los intereses del cliente y el análisis técnico del encargo, sin que la sociedad pueda alterar esa discrecionalidad técnica.

Por último, se mantenía que en las sociedades profesionales podría quebrarse el principio de que el profesional ha de desempeñar su actividad bajo su personal responsabilidad, de modo que la interposición de la sociedad podría acarrear la no responsabilidad del profesional que presta el servicio. Sin embargo, el legislador conecedor de estos argumentos establece en el artículo 11.2 de la LSP que, con independencia del régimen de responsabilidad de los socios por las deudas sociales (que se rige por la normativa de la forma social que adopte la sociedad profesional), de las «que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan».

La Ley 2/2007 ha tenido presente todos los argumentos esgrimidos por los detractores de las sociedades profesionales y ha tratado de conjugar los múltiples peligros anunciados por ellos, intentando establecer para estas sociedades un régimen jurídico respetuoso con los principios que gobiernan el ejercicio de las profesiones liberales. Esta ley, que aparece en el marco de una realidad social que evidenciaba una tendencia generalizada a organizar el ejercicio de la profesión por medio de sociedades, representa uno de los tantos frutos legislativos que vienen a impulsar todo un proceso de innovación y especialización, más de régimen que de tipología, de nuestras instituciones societarias, y supone una prueba más de que el ejercicio profesional y el esquema societario no solo son compatibles entre sí, sino que conforman una combinación perfecta para atender las necesidades de los profesionales que decidan constituir la y de los clientes que utilizan sus servicios.

Con esta ley, que surge al ponerse de manifiesto la cada vez más extensa implantación de colectivos de profesionales que se unen para prestar servicios a sus clientes en razón a dos parámetros fundamentales como son la especialización y la división de trabajo, nuestro legislador pretende, por un lado, compatibilizar las normas deontológicas y disciplinarias que rigen el ejercicio de la actividad profesional y el nuevo profesional colegiado que es la sociedad, por otro lado, zanjar de raíz los obstáculos y restricciones jurídicas que amenazaban el adecuado desarrollo de las sociedades profesionales al objeto de garantizar su competitividad en el mercado, y, por último, garantizar la competitividad de nuestras sociedades profesionales en el marco de una economía internacional en la que la mayor parte de los servicios profesionales son prestados, en la actualidad, por personas jurídicas.

Ante la inexistencia de una regulación societaria profesional sistemática y adaptada a las necesidades de los profesionales no es de extrañar que se le haya dado cobertura legal a través de un nuevo régimen jurídico, inexistente hasta ahora, que introduce garantías de certidumbre y seguridad jurídica sobre las relaciones jurídico-societarias que tienen lugar en el ámbito profesional, además de un adecuado régimen de responsabilidad a favor de los clientes o usuarios de los servicios profesiona-

les que se prestan en el mercado de la organización colectiva que ven ampliada la esfera de sujetos responsables (tal como se señala su Exposición de Motivos), y tienen la garantía de que tanto la sociedad como sus profesionales desarrollarán la actividad de conformidad a las reglas o códigos deontológicos que sean de aplicación.

La Ley 2/2007 viene a regular la auténtica sociedad profesional, como respuesta hacia la «socio-tarización», «mercantilización» y «globalización» del ejercicio de las profesiones colegiadas, es decir, a organizar el ejercicio de la profesión por medio de sociedades, que no había encontrado hasta la publicación de esta ley un marco adecuado en el que desenvolverse, y no la hasta ahora llamada sociedad de profesionales que era aquella sociedad que se limitaba a ser mediadora entre el profesional y el cliente que demandaba sus servicios. Se trata de una ley que es fiel reflejo del momento actual en el ejercicio de muchas profesiones colegiadas y de la realidad de unos ejercicios colectivos que deben facilitarse desde un punto de vista normativo, y que no viene a proteger únicamente a los profesionales que actúan desde esa óptica societaria sino también a los propios usuarios de esos servicios profesionales.

## II. LA FORMA SOCIAL CAPITALISTA EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LSP difícilmente se comprendía la admisión de las sociedades de capital para el ejercicio de las sociedades profesionales liberales, a diferencia de lo que ocurría para el caso de las sociedades mercantiles de corte personalista. Y ello por los obstáculos derivados de la dificultad de armonizar los principios informadores de la actividad profesional con el régimen jurídico de estas sociedades de naturaleza corporativa; dificultad que, en términos generales, venía siendo considerada como un problema de incompatibilidad general del tipo de las sociedades de capitales<sup>6</sup>. Ciertamente, a diferencia de las sociedades personalistas, en las sociedades de capitales arquetipo –las sociedades anónimas– las características personales son más irrelevantes a los efectos de la organización de la sociedad, de modo que la atribución del *status* de socio se articula sobre la aportación de capital, y no sobre las condiciones personales de los socios, a lo que se añade su carácter abierto, es decir, la tendencia hacia la libre transmisibilidad de la cuota de capital que, junto con la posibilidad de emisión de acciones al portador, hace más complicado el control de los socios y permite que la composición social pueda cambiar de manera opaca<sup>7</sup>. A ello debía añadirse también el que la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) asume como punto de partida el criterio del «heteroorganicismo», esto es, que la gestión de la sociedad no sea encomendada por principio a los socios<sup>8</sup>.

Las sociedades de capital, al igual que el resto de sociedades, se enmarcan en la categoría de los negocios jurídicos contractuales y la libertad de pacto permite su personalización en muchos de

<sup>6</sup> PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, II (dirs. Paz-Ares, C./Diez-Picazo, L./Bercovitz, A./Salvador, P.), Madrid, 1991, pág. 1.406.

<sup>7</sup> No ocurre lo mismo en el caso de las sociedades de responsabilidad limitadas que son por definición sociedades cerradas, es decir, que parten de un criterio restrictivo en orden a la libertad de transmisión de sus participaciones.

<sup>8</sup> Sobre este criterio, cfr. arts. 123.2 de la LSA y 58.2 de la LSRL.

los aspectos que, tradicionalmente, han sido utilizados por la doctrina, con anterioridad a la entrada en vigor de la LSP, para negar la viabilidad de la constitución de sociedades profesionales de corte capitalista. Luego, las sociedades de capital también pueden ser personalizadas, y frente a todos aquellos aspectos que no sean susceptibles de pacto, ha de actuar el régimen jurídico de la nueva LSP y la libertad de los profesionales de acogerse o no a uno u otro tipo societario.

Uno de los principales objetivos pretendidos por el legislador con la LSP es declarar compatible la sociedad profesional con los tipos capitalistas, tumbando, de este modo, las posturas claramente contrarias de quienes habían proclamado la incompatibilidad de la sociedad que viene a regular la LSP con las sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones<sup>9</sup>, y acogiendo las opiniones defensoras de la posibilidad de utilizar las formas capitalistas para constituir una sociedad profesional<sup>10</sup>, porque desde su entrada en vigor no cabe duda de que pueden existir sociedades capitalistas como base para la constitución de sociedades profesionales. Luego, pueden existir sociedades anónimas, de responsabilidad limitada y comanditaria profesionales.

La LSP ha tenido que declarar la plena compatibilidad de las sociedades profesionales con los tipos capitalistas ante su generalización en el tráfico, el interés mostrado por un número creciente de profesionales de acogerse a estas formas sociales y porque son estas sociedades las que suscitan mayores problemas de aceptación doctrinal. Ahora bien, el legislador ha sido consciente de que las rigideces de la disciplina positiva de las sociedades capitalistas, que aunque concede a estos tipos sociales un determinado grado de funcionalidad a la autonomía privada (arts. 10 LSA y 12.3 LSRL), chocan fuertemente con la flexibilidad que demandan las sociedades profesionales y que pueden dificultar su adopción por éstas. En concreto, el régimen de separación y exclusión de socios (que, sobre todo en la anónima, choca con obstáculos de articulación estatutaria); el régimen de participación de los socios en los beneficios (que no puede confiarse a la junta general al objeto de que, en cada ejercicio, decida el reparto con base en criterios de productividad); el régimen del derecho de suscripción preferente (que no puede suprimirse más que a través del procedimiento de exclusión); el régimen de transmisión de acciones (no el de participaciones, que pueden declararse intransmisibles), el régimen del cálculo de la cuota de liquidación del socio saliente (que encuentra dificultades para alejarse del principio del valor real) y los problemas de control corporativo que puede tener la actividad profesional de una sociedad cuya base subjetiva pueda cambiar de manera opaca (piénsese, sobre todo, en la sociedad anónima que emite acciones al portador), representaban notables obstáculos insalvables para un adecuado encaje de la estructura societaria y las necesidades del ejercicio en común de actividades profesionales y, en suma, se avenía mal con la comunidad de trabajo que empíricamente subyace a la sociedad profesional y con las necesidades derivadas del control deontológico del ejercicio profesional.

Este ejercicio profesional requería antes de la LSP, como en la actualidad, de una cualificación de alto relieve en el tipo societario seleccionado, y esta circunstancia aconsejaba especializar la normativa general que en cada caso correspondiese a través de una serie de reglas especiales que sirvie-

<sup>9</sup> Entre otros, YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, pág. 159.

<sup>10</sup> *Vid.*, entre otros, CAMPINS VARGAS, *La sociedad profesional*, págs. 126-137; PAZ-ARES, «Las sociedades profesionales, principios...», *cit.*, págs. 1.265-1.267.

ran, de un lado, para facilitar su desarrollo mediante la adaptación y liberalización de ciertos imperativos del ordenamiento societario que en la actualidad constriñen injustificadamente los poderes de la autonomía privada y, de otro lado, para encauzar el fenómeno de las sociedades profesionales de conformidad con las exigencias de sus ordenamientos deontológicos. En suma, era necesario personalizar el régimen de las sociedades profesionales de capitales.

Para hacer posible las exigencias deontológicas que el ejercicio de la profesión demanda y dotar a los tipos capitalistas de la estructura organizativa adecuada, la LSP dicta una serie de normas especiales que alteran el régimen jurídico general de las sociedades de capital que quedan tanto flexibilizados como hibridados. Se trata de normas de garantías tanto para las sociedades profesionales de capitales, a las que se facilita un régimen peculiar hasta ahora inexistente, como para sus clientes o usuarios de los servicios profesionales prestados de forma colectiva, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables, y tienen la garantía de que tanto la sociedad como sus profesionales desarrollarán la actividad con arreglo a las reglas o códigos deontológicos que sean de aplicación. Estas normas, que se contienen sobre todo en el artículo 17 de la LSP, que afecta exclusivamente a las sociedades capitalistas o, con mayor precisión, a las formas sociales que implican limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas, representan desviaciones del tipo predispuesto para las sociedades anónimas, limitadas y comanditas por acciones que el legislador permite expresamente en la LSP, lo que confirma la agradecida polivalencia funcional de este tipo de sociedades, que permiten acoger sin violencia a sociedades que, como las profesionales, se caracterizan por su estructura personalizada.

Como hemos apuntado, uno de los objetivos de la LSP es la especialización del ordenamiento societario para adaptarlo a las peculiaridades y necesidades que plantea el ejercicio en común, unas veces de forma general con el propósito de incidir sobre todas las estructuras tipológicas del Derecho de sociedades y acoplarlas al modelo de sociedad profesional, y en otras ocasiones de forma particular, sobre determinados tipos societarios que necesitan alterar algunos aspectos de su régimen. A esta especialización de alcance particular se adscribe el artículo 17 de la LSP, sin el cual no sería posible constituir sociedades profesionales de capitales porque chocarían con los principios que tienen encomendada la tarea de garantizar la esencialidad propia del tipo y que actúan como límites a la libertad contractual de las partes.

El artículo 17 de la LSP viene a adaptar algunos aspectos esenciales de la regulación general recogida en las leyes de las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones al ejercicio colectivo de la profesión. Esta norma se caracteriza por procurar maximizar la flexibilidad organizativa de estos tipos sociales, reconociendo dentro de cada uno amplios poderes de configuración a la autonomía privada. Como veremos, en adelante, en unos casos la flexibilización del régimen resultaba precisa para adaptar la regulación societaria vigente al adecuado desarrollo del ejercicio colectivo de la profesión. En otros, el reforzamiento de la libertad contractual se justifica para satisfacer necesidades ampliamente sentidas en el sector profesional con el fin de ofrecer soluciones acomodadas a las expectativas típicas de quienes constituyen una sociedad profesional. Estos procesos de desregulación y adaptación, que se advierte sobre todo en algunos de los aspectos esenciales del actual régimen de las sociedades de capital, facilitan la adopción de estos tipos por los profesionales



que deciden asociarse para la prestación de sus servicios. Otro tema será las dificultades prácticas que va a acarrear el acoplamiento del tipo social al ejercicio colectivo de la profesión.

Varias son las cuestiones que debemos matizar antes de entrar en el examen exhaustivo del artículo 17 de la LSP.

En primer lugar debemos tener presente que el artículo 17 de la LSP circunscribe la aplicación de sus normas especiales, como indica el título del precepto, a «las sociedades de capitales» en tanto que el apartado primero del precepto se refiere a la sociedad profesional «que adopte una forma social que implique limitación de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales». Queda claro que este precepto va dirigido sustancialmente a las sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones <sup>11</sup>. Esto podría provocar una cierta confusión, puesto que existen sociedades como las cooperativas, que limitan la responsabilidad de los socios pero no pueden ser catalogadas como sociedades de capitales <sup>12</sup>. No obstante, parece claro que las normas especiales del artículo 17 de la LSP, tendentes a regular, entre otras cuestiones <sup>13</sup>, las prestaciones accesorias, el derecho de suscripción preferente y el aumento y reducción de capital de las sociedades profesionales de capitales no van dirigidas a las sociedades cooperativas.

En segundo lugar, las normas especiales del artículo 17 de la LSP se aplicarán «además de las restantes contenidas en esta ley» (apdo. 1.º) <sup>14</sup>; es decir, además de las dispuestas en los artículos 1 a 16, 18 y de las disposiciones que cierran el texto legal, al margen de que estos preceptos también van a ser de aplicación a las restantes formas sociales que adopte la sociedad profesional (sociedad civil, sociedad colectiva, etc.).

En tercer y último lugar, que en lo no previsto como especialidad en el artículo 17 de la LSP, o en algún otro precepto de la LSP, se aplicará la regla de supletoriedad del artículo 1.3 de la LSP y, por consiguiente, la sociedad profesional de capital se registrará, en primer término, por lo dispuesto en la normativa que específicamente la regule, es decir, por la LSP (y por las disposiciones de aplica-

<sup>11</sup> Esto se deduce de las constantes referencias que realiza el artículo 17 de la LSP a las «acciones y participaciones» [letras c) y e) del apartado primero y apartado segundo] o de la remisión que se realiza a los textos reguladores de estas formas sociales a los efectos de determinar las acciones y participaciones en autocartera [letra e) del apartado primero].

<sup>12</sup> El carácter personalista de la sociedad cooperativa no ofrece, hoy día, ninguna duda, a la vista de la doble condición (socio y usuario) de las personas que integran la base social y del derecho-deber que poseen de participar en la actividad económica de la sociedad y de disfrutar del régimen general de derechos y obligaciones sociales, aunque optan generalmente por limitar la responsabilidad de sus socios por las deudas sociales (PANIAGUA ZURERA, M. *La sociedad cooperativa. Las sociedades mutuas de seguros y las mutualidades de previsión social*, t. 12, vol. 1.º, del *Tratado de Derecho Mercantil* (dir. Olivencia, M./Fernández-Novoa, C./Jiménez de Parga, R.), Barcelona/Madrid, 2005, 117-118).

<sup>13</sup> Tal y como pone de relieve PANIAGUA ZURERA, M., *op. cit.*, pág. 261, en cuanto a la autocartera, únicamente es contemplada por el artículo 31 de la Ley de Cooperativas Andaluzas, y, además, lo hace de un modo sumamente restrictivo porque solamente permite esa adquisición cuando se produzca a título gratuito, mientras que las demás leyes de cooperativas no se pronuncian sobre el supuesto de adquisición por la sociedad de las aportaciones a su propio caudal, lo que se interpreta en el sentido de que la cooperativa tiene prohibida esa adquisición, sea originaria o derivativa.

<sup>14</sup> Esta expresión se incluyó en el trámite parlamentario tras aceptarse parcialmente en el Congreso de los Diputados las enmiendas núms. 60 del Grupo Parlamentario Popular y 92 del Grupo Parlamentario Catalán-CiU (cfr. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 77-20, de 6 de noviembre de 2006).

ción y desarrollo que puedan dictarse en un futuro) y, en segundo término, y supletoriamente, por lo previsto en las normas correspondientes a la forma social adoptada por la sociedad de capital (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada o sociedad comanditaria por acciones, etc.).

### III. LA NOMINATIVIDAD OBLIGATORIA COMO FORMA DE REPRESENTACIÓN DE LAS ACCIONES

La LSA establece el principio general de libertad para elegir la modalidad de designación de los titulares de las acciones; principio que únicamente quiebra en los supuestos excepcionales que el artículo 52 de la LSA establece en los que es necesaria la forma nominativa. La finalidad de la norma es proporcionar mayor seguridad respecto del ejercicio y transmisión de los derechos de socio, paliando las consecuencias de la pérdida, robo o ilegitimidad. Además, la nominatividad es un remedio muy eficaz frente al absentismo de los socios, que permite un mejor cumplimiento del deber de información de los administradores y que puede servir como requisito *sine qua non* para adoptar medidas de control de la concentración de participaciones accionariales significativas<sup>15</sup>.

En la sociedad anónima y en la sociedad comanditaria por acciones, al estar estructuradas sobre criterios básicamente económicos, las cualidades personales de los socios pierden relevancia a nivel societario lo que, sin ser un obstáculo insalvable, podría llevar a desincentivar su utilización por quienes deseen constituir una sociedad profesional, al no ofrecer una respuesta adaptada al real funcionamiento de una sociedad de esta naturaleza, o fortalecer la existencia de pactos parasociales que atiendan los concretos intereses de los socios, con la consiguiente dificultad de conocimiento y control. Tanto en la sociedad anónima como en la sociedad comanditaria por acciones el *status* de socio se articula en función de la aportación de capital y no sobre sus condiciones personales, se prohíbe expresamente la aportación de trabajo, la composición subjetiva es fácilmente variable, sobre todo, en la sociedad con acciones al portador, y, por principio, la gestión no está encomendada a los socios. Ahora bien, hay que tener presente que algunos de estos aspectos societarios son, en cierto modo, moldeables por la autonomía de la voluntad, admitiéndose lícitamente personalizar la estructura social, de ahí que el acoplamiento de estas figuras al ejercicio de las profesiones liberales requiera de una mayor adaptación y flexibilización de su régimen jurídico general, fundamentalmente a través de previsiones estatutarias que personalicen la estructura societaria.

De conformidad con lo que dispone el artículo 51 de la LSA las acciones de la sociedad anónima (y también de la sociedad comanditaria por acciones) pueden estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta y, en el primer supuesto (de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LSA), la sociedad puede optar entre documentar las acciones de forma nominativa o al portador, salvo en los casos de acciones que no estén completamente desembolsadas, que lleven aparejadas prestaciones accesorias o cuya transmisibilidad esté sujeta a restricciones, así como en los supuestos en que lo exijan disposiciones especiales, en cuyo caso los títulos han de revestir necesariamente la forma nominativa.

<sup>15</sup> GARCÍA-PITA LASTRES, J.L., «Acciones nominativas y acciones al portador», *Derecho de Sociedades Anónimas* (coord. Alonso Ureba y otros), Madrid, 1994, págs. 523 y ss., esp. 569.

Pues bien, la primera norma especial aplicable a las sociedades profesionales de capitales se refiere al régimen de las acciones (y no de las participaciones sociales, que no son títulos-valor –art. 5.2 LSRL–) [art. 17.1 a) LSP] y afecta al modo de su representación al exigirse que «en el caso de sociedades (profesionales) por acciones, deberán ser nominativas». Luego el artículo 17.1 a) de la LSP representa una de esas disposiciones especiales, a que se refiere el artículo 52.1 de la LSA, y que exigen la forma nominativa de las acciones representadas por medio de títulos.

El fundamento último de esta exigencia de nominatividad de las acciones se comprende si tenemos en cuenta que la imposición de la forma nominativa a las acciones en que se divide el capital social, se suele establecer en nuestro ordenamiento jurídico, cuando existen necesidades ineludibles de identificación continuada de los titulares de los correspondientes títulos, por razones que tienen que ver con el pago de los dividendos pasivos, el cumplimiento de las prestaciones accesorias que graviten sobre ellas o el control de un cierto régimen restrictivo de la libre transmisibilidad de las mismas (art. 52 LSA), o por otras circunstancias que explican la misma o similares exigencias en sociedades anónimas especiales por su objeto.

Esta exigencia de nominatividad, que afecta a las sociedades profesionales anónimas y a las comanditarias por acciones, va dirigida tanto a las acciones de los socios profesionales como a las de los no profesionales. Esta especialidad para las sociedades profesionales aparece vinculada a la naturaleza igualmente especial de este tipo societario que se caracteriza, no tanto por la forma, cuanto por el objeto social. El carácter *intuitus personae* de la prestación profesional, en la que la relación de confianza del cliente con el prestatario de los servicios es a todas luces esencial, desaconsejó al legislador la posibilidad de que los títulos representativos del capital pudieran abrirse en cuanto a su detentación por personas físicas o jurídicas sin identificación.

Si la LSP no hubiera contemplado la posibilidad de constituir sociedades profesionales mixtas (aquellas sociedades integradas tanto por socios profesionales como por no profesionales) la norma contenida en el artículo 17.1 a) de la LSP habría redundado sobre la disciplina general atendiendo al régimen legal previsto para los socios profesionales: general intransmisibilidad (art. 12 LSP) y el hecho de que las acciones correspondientes a estos socios profesionales llevan aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social (art. 17.2 LSP). Sin embargo, desde el momento en que la LSP permite la coexistencia tanto de socios profesionales como no profesionales (por lo general exclusivamente socios de capital), la previsión normativa especial resulta necesaria para garantizar el fundamento último de la exigencia de la nominatividad de las acciones: asegurar la identificación permanente de las personas físicas o jurídicas que integren el substrato personal de estas sociedades, como una de las preocupaciones del legislador [arts. 7.2 a), 8.2 d), 8.3 y 8.4.II LSP]<sup>16</sup>, y de este modo controlar, gracias a la

<sup>16</sup> Esta preocupación del legislador es patente no solo respecto de los socios profesionales sino también de los no profesionales a pesar de que en la Exposición de Motivos de la LSP se mantenga que «[l]a relevancia de los socios profesionales se traduce asimismo, entre otros aspectos, en la necesidad permanente de su identificación [...]». Hay que tener en cuenta que este pasaje de la Exposición de Motivos se comprende mejor desde el momento en que va dirigida a formular directrices sobre el estatuto del socio profesional sin atender a la variante de la sociedad mixta y que, como veremos más adelante, la necesidad de control de la composición accionarial de la sociedad profesional, tanto cuantitativa como cualitativamente, exige también la identificación, en todo momento, de los socios no profesionales.

información que emana del sistema registral previsto (entre el que se encuentra el libro registro de acciones nominativas: art. 55 LSA), el cumplimiento de los requisitos de composición (cuantitativa y cualitativa) que deben observarse en el accionariado (arts. 4, 9.1.II y 14.2 LSP, entre otros).

La exigencia de nominatividad goza de fundamento tanto para los socios profesionales, desde el momento en que están obligados a realizar para la sociedad la actividad profesional que constituya el objeto social, como para los no profesionales, al ser ésta la mejor forma de controlar el cumplimiento de los requisitos de composición de la sociedad. El dato relevante que pone de relieve que la intención del legislador ha sido la identificación permanente de los socios de la sociedad profesional se encuentra en la obligatoria inscripción registral de los otorgantes de la escritura de constitución, pero también de cualquier cambio de socios (art. 8.3 LSP). Las reglas de mayorías de los profesionales (art. 4, apdos. 2 y 3 LSP), el régimen de transmisión de las acciones y participaciones (art. 12 LSP), las causas de separación y exclusión de socios (arts. 13 y 14 LSP, respectivamente), las reglas de cálculo de la cuota de liquidación (art. 16 LSP) y demás reglas especiales, entre las que se encuentran las contenidas en el artículo 17 de la LSP, dejarían de tener eficacia si se admitiesen las acciones al portador, porque en tal caso bastaría con acogerse a la forma societaria anónima o comanditaria por acciones para, a continuación, emitir acciones al portador que permitiesen eludir las reglas enunciadas. Esta es la razón de ser de la exigencia legal contenida en la norma del artículo 17.1 a) de la LSP (que es también una prohibición: la de no eludir aquella): una regla de control que permite hacer eficaz las cautelas, en garantía en última instancia de los terceros que hayan de contratar con una sociedad profesional en la que el capital está representado, en este caso, mediante acciones que deben identificar suficientemente a su titular.

#### IV. ELAUMENTO DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALES

##### 1. Introducción.

Las formas fundamentales por medio de las cuales se puede alterar la composición subjetiva de una sociedad son la entrada –un socio nuevo que accede a la sociedad–, la salida –un socio que deja de serlo–, y la transmisión –sucesión, a título derivativo de una persona a un socio en la condición de tal, con el contenido que tuviera en mano del transmitente–<sup>17</sup>. Si dejamos a un lado la figura jurídica de la transmisión, en la que se conjuga la salida de un socio y el ingreso simultáneo de otro, la adquisición de la condición de socio puede arbitrarse fundamentalmente por medio de dos formas: bien originariamente, es decir, que la incorporación del profesional a la sociedad se produzca directamente en calidad de socio, bien mediante un sistema de promoción profesional de asociado o trabajador a socio. El primer caso, incorporación directa del profesional en calidad de socio, suele producirse cuando la sociedad tiene una información precisa y detallada sobre el capital humano del profesional, normalmente porque éste goza ya de una reputación propia en el mercado profesional. En el segundo supues-

<sup>17</sup> GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, I, Madrid, 1976, pág. 589.

to se justifica el sistema promocional por la desinformación de la sociedad sobre el capital humano del aspirante y por la dificultad de valoración de éste, su activo principal.

Al margen de cuál sea el sistema de ingreso de nuevos socios –directo o promocional–, creemos que la regla general respecto al régimen de ingreso gira en torno a circunstancias que deben regularse por la autonomía de la voluntad de las partes, sin más límites que los generales de la autonomía privada y los derivados de las exigencias profesionales que correspondan, que es lo que sucede en las sociedades de personas, en las que las partes, con los límites apuntados, pueden configurar contractualmente el sistema que tengan por conveniente <sup>18</sup>.

En las sociedades de capital, en cambio, el principio de promoción plantea el problema de la aplicación del derecho de suscripción o asunción preferente derivado del aumento de capital necesario para la creación de las nuevas acciones o participaciones a asumir por el promocionado <sup>19</sup>. En estas sociedades no sucede lo mismo que en las sociedades de personas donde el ingreso y la promoción de socios se encuentran muy restringidos por las normas reguladoras de cada tipo social que exigen que se arbitre mediante aumentos de capital, en los que el derecho de suscripción preferente constituye un obstáculo prácticamente infranqueable para la articulación de un sistema de ingreso de nuevos socios <sup>20</sup>.

La necesidad de la previsión contenida en el artículo 17.1 b) de la Ley 2/2007, LSP, resultaba a todas luces necesaria ante la situación normativa existente al promulgarse la LSP, que era la siguiente.

Por un lado, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL) (art. 75) establece la inderogabilidad en vía estatutaria del derecho de preferencia de los socios, impidiendo, o por lo menos dificultando notablemente, el normal funcionamiento de los sistemas de promoción de asociados a socios y de socios normales a socios de mejor condición, que son necesarios para fomentar y planificar las carreras profesionales dentro de las sociedades profesionales <sup>21</sup>. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la LSRL, los referidos sistemas de promoción precisan arbitrase a través de aumentos de capital por medio de los cuales se crean las participaciones que se destinan a los promocionados; también la suscripción por parte de los profesionales promocionados de las participaciones que se les ofrecen únicamente resulta posible si los socios no gozan del derecho de preferencia, ya que, en caso contrario, la promoción podría verse frustrada siempre que algún anti-

<sup>18</sup> CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, cit., pág. 358.

<sup>19</sup> ALONSO, J.M.<sup>a</sup>, «La regulación de las sociedades profesionales a la luz de la experiencia de Garrigues», *La Ley* 5 (2005), págs. 1.021-1.024, esp. 1.022.

<sup>20</sup> CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, cit., págs. 358-359.

<sup>21</sup> Esta inderogabilidad representa una novedad de la LSRL actualmente en vigor respecto de la LSRL de 1953. Se trata de una inderogabilidad que carece de sentido porque es difícil de imaginar porque la ley actual ha confiado expresamente a la autonomía privada la configuración de los derechos de voto, dividendo y cuota de liquidación y, en cambio, no permite la alteración contractual de la regla de la proporcionalidad en relación al derecho de preferencia. *Íd.*, art. 18 de la LSRL 1953 y la exégesis que de él ofrece CARLON, L., «Comentario a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en Motos, M./Alvadalejo, M. (dirs.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil especial*, vol. XXIII, Madrid, 1984, págs. 240 y ss.

guo socio decidiera no renunciar a su derecho<sup>22</sup>. Con ello quedaría en entredicho la estabilidad y la propia posibilidad de supervivencia de las sociedades profesionales bajo la forma de sociedades de responsabilidad limitada.

Por otro lado, por lo que respecta a las sociedades anónimas, queda prohibida la derogación o modificación del derecho de suscripción preferente (art. 48 LSA) y la emisión por debajo del valor real en los casos de su exclusión (art. 159 LSA).

Ante el panorama descrito, y para garantizar que las rigideces tipológicas cedieran a las necesidades empíricas de las políticas promocionales en las sociedades profesionales, un sector de la doctrina consideró como vía de solución la supresión del derecho de suscripción preferente<sup>23</sup>. Los fines promocionales requieren de un desarrollo que no se comprende al margen de este incentivo promocional, de modo que para este sector doctrinal la necesaria desregularización del derecho de suscripción preferente siempre reclamaría, a estos fines promocionales, una exclusión vía estatutos<sup>24</sup> y sin necesidad de acuerdo de la junta general. Sin embargo, en el momento en que se formuló esta propuesta ni la LSA ni la LSRL admitían la posibilidad de afectación estatutaria y tampoco podían haberla acogido de haberse impetrado la actuación del legislador<sup>25</sup>.

Otro sector doctrinal, consciente de las dificultades que acarrearía la exclusión estatutaria permanente y vinculada al plan de carrera, consideró que para hacer posible la articulación de planes promocionales a favor de los socios, o nuevas incorporaciones de profesionales reputados, *uti socii*, era conveniente la defensa de la llamada «exclusión acordada» por la junta general, adoptada por acuerdo de la mayoría de capital en interés de la sociedad (arts. 159 LSA y 76 LSRL). Ahora bien, esta propuesta se hacía sobre la base de considerar que la función de la prima de emisión no es relativamente vicaria de la prerrogativa que se suprime, como tampoco la referencia al valor real (hoy, valor razonable) es vinculante para la fijación del precio de emisión de las nuevas acciones, y de entender que la finalidad de facilitar nuevas incorporaciones o de desarrollar los planes de carrera será siempre de interés social.

<sup>22</sup> Hasta la promulgación de la LSRL de 1995 el legislador reconocía expresamente la posibilidad de manipular en los estatutos el derecho de preferencia, confiando expresamente a la autonomía de la voluntad de las partes la alteración contractual de la regla de proporcionalidad en relación al derecho de preferencia.

<sup>23</sup> PAZ-ARES, C., «Las sociedades profesionales, principios...», cit., págs. 1.257-1.274, esp. pág. 1.269.

<sup>24</sup> Es la llamada «exclusión estatutaria» a que se refiere VÁZQUEZ ALBERT, D., *La exclusión del derecho de suscripción preferente*, Madrid, 2000, págs. 145-147.

<sup>25</sup> YANES YANES, P., *Comentario a la Ley de Sociedades Profesionales*, Valencia, 2007, págs. 219, cree que, aunque desde sectores próximos a aquella doctrina se haya negado categóricamente, una afectación estatutaria permanente de la prerrogativa del socio viene impedida por la Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, cuyo artículo 29.4 prohíbe expresamente y sin lugar a dudas que ninguna exclusión del derecho de suscripción pueda preverse en abstracto en el acto constitutivo o en los estatutos sociales (*vid.*, además, del mismo autor, «Exclusión del derecho de suscripción y tutela del accionista», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coord. Iglesias Prada, J.L.), II, Madrid, 1996, págs. 2.675-2.677. En cambio CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, pág. 364, y en «El Anteproyecto de Ley...», cit., págs. 1.035-1.040, esp. 1.039, considera que la sociedad anónima profesional, en cuanto sociedad anónima especial, escapa al ámbito de aplicación de las Directivas. En cambio, a juicio de YANES YANES, P., *Comentario...*, cit., pág. 220, no existe base alguna para que en razón a una especialización tipológica el ámbito de aplicación más amplio de la directiva se vea recortado. Con todo, *vid.*, la Directiva 2006/68/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 77/91/CEE del Consejo en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, que mantiene inalterado el citado precepto.

## 2. Especialidades en la supresión del derecho de suscripción preferente.

El aumento de capital de la sociedad profesional de capital requiere el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa reguladora del tipo social elegido. El artículo 8.3 de la LSP exige expresamente inscribir en el Registro Mercantil «cualquier modificación del contrato social», dando cabida dentro de ella a toda una gama de actos jurídicos que pueda realizar la sociedad durante su desarrollo posterior al momento de su constitución, entre las que se encuentra la modificación de la cifra de capital social. Este precepto está pensando en las distintas formas sociales que puede revestir la sociedad profesional, porque por lo que se refiere a las sociedades anónimas y limitadas, sus propias leyes reguladoras y el Reglamento del Registro Mercantil (RRM) establecen con claridad lo que se inscribe o no se inscribe respecto de los sucesivos actos jurídicos que afecten a la sociedad, y dentro de los actos inscribibles se encuentra el aumento de la cifra de capital promocional.

Aunque ni la LSA ni la LSRL permiten a las partes la alteración contractual, vía estatutos, del derecho de preferencia de los socios, aquélla puede conseguirse a través del acuerdo de la junta general, al decidir el aumento de capital correspondiente. Tal y como prevé la LSA (art. 159) y la LSRL (art. 76) siempre que el interés social así lo exija, la junta general podrá acordar la supresión parcial o total del derecho de suscripción preferente<sup>26</sup>. Luego, con anterioridad a la LSP la posibilidad que el legislador brindaba a la junta general de poder excluir el derecho de preferencia de los socios, se configuraba como una de las soluciones que permitían *de lege lata* salvar el inconveniente que implicaba la regulación positiva de las sociedades de capital para la articulación efectiva de un sistema de ingreso en las sociedades profesionales de este tipo<sup>27</sup>.

El artículo 17.1 b) de la LSP perfila al aumento de capital en las sociedades profesionales de conformación capitalista y estructura corporativa como el instrumento típico, aunque no el único, para resolver los problemas derivados del nuevo ingreso en la categoría de socios profesionales y de la promoción profesional de éstos u otros colaboradores no socios<sup>28</sup>; es decir, para crear nuevos puestos de socio o aumentar la participación social de quienes ya lo son, en atención a las necesidades de reclutamiento de nuevos profesionales o de promoción de los antiguos. Consecuentemente, el acuerdo de supresión del derecho de suscripción preferente en las sociedades profesionales de capitales exige la observancia de los diversos requisitos formales establecidos en los artículos 159 de la LSA y 76 de la LSRL.

La norma del artículo 17.1 b) de la LSP, que afecta al régimen de creación de (nuevos) puestos de socio y que se refiere, en concreto, al aumento de capital como medio para conseguir tanto el

<sup>26</sup> Sobre las referencias al significado y concreción de este término, *vid.*, entre otros, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid, 1995, págs. 105 y ss., y las abundantes referencias que allí se hacen referencia.

<sup>27</sup> En este sentido, entre otros, CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, cit., pág. 363, quien ya aconsejaba la desregulación de los aspectos de la disciplina convencional del aumento de capital al objeto de flexibilizar el régimen de creación de puestos de socios.

<sup>28</sup> También cabría acudir, coyunturalmente, a las acciones o participaciones que conformen la autocartera de la sociedad, aunque CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, cit., pág. 358, no atienda a esta posibilidad al considerar que «el sistema de ingreso –y de promoción– precisa arbitrarse a través de aumentos de capital».

ingreso de un profesional externo, como la promoción de socios profesionales (o de profesionales no socios que vienen manteniendo un vínculo de colaboración con la sociedad profesional, en la que aspiran a ingresar como socios profesionales), contiene, a su vez, una disposición especial que consiste en que los socios no gozarán del derecho de suscripción preferente cuando el aumento sirva de cauce a la promoción profesional, salvo que el contrato social disponga lo contrario. Esta norma del artículo 17.1 b) de la LSP establece un supuesto de improcedencia o de no nacimiento del derecho de suscripción preferente en tales supuestos. Luego, para que sea posible la exclusión, por disposición legal, del derecho de suscripción preferente es necesario que concurren dos circunstancias.

En primer lugar, que el aumento de capital sirva de cauce a la promoción profesional, bien sea para atribuir a un profesional (externo o que ya tiene un vínculo de colaboración con la sociedad) la condición de socio profesional, bien para incrementar la participación societaria de los socios que ya gozan de tal condición, de tal modo que las nuevas acciones o participaciones emitidas deben atribuirse al nuevo socio o a la persona que ya era socio y ha obtenido una mejora en este *status* social. El fundamento de esta supresión del derecho de suscripción preferente, para los casos en que el aumento de capital tenga por finalidad la promoción de los profesionales de la sociedad, se encuentra en que dichos sistemas de promoción interna se consideran imprescindibles dentro del esquema de funcionamiento de las sociedades profesionales para fomentar y planificar las carreras profesionales, estimulando la productividad y haciendo fieles a los profesionales integrantes de sus estructuras. La atribución del derecho de suscripción preferente a los promocionados únicamente resultará posible si los socios no gozan del derecho de preferencia, porque en caso contrario el ejercicio de este derecho por uno solo de ellos frustraría la promoción. Luego, de conformidad con este primer requisito, la supresión del derecho de suscripción preferente se produce si el aumento de capital tiene fines promocionales, de modo que cualquier otra finalidad distinta a ésta permitirá a los socios gozar de este derecho, salvo que, claro está, dicho aumento se deba a la conservación de obligaciones en acciones o a la absorción de otra sociedad o de parte del patrimonio escindido de otra sociedad (exclusión legal: art. 159.4 LSA y 75.1 II LSRL), o que se produzca la supresión total o parcial de tal derecho por acuerdo de la junta general que decide aumentar el capital (exclusión convencional: arts. 159.1 LSA y 76 LSRL).

En segundo lugar, la exclusión del derecho de suscripción o asunción preferente se produce «salvo disposición en contrario del contrato social», lo que conlleva el posible reconocimiento de tal derecho por la vía convencional; es decir, se prevé que los socios puedan gozar de ese derecho superando la prohibición legal dispositiva. Luego la norma del artículo 17.1 b) de la LSP exige que este derecho de suscripción o asunción preferente ante aumentos de capital promocionales no haya sido reconocido por el contrato social o por los estatutos. Se trata de un supuesto de exclusión legal de este derecho, con la peculiaridad de que el contrato social o los estatutos pueden eliminar esa exclusión y otorgar a los socios, también en estos casos, el derecho de suscripción o asunción preferente de las nuevas acciones o participaciones emitidas. Creemos que el reconocimiento de este derecho debe contemplarse en el contrato social cuando, atendiendo a las circunstancias concretas de la sociedad, sea una medida adecuada, necesaria, proporcional y tomada en beneficio de todos los socios, porque la supresión del derecho de suscripción preferente queda perfectamente justificada en la norma del artículo 17.1 b) de la LSP en los casos que viene a contemplar de incorporación de socios profesionalmente deseables por la sociedad, o en los supuestos de capital promocional.



Luego la LSP permite la supresión de la aplicabilidad del artículo 17.1 b) de la LSP, de tal modo que quede sujeto el derecho de suscripción preferente y su supresión a las normas generales de las respectivas sociedades. Ello puede facilitar la comisión de atropellos y la realización de prácticas abusivas por parte de la mayoría, pero, a su vez, la minoría, no quedaría inerte, ya que siempre podría ampararse en la cláusula general del interés social para impugnar los acuerdos lesivos (arts. 115 LSA, 56 LSRL). No obstante, creemos que la constatación del interés social que exija la exclusión del derecho de suscripción preferente ha de contextualizarse sobre las circunstancias que concurran en cada caso, sin que sea conveniente generalizarlo y prejuzgarlo a favor de aceptar incorporaciones o promociones.

Si se cumplen los dos requisitos a que se refiere el artículo 17.1 b) de la LSP el derecho de suscripción o asunción preferente a que se refiere esta norma ni siquiera llega a nacer, y si no existe este derecho tampoco habrá necesidad de excluirlo, ni de activar las garantías de los artículos 159 de la LSA y 76 de la LSRL, sin que con ello se esté desnaturalizando el tipo de las sociedades de capital, porque no estamos ante ninguno de sus principios configuradores, sino que, muy al contrario, se trata de una norma necesaria para asegurar la estabilidad y la propia supervivencia de las sociedades profesionales de capitales<sup>29</sup>. Sin embargo, que no haya derecho de suscripción preferente no supone que pueda prescindirse del aumento de capital, que deberá acordarse con los requisitos y mayorías previstos en la forma social adoptada por la sociedad profesional, ni que los estatutos no puedan variar el sistema de improcedencia del derecho, tal y como se desprende de la norma contenida en el artículo 17.1 b) de la LSP cuando dispone «salvo disposición en contrario del contrato social»<sup>30</sup>.

A nuestro juicio, si se desea que la sociedad profesional tenga un funcionamiento armónico y sin tensiones, lo recomendable es eliminar, en los estatutos, la aplicabilidad de la norma contenida en el artículo 17.1 b) de la LSP. Si por parte de los socios fundadores no se desea suprimirla por considerar que puede ser conveniente en determinado momento para la sociedad dar entrada a nuevos socios profesionales o incentivar a los ya existentes, los estatutos deberían reforzar el quórum de adopción del acuerdo correspondiente, estableciendo una doble mayoría, una muy reforzada por parte de los socios profesionales y otra menos cualificada o simple por parte de los socios no profesionales, en el supuesto de que existan. Con ello se evitaría, al menos, que el acuerdo pueda ser tomado únicamente por la mayoría de socios profesionales<sup>31</sup>.

Queda claro que en los casos de aumentos de capital el derecho de suscripción preferente puede ser ejercitado, en la proporción correspondiente, tanto por los socios profesionales que suscribirán acciones o participaciones de esa clase, como por los socios no profesionales que las suscribirán también de su misma clase. Ahora bien, nada dice la norma del artículo 17.1 b) de la LSP sobre el destino de las acciones o participaciones que tras el ejercicio de tal derecho no hayan sido suscritas o asumidas. Luego conviene que los estatutos determinen esa circunstancia.

<sup>29</sup> Téngase en cuenta que hasta la promulgación de la actual Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1995 el legislador reconocía expresamente la posibilidad de manipular en los estatutos el derecho de preferencia, confiando expresamente a la autonomía de la voluntad de las partes la alteración contractual de la regla de proporcionalidad en relación al derecho de preferencia.

<sup>30</sup> YANES YANES, P., *Comentario...*, cit., pág. 222.

<sup>31</sup> Cfr. arts. 53 de la LSRL y 103 de la LSA.

Creemos que lo preferible será establecer que dentro de cada clase de acciones o participaciones se ejercitarán los derechos que en su caso correspondan según sus respectivas leyes reguladoras. Si aún quedasen sobrantes, habría que distinguir según se trate de sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas. En el primer caso, y salvo que no haya prohibición por parte de la junta general, lo más conveniente será que el aumento de capital quede incompleto. En el caso de sociedades anónimas, y si no se ha previsto el aumento incompleto del acuerdo de aumento de capital, convendría establecerse que esas acciones, si son profesionales puedan adquirirlas socios no profesionales, con el pertinente cambio de clase de participaciones, y, en último término, si ello no fuera posible, que el acuerdo de aumento quede sin efecto procediéndose en la forma determinada en la LSA.

Fuera de los condicionantes a que se refiere el artículo 17.1 b) de la LSP el acuerdo de aumento de capital en las sociedades profesionales de capitales puede excluir el derecho de suscripción preferente cuando lo exija el interés social, dentro del que se integra la obtención de lucro repartible entre los socios. La existencia de tarifas profesionales por los Colegios Profesionales, de normas para su determinación y cobro, y la existencia de normas deontológicas sobre esta cuestión, confirman la existencia del ánimo de lucro como integrante del interés social perseguido por las sociedades profesionales de capitales. Hay que tener presente que la finalidad lucrativa que se pretende obtener con la sociedad profesional tiene el mismo carácter que la que mueve a los profesionales en su ejercicio individual. Nada impide que si el profesional gana dinero legítimamente con su profesión lo pueda hacer también legítimamente a través de una sociedad<sup>32</sup>. Ello no impide que existan otros intereses sociales e ideales, que les pueden mover para la constitución de una sociedad profesional de capital (como prestar servicio a la comunidad) pero están situados en un segundo plano.

Al margen de los condicionantes a que se refiere el artículo 17.1 b) de la LSP, los perjuicios que la exclusión del derecho de suscripción preferente puede causar a los socios y los beneficios que la misma generaría para la sociedad profesional son radicalmente distintos en las sociedades que, conforme a sus estatutos, tienen vocación aperturista que en aquellas otras cuyas normas internas tienden a excluir la entrada de nuevos socios, porque en las primeras aquella exclusión apenas suele conllevar efectos de relevancia en la posición del socio. En la ponderación de las ventajas e inconvenientes de la exclusión del derecho de suscripción preferente en las sociedades profesionales de capitales deben valorarse tanto la esfera patrimonial como la esfera política de los socios. En cuanto a la primera, el precio de emisión proyectado de las nuevas acciones o participaciones juega un papel esencial, de tal modo que cuanto menor es el referido precio de emisión mayores son los perjuicios de los socios que sufren una mayor dilución patrimonial de su participación. Respecto de la esfera política, es conveniente analizar si la exclusión significa la acumulación de una elevada cuota de participación en manos de un accionista o de un grupo de accionistas o bien si se impide que la minoría conserve una participación suficiente que le permita mantener un voto decisivo o ejercitar los derechos de minoría<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Vid., sobre estas cuestiones, BONET RAMÓN, F., «La naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter del contrato de servicios de los abogados y demás personas que ejercen profesiones liberales, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *RDP*, 1935, págs. 391; CAPILLA ROCERO, «Sociedades de profesionales liberales. Cuestiones sobre admisibilidad», en *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993, págs. 209-259, esp. págs. 240-243.

<sup>33</sup> Sobre los presupuestos formales para la exclusión del derecho de suscripción preferente, fuera de los condicionantes a que se refiere el artículo 17.1 b) de la LSP, vid., entre otros, VÁZQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, págs. 226 y ss.

### 3. El valor de emisión de las nuevas acciones o participaciones promocionales.

Una vez que queda excluido el derecho de suscripción preferente, salvo disposición en contrario del contrato social [art. 17.1.b) LSP], la segunda norma especial a que da lugar la operación de aumento de capital promocional se refiere al tipo de emisión de las acciones y participaciones promocionales [art. 17.1 c)]. En concreto, esta norma establece que «en los aumentos de capital a que se refiere la letra anterior, la sociedad podrá emitir las nuevas participaciones o acciones por el valor que estime conveniente, siempre que sea igual o superior al valor neto contable que les sea atribuible a las participaciones preexistentes y, en todo caso, al valor nominal salvo disposición en contrario del contrato social».

La libertad a que se hace referencia en el artículo 17.1 c) de la LSP existe únicamente cuando se trata de los aumentos de capital a que se refiere el artículo 17.1 b) de la LSP, es decir, cuando la operación se realiza con fines promocionales o, dicho de otro modo, cuando vaya a servir de cauce para la promoción profesional, de modo que si la operación de aumento tiene otra finalidad distinta a ésta, deberán seguirse las reglas de determinación del valor de emisión que se establecen con carácter general en la normativa reguladora de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada.

Aun cuando se suprimiese el derecho de suscripción preferente en las operaciones de aumento de capital con fines promocionales, el rígido régimen existente para las sociedades anónimas, comanditarias por acciones y de responsabilidad limitada, sobre reglas de determinación del valor de emisión de las nuevas acciones o participaciones<sup>34</sup>, dificultaría la utilización de la operación de aumento de capital con el propósito de ingresar a nuevos socios profesionales o de promover al profesional interno. De resultar aplicable a las sociedades profesionales de capitales las normas contenidas en sus respectivas leyes [arts. 159 c) LSA, 152 CCo. y 76 c) LSRL] el asociado o socio al que se destinasen las nuevas participaciones quedaría obligado a desembolsar no solo su valor nominal, sino también una prima que cubriese la diferencia entre el valor nominal y el valor real, en cuyo cómputo entrarían reservas ocultas, *goodwill*, etc. La exigencia de una prima de esta naturaleza, en la medida en que contradice la finalidad promocional de la operación, condenaría al fracaso al sistema. Y es que si las acciones o participaciones se emitiesen por su valor real, serían pocos los que estarían en condiciones o dispuestos a pagarlas<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> En el caso de la sociedad anónima [–art. 159.1 c) LSA–, como en el de la sociedad comanditaria por acciones –art. 152 CCo.–] el valor nominal de las acciones a emitir más, en su caso, el importe de la prima de emisión, tiene que corresponderse con el valor razonable que resulte del informe que preceptivamente debe elaborar un auditor de cuentas distinto del de la sociedad, nombrado a estos efectos por el Registrador Mercantil del domicilio social. En el caso de la sociedad de responsabilidad limitada [art. 76 c) LSRL], el valor nominal de las nuevas participaciones más, en su caso, el importe de la prima, habrá de corresponderse con el valor real atribuido a las participaciones de la sociedad en el informe que ha de elaborar el órgano de administración.

<sup>35</sup> En este mismo sentido CAMPINS VARGAS, A., «El Anteproyecto de Ley...», cit., pág. 1.039, y en *La sociedad profesional*, cit., págs. 360-361, con anterioridad a la entrada en vigor de la LSP, quien defendía que habría de interpretar el valor real no como una norma aplicable estrictamente mediante un silogismo, sino como una «cláusula general». No existe, a juicio del autor, un valor real de las acciones determinable objetiva y unívocamente. Se trata, en definitiva, que el tipo de emisión propuesto por los administradores esté justificado. Este mismo planteamiento y argumentación es seguida por ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social...*; cit., pág. 109.

Ante las dificultades existentes en las normas reguladoras de las sociedades de capitales y para contrarrestar los inconvenientes apuntados, la LSP permite que las sociedades profesionales de capitales puedan emitir las nuevas acciones o participaciones por el valor que estime conveniente. Ahora bien, esta libertad es más un espejismo que una realidad porque ese valor real encuentra un doble límite, que está formado por dos valores referenciales que integran el umbral mínimo del precio de emisión y la autonomía privada formalizada en el contrato social, al tener que ser, tal y como dispone la norma, «igual o superior al valor neto contable que les sea atribuible a las participaciones o acciones existentes y, en todo caso, al valor nominal, salvo disposición en contrario del contrato social».

Conforme a la Ley 2/2007, las acciones o participaciones en los aumentos de capital de las sociedades profesionales de capitales nunca podrán ser emitidas por debajo de su valor nominal. Este norma interpretada en su sentido literal puede dar lugar a confusión, porque parece que puede violarse el principio fundamental de correspondencia mínima de toda sociedad anónima y de responsabilidad limitada de prohibición de aumentos de capital por debajo del valor nominal y de que todo aumento responda a una efectiva aportación patrimonial a la sociedad<sup>36</sup>. Se trata de una mala redacción del precepto, que se ha intentado subsanar con una referencia final («y, en todo caso, al valor nominal salvo disposición en contrario del contrato social»), porque a lo que realmente se refiere la norma, con el posible pacto en contra en los estatutos de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada, es que puede eliminarse la posibilidad de creación de participaciones o emisión de acciones con determinación del valor de forma libre, debiendo ajustarse, en este caso, a sus respectivas leyes reguladoras. Es decir, lo que puede hacerse es eliminar la aplicabilidad de esta norma legal, pero en ningún caso cabría, en los aumentos de capital, la creación de participaciones o de acciones por debajo de su valor nominal, porque se trata de un límite que entronca con los principios que rigen el capital social y, más concretamente, con el denominado principio de correspondencia mínima o efectiva, que no puede ser alterado por la autonomía privada de la voluntad porque integra una auténtica exigencia de *ius cogens*.

En los casos de aumentos de capital de las sociedades profesionales de capitales, no pueden ser emitidas acciones o participaciones por debajo de su valor nominal, ni tampoco por una cifra inferior al valor neto contable que les sea atribuible a las preexistentes [art. 17.2 c) LSP]. Este valor opera como valor referencial de naturaleza dispositiva, pero también como valor referencial contingente desde el punto de vista contable, porque si, como resulta lo más habitual, no se dotan reservas porque todos los beneficios se reparten a medida que se van generando, el precio de emisión coincidirá con el valor nominal de la acción o de la participación<sup>37</sup>. Ahora bien, esto no impide que desconozcamos que en la práctica la incorporación de nuevos socios, tanto si existen reservas como si no, suele tener lugar a valor nominal, por lo que, a nuestro juicio, el artículo 17.1 c) de la LSP debiera

<sup>36</sup> Esta exigencia normativa se encuentra en el artículo 47.2 de la LSA, que prohíbe la emisión de acciones por una cifra inferior a su valor nominal. En el caso de las sociedades de responsabilidad limitada esta prohibición no aparece de forma tan clara y directa en ninguna norma pero unánimemente la doctrina así lo considera; *vid.*, entre otros, a favor de la imposibilidad que existe en las sociedades de responsabilidad limitada de emitir participaciones por debajo de su valor nominal, ALONSO UREBA, A., «El capital como cuestión tipológica» en *Tratando de la sociedad limitada* (dir. Paz-Ares, C.), Madrid, 1997, págs. 309-358, esp. pág. 334, y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dirs. Uría, R./Menéndez, A./Olivencia, M.), t. XIV-1.º, Madrid, 1999, pág. 113.

<sup>37</sup> *Vid.*, sobre este particular YANES YANES, P., *Comentario...*, cit., pág. 221, nota 199.

haber permitido expresamente que la emisión de acciones o la creación de participaciones se verifique exclusivamente a nominal, manteniendo de este modo una cierta coherencia entre el valor tomado como referencia para los casos de creación y emisión de nuevas participaciones o acciones dirigidas a permitir la promoción de socios, y el establecido para la adquisición de la condición de socio. Además, creemos que ello resultaría más coherente con la absoluta libertad que se reconoce a la hora de fijar el valor de la cuota de liquidación (art. 16 LSP), pues lo justo es que el socio se lleve, a su salida, lo mismo que aportó cuando adquirió esa condición.

Este segundo límite, consistente en el valor neto contable como valor referencial bajo el cual no es posible emitir acciones o participaciones promocionales en las sociedades profesionales de capitales, juega salvo disposición contraria del contrato social o los estatutos [art. 17.1 c) LSP], que pueden, entre otras posibilidades, fijar un valor concreto de emisión de las nuevas acciones o participaciones (exigiendo, por ejemplo, que la emisión se produzca siempre por el valor neto contable o por el valor nominal), establecer límites máximos al precio de emisión, eliminar o rebajar el límite del valor nominal de las acciones o participaciones nuevas emitidas, etc. Se trata de una libertad que no puede ser constreñida por arriba, porque el precio de emisión puede incluso superar el valor neto contable cuando esta referencia no refleje, por ejemplo, el valor razonable de la acción o de la participación. No obstante, sí podría quedar contrarrestada en los estatutos <sup>38</sup>.

Parece que lo recomendable, para garantizar un funcionamiento ordenado y sin tensiones, es hacer uso de las salvedades a que se refieren las normas contenidas en el artículos 17.1 b) y c) de la LSP y, en consecuencia, eliminar en el contrato social de las sociedades de capitales profesionales la aplicación de aquellas disposiciones en los aumentos de capitales promocionales, porque de lo contrario se estaría dejando en manos de la mayoría la posibilidad de diluir hasta el infinito el valor de la cuota de liquidación y el derecho al dividendo de los socios profesionales y no profesionales que no estén de acuerdo con la entrada de nuevos socios profesionales en la sociedad o para incrementar la participación de unos socios profesionales y no de otros.

## V. LA REDUCCIÓN DE CAPITAL EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALES

### 1. Las finalidades de las reducciones de capital.

El artículo 17.1 de la LSP contempla, de un lado, como se ha visto, la creación de nuevos puestos de socio, o el robustecimiento de los ya existentes, para atender necesidades promocionales por

<sup>38</sup> A juicio de YANES YANES, P., *Comentario...*, cit., pág. 223, quizás podría pensarse que estatutariamente se estableciera, para todos los casos de aumento promocional, que las nuevas acciones o participaciones se emitieran a la par. A juicio del autor, de este modo se entendería, *a priori*, que el socio de nuevo ingreso seguramente hará allegar, además, una reputación que robustecerá del *goodwill* de la sociedad, y que los socios promocionados lo son precisamente por haber contribuido a la consolidación de ese mismo *goodwill*.

medio del aumento de capital con emisión de nuevas acciones o participaciones, acreciendo la participación y el *statu quo* del socio promocionado [art. 17.1 b) y c) LSP], y, de otro lado, las necesidades sociales, justamente opuestas, de desvinculación del socio que culmina, o va culminando, su carrera profesional, a través de la especialización de las reducciones de capital que puede llevar a la completa extinción de la sociedad profesional de capital, al disponer el artículo 17.1 d) LSP<sup>39</sup> que la reducción de capital de las sociedades profesionales de capitales puede tener como finalidad «la de ajustar la carrera profesional de los socios, conforme a los criterios establecidos en el contrato social», además de las finalidades propias recogidas en la ley aplicable a la forma societaria de que se trate<sup>40</sup> (arts. 163.1 LSA<sup>41</sup> y 79.1 LSRL<sup>42</sup>). A estos efectos, por «finalidad» hemos de entender, según el sentido legal dado a dicho término, el objetivo que se pretende cubrir con la minoración de valor del capital nominal que toda reducción comporta, que para este caso concreto no es otro que el ajuste profesional<sup>43</sup>.

La técnica del ajuste de la carrera profesional de los socios puede realizarse mediante el procedimiento exclusorio a que se refiere el art. 14 LSP, que contempla la exclusión como forma de desvinculación del socio y que implica una decisión casualizada de la sociedad que tiene como efecto forzoso la pérdida de la condición de socio profesional del excluido o, alternativamente, su entera transformación en socio no profesional, aunque manteniendo el derecho al reembolso de la cuota de liquidación (que en el caso de la sociedad profesional debe hacerse, como veremos, conforme con las reglas especiales del art. 16 LSP). Sin embargo, este procedimiento solo resulta adecuado en los casos de pérdida total e inmediata de la condición de socio, pero no en los sistemas de ajuste gradual, en cuyo caso la participación del socio profesional iría paulatinamente decreciendo hasta la completa extinción o, alternativamente, para su conversión en socio no profesional. Por ello, cabría pensar en fórmulas menos radicales, entre las que se encontraría las «cláusulas de rescate», que vendrían a configurarse como pactos de transmisión forzosa a favor de la sociedad (opciones de compra, promesas unilaterales de venta...), conocidos por nuestro ordenamiento (art. 32.2 LSRL)<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Para comprender mejor esta realidad *vid.*, YANES YANES, P., *Las acciones rescatables en la sociedad cotizada*, Madrid, 2004, *in extenso*.

<sup>40</sup> La norma contenida en el artículo 17.1 d) de la LSP fue introducida durante la tramitación parlamentaria, tras la aceptación parcial de las enmiendas número 60, presentada por el Grupo Parlamentario Popular y 92, y número 92, interpuesta por el Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia i Unió (BOCG. Congreso de los Diputados núm. A-77-18, de 4 de julio de 2006, pág. 41).

<sup>41</sup> Conforme con el artículo 163.1 de la LSA la reducción del capital puede tener por finalidad la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o el incremento de la reserva legal o de reservas voluntarias o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas; *Vid.*, ampliamente los comentarios que a este artículo dedica PÉREZ DE LA CRUZ, BLANCO, A. «La reducción del capital» (arts. 163 a 170 LSA), en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, t. VIII, *Modificación de estatutos en la sociedad anónima. Aumento y reducción del capital*, vol. 3.º, págs. 14 y ss.

<sup>42</sup> De conformidad con lo que dispone el artículo 79.1 de la LSRL la reducción del capital social podrá tener por finalidad la restitución de aportaciones o el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas.

<sup>43</sup> *Vid.*, sobre el término «finalidad», referido a la reducción de capital, la RDGRN de 23 de noviembre de 1992 y los comentarios que a ella realiza SANZ PARAÍSO, L.F./RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, A. «Reducción de capital para compensar pérdidas, criterio de valoración de los documentos del activo y procedimientos de reducción (RDGRN de 23 de noviembre de 1992, RJ 1992, 9492)», *RdS*, núm. 2, 1994, págs. 231-242.

<sup>44</sup> *Vid.*, ampliamente, sobre estas cuestiones PERDICES HUETOS, A.B., *Cláusulas restrictivas de la transmisión de acciones y participaciones*, Madrid, 1997, págs. 251-254.

Este régimen de existencia de puestos de socio a que se refiere el artículo 17.1 d) de la LSP debe quedar vinculado al plan de carrera y haber sido asumido por la sociedad para sus socios profesionales. Se trata de un plan que ha de estar integrado por un conjunto de criterios que son los que deben quedar «establecidos en el contrato social», y, por consiguiente, tienen que ser objeto de regulación muy cuidadosa en los estatutos sociales, y que pueden ser tan variados como las necesidades del específico plan de carrera, aunque serán el reverso de los criterios promocionales. Entre algunos de los criterios que pueden contemplarse en el contrato social se encuentran motivos personales del socio afectado en el sentido de cumplir determinada edad, su menor capacidad de captación de clientela, no poder desempeñar sus funciones en la sociedad, o cualquier otro motivo que se establezca, como la disminución de la productividad, la reducción de sus prestaciones accesorias y en definitiva su dedicación a la sociedad, etc.

Mientras la necesidad de especializar el aumento de capital se encuentra plenamente justificada ante las dificultades que plantea el derecho de suscripción preferente y la emisión de nuevas acciones al valor real para hacer posible el «plan de carrera», la de reducir el capital social para ajustar la carrera profesional de los socios conforme a los criterios establecidos en el contrato social, a que se refiere el artículo 17.1.d) de la LSP, resulta, a nuestro juicio, innecesaria, y ello por varios motivos. En primer lugar, porque el ajuste de la carrera profesional de los socios, por medio de su desvinculación total o parcial de la sociedad, puede incluirse sin problemas dentro de la reducción efectiva del capital social, que está prevista tanto para la sociedad anónima como para la sociedad de responsabilidad limitada, sin necesidad de añadir una nueva finalidad que se cohonestara mal con el sistema de las leyes especiales, y, en segundo lugar, porque la reducción de capital puede encontrar alternativas viables que la sustituyan, aparte de plantearse de manera automática o diferida.

Por lo demás, no se exige para el acuerdo de reducción de capital con fines de ajuste ninguna mayoría expresa, ni el consentimiento de los socios afectados <sup>45</sup>, lo que parece acertado a la vista de que supone flexibilizar el régimen dispuesto, por la normativa del tipo social de que se trate, para alcanzar el acuerdo de reducción de capital.

## 2. La valoración de la participación del socio en las reducciones de capital.

El artículo 17.1 d) de la LSP omite cualquier referencia sobre la valoración de la participación del socio profesional. No obstante, y a pesar de no haber sido aceptadas las enmiendas 60 y 92 durante la tramitación parlamentaria, las reducciones de capital a que se refiere el artículo 17.1 d) de la LSP representan supuestos de transmisiones forzosas a favor de la sociedad o, en términos más graves, de exclusiones del socio y, por consiguiente, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 16 de la LSP. Luego, en el caso de que la reducción de capital tenga por finalidad la de ajustar la carrera pro-

<sup>45</sup> No fueron admitidas las enmiendas 60 y 92, presentadas respectivamente por el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia i Unió. La enmienda núm. 60 requería para la aprobación del acuerdo de reducción con fines de ajuste el voto favorable de, al menos, la mayoría de los votos correspondientes a los socios profesionales, sin necesidad del consentimiento de los socios afectados. Por su parte, la enmienda núm. 92, exigía simplemente el acuerdo mayoritario de los socios profesionales, sin necesidad de consentimiento expreso del socio afectado.

fesional de los socios, la valoración de la participación tendrá como referente los criterios de valoración o cálculo contemplados en el contrato social.

El reconocimiento de esta libertad contractual<sup>46</sup> a la hora de fijar los criterios de valoración o cálculo con arreglo a los cuales haya de fijarse el importe de la cuota de liquidación no significa que sea absoluta. Así, de un lado, al tratarse de un pacto contractual quedará sujeto a los límites generales que impiden a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que sean contrarios a las leyes, la moral o el orden público (art. 1.255 CC), y, por otro lado, han de considerarse aplicables ciertos límites de derecho societario como la prohibición de pactos leoninos (art. 1.692 CC) o la imposibilidad de que la determinación de la cuota sea encomendada a uno de los socios (art. 1.690.II CC).

Los criterios de valoración de la participación del socio que ve reducida su participación en el capital social pueden ser muy variados, y serán válidos los valores según balance e incluso por debajo del valor teórico que resulte de la participación social según el mismo balance, y ello sin que en la valoración intervenga ningún experto ajeno a la sociedad. La doctrina viene diferenciando entre los criterios de valoración estáticos y dinámicos. Los primeros se caracterizan por tomar como fuente de información para la valoración o el cálculo la contabilidad social y pueden tomar en consideración el valor contable, simple (diferencia entre el activo real y el pasivo exigible) o corregido (con la actualización de los elementos del balance según plusvalías o minusvalías), el valor de liquidación (diferencia entre los valores de enajenación de activos y de satisfacción del pasivo, por separado y de inmediato) y el valor sustancial (como valor de reposición actual de los medios de producción de la empresa social). Los segundos, en cambio, se basan en las ganancias futuras de la empresa y la capacidad de la sociedad para generar rendimientos y la diferencia entre los distintos sistemas de esta naturaleza radica en la variable que se considera más adecuada para representar el rendimiento de la empresa, esto es, beneficios, dividendos o flujos de caja. No obstante, de estos tres métodos, el flujo de caja descontado, que toma como variable la tesorería de la empresa, es el más aceptado y de mayor aplicación para valorar empresas en funcionamiento<sup>47</sup>.

A la hora de determinar la cuota de reembolso en los casos en los que la reducción de capital tenga por finalidad la de ajustar la carrera profesional de los socios, es posible que el contrato social o los estatutos se limiten a reconocer el valor que surja del acuerdo entre las partes (de un lado, el socio y, de otro, la sociedad), y solamente establezcan un método de valoración cuando ese acuerdo no es posible. A falta de pacto individual entre la sociedad y el socio saliente, el contrato social fijará, con mayor probabilidad, el principio de valor razonable de las acciones o participaciones sociales. Al margen de que en los últimos tiempos intente abrirse paso una corriente de opinión que niega la imperatividad del valor razonable en estos tipos y para estos casos, hay que subrayar que el artículo 16 de la LSP representa una alteración de gran alcance en la disciplina de las sociedades de

<sup>46</sup> Esta libertad contradice claramente los esfuerzos llevados a cabo por la Ley 44/2002 de Reformas del Sistema Financiero, que viene a establecer, en todos los casos de valoración de acciones o participaciones, el valor razonable de las mismas, prohibiendo además que en la formación de ese valor razonable, y para mayor independencia, interviniera el auditor que, en su caso, tuviera la sociedad (cfr. art. 64.1 LSA, y arts. 29, 32 y 100 LSRL).

<sup>47</sup> *Vid.*, ampliamente, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. y CAMPINS VARGAS, A., «La liquidación del socio que causa baja como consecuencia de su separación o exclusión», en *Derecho de Sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, III, Madrid, 2002, págs. 3.151-3.188, esp. págs. 3.169-3.172, y también publicado en *RDM*, 240, 2001, págs. 441-494.



capital en cuanto la libertad contractual puede terminar disolviendo aquella importante garantía para el socio saliente y también para la sociedad <sup>48</sup>.

Lo cierto es que ante una operación de reducción de capital que tiene por finalidad ajustar la carrera profesional de uno, varios o todos los socios, los criterios de valoración y cálculo de la cuota de liquidación representa una materia compleja, incluso para los operadores jurídicos, más aún cuando a los fundadores les será muy difícil anticipar las circunstancias inciertas que a la sociedad deparará el futuro, y cuando ningún contrato social es completo. Esa misma complejidad aconseja que la libertad contractual sea capaz, en cada momento, de resolver la tensión que pudiera darse entre las tentaciones expropiatorias de la sociedad y las expoliadoras del socio saliente.

En cuanto al destino de las participaciones o acciones del socio que ha visto reducido su participación en la sociedad profesional de capital, el artículo 16.2 de la LSP fija una regla general o preferente y una posibilidad alternativa. La regla general es la amortización de dichas acciones o participaciones. La alternativa consiste en la adquisición de las participaciones por otras personas, sea la propia sociedad, otro socio o, incluso, un tercero. Ahora bien el uso de esta posibilidad alternativa está sujeto, bien a que la adquisición resulte admisible de conformidad con las normas legales o contractuales aplicables a la sociedad, bien a que exista consentimiento expreso de todos los socios profesionales.

Por último, en las sociedades profesionales de capitales, como sociedades donde la responsabilidad por las deudas sociales no trasciende al patrimonio individual de los socios, el capital social ejerce una importante función de garantía, y es por ello que el legislador no excluye la aplicación de los mecanismos de protección de los acreedores previstos en la normativa reguladora de la sociedad anónima o de responsabilidad limitada para los casos de reducción del capital social con devolución o restitución de aportaciones a los socios (arts. 166 LSA y 81 LSRL), lo que permite que aquéllos puedan formular oposición al acuerdo de reducción del capital, con la secuela de hacerla inviable en tanto no se atiende su reclamación.

## **VI. ADQUISICIÓN DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES PROPIAS EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALS**

### **1. Supuestos de aplicación de las especialidades en materia de autocartera.**

El artículo 17.1 e) de la LSP introduce algunas reglas especiales para las sociedades de capitales profesionales en materia de autocartera, sin perjuicio de la aplicación a estas sociedades del régimen que la LSA y la LSRL prevé para los negocios sobre las propias acciones o participaciones.

<sup>48</sup> *Vid.*, CAMPINS VARGAS, A «El Anteproyecto de Ley...», cit., págs. 1.035-1.040, esp. pág. 1.038.

Ahora bien, aquella norma limita el ámbito de aplicación de las especialidades que contiene a los supuestos de adquisición por la sociedad de sus propias acciones o participaciones a que se refiere el artículo 15.2 de la LSP, es decir, cuando deriva de una transmisión forzosa entre vivos, a los que a estos solos efectos se asimila la liquidación de regímenes de cotitularidad, incluida la de la sociedad de gananciales.

El primer supuesto al que se aplica las reglas especiales contenidas en el artículo 17.1 e) de la LSP, en materia de autocartera, es el de las transmisiones forzosas entre vivos, entendiéndose por tales aquellas que derivan de procedimientos judiciales o administrativos<sup>49</sup>, o de cualquier otra forma de enajenación forzosa legalmente prevista<sup>50</sup>, así como de carácter individual o colectivo (situaciones concursales), en las que no puede dejar de ejercerse un control del *intuitus* por parte de la sociedad profesional.

Conforme con el artículo 15.2 de la LSP, el contrato social (o los estatutos) podrá incluir una cláusula que permita a los socios profesionales acordar, por la mayoría establecida, que las participaciones del socio embargadas y ejecutadas no se transmitan al rematante o adjudicatario. Pero además, aunque el contrato social no incluya dicha cláusula, la existencia de «consentimiento expreso» de todos los socios profesionales puede impedir que las participaciones objeto de transmisión forzosa sean adquiridas por el rematante o adjudicatario; es decir, todos los socios profesionales, por unanimidad, pueden impedir esa adquisición derivativa del embargo y posterior ejecución de las participaciones sociales. La no procedencia de la transmisión obliga también a abonar «la cuota de liquidación que corresponda» al rematante o adjudicatario.

El segundo supuesto al que se aplica el artículo 17.1 e) de la LSP, al quedar asimilado a las transmisiones forzosas por el artículo 15.2 de la LSP, es el de las operaciones de liquidación de regímenes de cotitularidad<sup>51</sup>, incluida la de la sociedad de gananciales<sup>52</sup> (art. 15.2 *in fine* LSP).

<sup>49</sup> Tal y como dispone, por ejemplo, el artículo 64.2 de la LSA.

<sup>50</sup> Como establece el artículo 31.2 de la LSRL. La mejor doctrina interpreta con amplitud la expresión de esta norma; *vid.*, entre otros, ALONSO ESPINOSA, F.J., «(Comentario al) Artículo 31», en *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada* (dir. Arroyo, I. y Embid Irujo, J.M.), Madrid, 1997, págs. 361-362. VERGEZ SÁNCHEZ, M., *Régimen de las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada*, t. XIV, vol. 1.º B, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles* (dir. Uría, R./Menéndez, A./Olivencia, M.), Madrid, 1999, pág. 138.

<sup>51</sup> La existencia de situaciones de cotitularidad sobre las acciones o participaciones es perfectamente posible en una sociedad profesional, aunque genera importantes dudas, tales como si los cotitulares de una participación profesional deben ser todos profesionales o, por el contrario, solo debe serlo una mayoría que permita el «control» de la participación. Al margen de todo ello, el artículo 15.2 de la LSP zanja la controversia mantenida por los autores que, con uno u otro fundamento, han patrocinado la aplicación del régimen restrictivo a la adjudicación de la participación social (ganancial) que fundamenta la condición de socio profesional de uno de los cónyuges al otro cónyuge no profesional, y somete estas operaciones –bien de transmisión en sentido técnico, bien de consolidación o especificación del dominio a favor de un cotitular– al mismo régimen de intransmisibilidad previsto para las *mortis causa*.

<sup>52</sup> La aplicación del artículo 15.1 de la LSP permite impedir que la participación de un socio profesional se adjudique al cónyuge que no sea profesional (aunque también resulta aplicable si el cónyuge es asimismo profesional, pues en este caso sigue siendo necesario un control del *intuitus* personal). Ahora bien, a juicio de CASTAÑER CODINA, J., *Comentario de la Ley de Sociedades Profesionales*, Valencia, 2007, pág. 232, no se aplica el régimen de transmisión forzosa sino el previsto en el artículo 12 de la LSP cuando la transmisión entre cónyuges se produce de forma voluntaria.

La asimilación de estas situaciones al de las transmisiones forzosas se realiza con la finalidad de que los socios profesionales puedan impedir (por mayoría si lo establece el contrato social o, en su defecto, por decisión expresa de todos ellos) que se convierta en socio la persona a la cual se haya previsto adjudicar la participación en la operación liquidatoria de la situación de cotitularidad o ganancial <sup>53</sup>.

El artículo 17.1 e) de la LSP se limita a contemplar los supuestos de transmisión forzosa entre vivos sin hacer referencia a los supuestos de fallecimiento, separación o exclusión de socios, y otros específicos como los supuestos de promoción del socio (que cede la participación de una clase para adquirir la de otra clase distinta). Creemos que aun cuando pudiera entenderse que los supuestos de separación o exclusión de socios son casos de «transmisión forzosa entre vivos», el artículo 17.1 e) de la LSP tendría que haber contemplado expresamente esos supuestos, mejorando notablemente, de este modo, la técnica legislativa empleada. En todo caso, el precepto tendría que haber previsto su aplicación a los supuestos de adquisición *mortis causa* y a los supuestos de transmisión derivada de la promoción del socio profesional (que se desprende de la participación que ostenta para adquirir otra de clase distinta, como consecuencia de su promoción profesional). La ampliación de supuestos de autocartera a todos aquellos casos de salida de un socio, vendría a flexibilizar el régimen de la operación, con la finalidad de adaptar la normativa propia de los tipos sociales capitalistas a la realidad de la sociedad profesional.

## 2. Las normas especiales en materia de autocartera.

Sin perjuicio de la aplicación a las sociedades profesionales del régimen de autocartera previsto en la LSA y en la LSRL, para los supuestos contemplados en el artículo 17.1 e) de la LSP, antes analizados, este mismo precepto establece dos normas que especializan aquel régimen jurídico, a las que se añade una tercera simplemente de remisión. Ahora bien, fuera de los supuestos contemplados en el artículo 17.1 e) de la LSP la autocartera en las sociedades profesionales de capitales se regirá por lo dispuesto en la normativa reguladora de la forma social adoptada (art. 1.3 LSP); es decir, por lo dispuesto en los artículos 74 a 89 de la LSA y 39 a 42 de la LSRL.

La primera norma que especializa el régimen de adquisición derivativa de acciones y participaciones propias para las sociedades profesionales de capitales, frente al previsto en la LSA y LSRL, impone el deber de que la adquisición de aquellas se realice «con cargo a beneficios distribuibles o reservas disponibles» <sup>54</sup>.

En las sociedades profesionales lo habitual es el reparto total y periódico de los beneficios, sin constituir, por tanto, reservas de libre disposición, lo que conlleva la posible falta de medios

<sup>53</sup> *Vid.*, ampliamente, sobre la calificación como transmisión forzosa de esas operaciones liquidatorias, PERDICES HUETOS, A.B., *op. cit.*, págs. 288-290.

<sup>54</sup> Esta exigencia ya se contempla en el artículo 40.1 d) de la LSRL para algunos casos de adquisición de las propias participaciones.

libres con que adquirir las acciones o participaciones del socio inmerso en el supuesto contemplado en el artículo 15.2 de la LSP. Por tanto, la inexistencia de medios libres con que adquirir aquellas acciones o participaciones acarrea la no aplicación de la norma contenida en el artículo 17.1 de la LSP. En estos casos, si se quiere impedir la entrada de extraños a la sociedad, lo recomendable será que los socios profesionales adquieran para sí las participaciones o acciones del socio que ha visto perder su participación por encontrarse en los supuestos a que se refiere el artículo 15.2 de la LSP. Creemos que el legislador tendría que haber prescindido de la exigencia de que la adquisición de acciones o participaciones en los supuestos contemplados en el artículo 15.2 de la LSP se verifique con cargo a beneficios o reservas libres, y que especializa el régimen de autocartera para las sociedades profesionales de capitales, y haber permitido la posibilidad de la adquisición de las propias acciones o participaciones con cargo a los resultados del ejercicio en curso, habida cuenta de que en las sociedades profesionales la autocartera es un mecanismo destinado a facilitar el flujo de acciones y participaciones para la promoción profesional.

La segunda norma de especialización del régimen jurídico de autocartera de las sociedades profesionales de capitales, a que se refiere el artículo 17.1 e) de la LSP, es la rebaja a un año del plazo de que dispone la sociedad para la enajenación de las acciones o participaciones en autocartera, frente a los tres años previstos, respectivamente, en los artículos 78 de la LSA y 40.2 de la LSRL, para las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada. Durante dicho plazo anual debe producirse la enajenación de las acciones o participaciones y las que no lo fuesen deberán ser amortizadas con la consiguiente reducción del capital social, con los consiguientes problemas derivados de ello (como el incumplimiento de los requisitos de composición cuantitativa de la sociedad profesional, la reducción por debajo de la cifra legal mínima, etc.).

La tercera y última norma recogida en el artículo 17.1 e) de la LSP, que es remisoria a la normativa aplicable a las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, declara que mientras las acciones o participaciones adquiridas estén en autocartera «les será aplicable el régimen previsto en el artículo 79 de la LSA y en el artículo 40 bis de la LSRL». Ahora bien, la aplicación de los artículos 79 de la LSA y 40 bis de la LSRL no es exclusiva de las acciones o participaciones en autocartera que hayan sido adquiridas en los supuestos contemplados en el artículo 15.2 de la LSP, sino que se extiende a todas las acciones o participaciones en autocartera, cualquiera que haya sido la causa que haya motivado su adquisición, en virtud del principio de supletoriedad de la normativa propia de la forma social adoptada, a que se refiere el artículo 1.3 de la LSP.

Creemos que el legislador ha acertado al no exigir acuerdo de la junta general para que la sociedad pueda adquirir sus propias acciones o participaciones en los supuestos a que se refiere el artículo 15.2 de la LSP (a diferencia de lo que exigía la antigua propuesta de Anteproyecto de Ley de Sociedades Profesionales de 1999 y la actual regulación de sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada), en tanto flexibiliza el régimen, habida cuenta la relativa frecuencia con la que en sociedades profesionales de capitales de cierto volumen (con un número considerable de socios profesionales) pueden tener lugar tales supuestos de adquisición de autocartera.

## VII. EL RÉGIMEN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LAS SOCIEDADES PROFESIONALES DE CAPITALES

### 1. La obligatoriedad de las prestaciones accesorias.

En la sociedad profesional, como en cualquier otra sociedad, la principal obligación de los socios es la de aportar, que se configura como presupuesto jurídico para adquirir la condición de socio. Esta obligación puede configurarse por medio de diversos comportamientos, y puede consistir en «bienes, dinero o industria» (art. 1.665 CC y 116 CCo.)<sup>55</sup>. Resulta obvio que en estas sociedades, creadas para el ejercicio en común de una profesión, la prestación de actividad de sus miembros, entendida como un *facere* por el que el profesional pone a disposición de la sociedad sus conocimientos y trabajo personal, constituya habitualmente su aportación más destacada (cuantitativa y cualitativamente), en comparación con su aportación al capital, que no podrá, desde luego, faltar, pudiendo el capital humano aportado ostentar un valor económico muy superior al que representan las aportaciones de capital físico<sup>56</sup>, de ahí que no sea extraño que éste se aproveche simplemente para regular la posición de los socios dentro de la sociedad, es decir, de sus derechos administrativos y patrimoniales.

Los socios profesionales ponen a disposición de la sociedad sus conocimientos y experiencia profesional o técnica contribuyendo, de este modo, a la consecución del objeto social. Esta prestación de actividad del socio profesional a favor de la sociedad puede articularse a través de diversos mecanismos societarios, como la aportación de industria, característica de las sociedades de personas, o las prestaciones accesorias, típicas de las sociedades de capital<sup>57</sup>, y puede configurarse, a su

<sup>55</sup> Entre las carencias de la LSP hay una que tiene que ver con el régimen de las aportaciones de los socios, al no ocuparse de ello, de forma autónoma y sistemática, ningún precepto, lo que contrasta con el planteamiento, técnicamente más depurado, del que era tributaria la Propuesta de Anteproyecto de LSP de 1998, cuyo artículo 8 («Aportaciones de los socios») disponía:

1. Los socios prestarán su actividad profesional a que se hubieren obligado de conformidad con las normas y principios deontológicos propios de la profesión y, en particular, con los de independencia y responsabilidad personal. En ningún caso será obstáculo el ejercicio de la profesión a través de sociedad para la efectiva aplicación a los profesionales del régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional.
2. Salvo disposición contraria del contrato social, se entenderá que la aportación de actividad de los socios profesionales se concierne con carácter exclusivo y que no da derecho a otras retribuciones que las previstas en el artículo 9 [este artículo trataba de la «Participación (de los socios) en beneficios y pérdidas». El régimen de participación en beneficios podía aplicarse, asimismo, «al reparto de aquella fracción del beneficio que eventualmente pueda reservarse en las sociedades de capital para la retribución de las prestaciones accesorias (apdo. 3)].
3. Lo dispuesto en el apartado anterior será también de aplicación cuando la aportación de servicios profesionales se instrumentó a través de prestaciones accesorias».

<sup>56</sup> Esto ha llevado a la doctrina a mantener que en el ámbito de las sociedades profesionales, la configuración de la prestación de actividad bajo la forma de prestaciones accesorias provoca que lo que es accesorio desde el punto de jurídico sea principal económicamente; así, VERGER SÁNCHEZ, M., *El socio industrial*, Madrid, 1972, págs. 70-71.

<sup>57</sup> En cambio si el profesional no es socio prestará sus servicios, básicamente, bien como trabajador, es decir, sometido al régimen de derecho laboral, bien como asociado, esto es, por medio de un contrato de arrendamiento de servicios. *Vid.*, ampliamente sobre estas cuestiones GARCÍA PÉREZ, R., *op. cit.*, pág. 165.

vez, bien como una obligación de medios, bien como una obligación de resultado<sup>58</sup>. Lo habitual será que el socio se comprometa a prestar a la sociedad sus servicios profesionales sin consideración a un resultado predeterminado, pauta que responde perfectamente a su carácter de sociedades de trabajo en común, en la que el riesgo de las actuaciones de cada uno de los miembros se comparte entre todos los socios. Ahora bien, nada impide que existan formas atípicas en las que la prestación se configure por la autonomía privada como una obligación de resultado o de obra<sup>59</sup>.

Mientras en las sociedades de persona, la prestación de actividad se articula societariamente a través de la institución de la aportación de industria, donde el profesional adquiere a través de ella la condición de socio (arts. 1.665 CC y 116 CCo.), en las sociedades capitalistas está prohibido la prestación de trabajo o servicios como objeto de aportación en sentido técnico jurídico, porque su normativa reguladora dispone con total claridad que «en ningún caso podrán ser objeto de aportación el trabajo o los servicios» (arts. 36.1.II LSA y 18.1 LSRL). Esta prohibición se mantiene respecto de las sociedades profesionales de capitales (art. 1.3 LSP) en las que también el capital social es un fondo de garantía (art. 11.1 LSP), y por tanto, las aportaciones que sirvan para dotarlo deben ser consecuentemente activos aptos para servir como garantía<sup>60</sup>. La propia naturaleza de las aportaciones de servicios justifica su exclusión ante su incapacidad para cumplir con este fin, toda vez que se trata de prestaciones que se van a efectuar de una manera continuada en el futuro y que consisten en una actividad personal<sup>61</sup>.

La prohibición legal de la aportación de industria en las sociedades capitalistas no impide, en cambio, que los estatutos puedan establecer prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital (arts. 36.1.II LSA y 22 LSRL)<sup>62</sup>. Nuestro legislador ha aprovechado esta posibilidad y ha vinculado, para las sociedades profesionales de capitales, la prestación de actividad de los socios profesionales con la prestación accesorias y exige, de forma imperativa, en el artículo 17.2 de la LSP, que las acciones y participaciones que correspondan a los socios profesionales lleven aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social. Luego, el artículo 17.2 de la LSP no deja lugar a dudas sobre el carácter obligatorio que tienen las prestaciones accesorias en el estatuto jurídico del socio profesional, frente al

<sup>58</sup> Sobre estas dos categorías de obligaciones, *vid.*, entre otros, JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)», *ADC*, 1991, págs. 5-96, esp. pág. 20, y la abundante bibliografía citada; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Madrid, 1996, págs. 239 y ss.

<sup>59</sup> En estos casos se puede obligar, por ejemplo, a un abogado a elaborar un número determinado o indeterminado de informes o el arquitecto a ejecutar los proyectos que la sociedad le proponga; *vid.*, sobre estos y otros supuestos específicos de obligaciones de resultado de los profesionales ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> T., *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997, págs. 150 y ss.

<sup>60</sup> *Vid.*, ampliamente, sobre la función de garantía del capital social, GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1, Madrid, 1947, pág. 441; GIRÓN TENA, J., *Derecho de sociedades anónimas*, Valladolid, 1952, pág. 218; LOJENDIO OSBORNE, I., «Las aportaciones sociales (arts. 36-41 LSA)», en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, III, Madrid, 1992. Para una visión diferente del capital social *vid* PAZ-ARES, *ADC*, 1983, págs. 1.586-1.639, y en «Las aportaciones de uso en las sociedades de capital», *RdS*, 1995, núm. extr., para quien el capital social no es tanto un fondo de garantía, como un fondo de explotación, dando así una mayor relevancia a la función de productividad del mismo.

<sup>61</sup> Así, LOJENDIO OSBORNE, I., *op. cit.*, págs. 38-44.

<sup>62</sup> Ampliamente, sobre las prestaciones accesorias, *vid.* PEÑAS MOYANO, M.J., «Las prestaciones accesorias en la Sociedad Anónima», *RdS*, monografía, núm. 7, Pamplona, 1996; MARTÍNEZ NADAL, A., *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Barcelona, 1997.

carácter facultativo que poseen en la configuración general de la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Conforme a ello las acciones o participaciones emitidas sin prestaciones accesorias propias del objeto social únicamente conferirán a sus titulares la condición de socio no profesional.

En atención a ello, si se trata de una sociedad anónima, las prestaciones accesorias deberán regularse de forma imperativa en los estatutos en la forma prevista en el artículo 127 del Reglamento del RRM, es decir, estableciendo su régimen, su contenido de la forma más precisa posible, si son gratuitas o retribuidas y en este último caso la forma de retribución. Si se trata de una sociedad limitada deberán tenerse en cuenta los artículos 22 a 25 de su ley reguladora y el artículo 187 del RRM. Por consiguiente, creemos que no será posible la inscripción de una sociedad anónima o limitada profesional que no regule debidamente las prestaciones accesorias de los socios, porque la LSP se limita a establecer imperativamente esas prestaciones y por ello su contenido concreto debe ser objeto de regulación estatutaria. Obviamente la aplicabilidad de aquellos artículos debe acomodarse, sobre todo con relación a la transmisión de acciones o participaciones de los socios profesionales, a lo dispuesto en la Ley 2/2007. Con esta técnica injerta imperativamente el *intuitus* en sociedades de estructura corporativa como las de capital, del mismo modo que con la declaración de intransmisibilidad de las acciones de los socios profesionales procede a podar un elemento tipológico propio de la sociedad anónima.

Estas prestaciones accesorias no pueden configurarse como una aportación en sentido técnico jurídico, ni por tanto actúan como presupuesto jurídico de la condición de socio, de tal modo que quien las realiza no puede recibir a cambio de esta prestación acciones o participaciones sociales. Las prestaciones accesorias, que pueden consistir en un *facere* de carácter cualificado y hasta personalísimo y, más en concreto en el caso de las sociedades profesionales, en la prestación de la actividad profesional que constituye el objeto social de la sociedad, se configuran como obligaciones sociales accesorias de la obligación principal que todo socio tiene que hacer al capital social, lo que conlleva que únicamente el socio puede asumir la obligación de realizar prestaciones de esta naturaleza, que dependen y se justifican legalmente por la obligación principal del socio, cual es la de realizar una aportación al capital social en bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica. Se trata de prestaciones que quedan incrustadas, de manera ineludible, en el propio puesto de socio profesional, con las importantes consecuencias que ello acarrea para el estatuto jurídico de esta categoría de socios. A la vista de que la prestación de la actividad profesional por el socio se articula técnicamente mediante una prestación accesoria la actividad del socio profesional, como tal, es directamente actividad social que cualifica al ente como sociedad profesional, sin que haya concurso de negocios, duplicidad de contratos unidos o doble vínculo.

La obligación de los socios profesionales de realizar prestaciones accesorias no se produce en un momento único, sino que al igual que ocurre en los contratos de duración, su ejecución se prolonga en el tiempo, hasta que el socio deje de serlo o se convierta en socio no profesional. Este último no queda obligado a realizar prestaciones accesorias, aunque sus acciones o participaciones pueden igualmente llevar aparejadas prestaciones de esta naturaleza, pero no podrán consistir en el deber de ejercer la actividad profesional que constituye el objeto social. De este modo la utilización de los ser-

vicios en que consisten las prestaciones accesorias requiere permanentemente de la actividad del socio profesional.

El socio profesional cumplirá su obligación de realizar prestaciones accesorias cuando despliega la actividad de conformidad con las exigencias derivadas de la *lex artis* profesional, y con arreglo a las normas y principios deontológicos propios de la profesión, en los términos previstos en el contrato social y demás pactos contenidos en él. En ningún caso el ejercicio de la profesión por medio de una sociedad profesional puede constituir un obstáculo para el sometimiento de los socios profesionales a las reglas deontológicas y a la disciplina corporativa que corresponda según su ordenamiento profesional.

El carácter obligatorio que tiene para el socio profesional la realización de sus prestaciones accesorias acarreará que su incumplimiento conlleve las mismas consecuencias que las previstas para el tipo social de que se trate, contemplando expresamente la LSP la posibilidad de exclusión del socio en estos casos (art. 14.1 LSP). Además, el contrato social podrá contemplar posibles medidas protectoras para reaccionar frente al incumplimiento del socio y toda una serie de sanciones<sup>63</sup> que vayan desde el simple apercibimiento o amonestación del órgano directivo recordando al socio profesional la conducta que ha de seguir, hasta la exclusión de la sociedad, al margen del ejercicio de la «acción de cumplimiento» que dispone la sociedad para exigir que la prestación se ajuste exactamente a lo prometido por el socio<sup>64</sup>.

## 2. Especialidades en la retribución de las prestaciones accesorias.

### 2.1. Preliminar.

Las prestaciones accesorias en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada pueden o no ser retribuidas [art. 9 l) LSP y 23 LSRL]. En las sociedades profesionales, en cambio, las prestaciones accesorias de los socios profesionales son retribuidas por naturaleza. Pues bien, la segunda norma especial a que se refiere la LSP en materia de prestaciones accesorias es aquella que remite al régimen de aplicación del resultado para la retribución de las prestaciones accesorias de los socios profesionales [art. 17.1 f) LSP], lo que supone dar un amplio margen a la autonomía de la voluntad expresada en el contrato social. Establecida la natural retribución de las

<sup>63</sup> Este término de «sanciones» no ha de ser entendido en sentido técnico jurídico porque las «sanciones» no caben en el Derecho privado; *vid.*, ampliamente, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La expulsión de asociados y la confianza en el Derecho privado», *ADC*, 1997, págs. 155-186.

<sup>64</sup> En muchas ocasiones, estas sanciones de la sociedad al socio deberán calificarse como cláusulas penales. Al movernos en sede de obligaciones resultarán de aplicación en estos casos los artículos 1.152 y 1.155 del Código Civil y 56 del Código de Comercio, por lo que la pena sustituirá a la indemnización de daños salvo pacto en contrario; la sociedad no podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, salvo que esta facultad le haya sido claramente otorgada. Por su parte, el socio no podrá eximirse de cumplir la prestación pagando la pena, salvo en los casos en los que se hubiera reservado ese derecho. En general sobre las cláusulas penales aplicables a las prestaciones accesorias en las sociedades de capital *vid.* PEÑAS MOYANO, M.J., *op. cit.*, págs. 361 y ss.



prestaciones accesorias en las sociedades profesionales de capitales, conviene atender dos consideraciones. La primera analizar el régimen de retribución de las prestaciones accesorias si, finalmente, el contrato social (o más bien, los estatutos que forman parte del mismo) remite aquel sistema a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LSP, y la segunda, si es de aplicación el límite máximo retributivo establecido en el artículo 23 de la LSRL, y conforme al cual la cuantía de la retribución «no podrá exceder en ningún caso del valor que le corresponda a la prestación».

## 2.2. *El régimen de retribución de las prestaciones accesorias.*

### 2.2.1. La contribución de cada socio a la buena marcha de la sociedad como sistema de retribución.

Uno de los problemas prácticos de la LSP es la omisión de cualquier fórmula de valoración de las prestaciones accesorias. Esta dificultad de mediación o determinación se acentúa especialmente en el ámbito de los servicios profesionales, al no existir un valor de mercado preciso o estrecho que permita comparar la remuneración asignada por la sociedad. El art. 17.1 f) de la LSP permite a los estatutos de las sociedades profesionales de capitales remitirse a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LSP, destinado a regular la distribución de dividendos, en cuanto al régimen de retribución de las prestaciones accesorias de los socios profesionales. Con ello, la LSP, en primer lugar, consiente que la retribución de aquéllas se base en o se module en función de la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad, siendo necesario en esos casos que los estatutos recojan los criterios cuantitativos y/o cualitativo aplicables, y, en segundo lugar, trata unitariamente la distribución de los resultados con independencia de que lo que se retribuya sea la aportación de capital o la prestación de servicios.

El artículo 10.1 de la LSP atribuye al contrato social la determinación del régimen de participación de los socios en los resultados de la sociedad o del sistema con arreglo al cual haya de determinarse en cada ejercicio, sean beneficios o pérdidas. Habrá sistemas que tiendan a remunerar por igual la prestación de actividad de los profesionales, lo que permitirá ahorrar esfuerzos en la determinación de las posibles diferencias en la contribución (especialmente difícil cuando la actividad se genera en torno a equipos de trabajo), aunque, en esos casos, no se adecuaría bien a las peculiaridades propias de comunidad de trabajo internamente tan competitivas y fidelizadas con el «plan de carrera» como las profesionales. Otros, por el contrario, se articularán sobre la antigüedad de manera que los socios profesionales más modernos obtendrán una retribución menor, que iría en aumento con el seguimiento del «plan de carrera». Conforme con este criterio todos los profesionales con la misma antigüedad pertenecen a la misma «promoción» o clase. De este modo, la participación en los resultados consta, por un lado, de la retribución a la que tienen derecho sus contemporáneos (con los que forma la misma promoción) y, por otro, de la que corresponde a los profesionales más jóvenes (que cobran menos de lo que les correspondería de acuerdo con su productividad marginal). Por último, existirán sistemas en los que se recompense el esfuerzo individual, que sería más justo, porque cada socio recibiría lo suyo, pero igualmente menos ajustable por las dificultades que existen a la hora de apreciar magnitudes que no siempre son cuantificables. Conforme con este criterio la sociedad debe determinar la contribución relativa de cada profesional a la productividad de la sociedad y

dividir los beneficios de acuerdo con esa determinación. La retribución en función del rendimiento puede basarse en una estimulación más o menos objetiva, según los indicadores sobre los que repose este sistema <sup>65</sup>.

Pues bien, de los diversos sistemas de retribución de las prestaciones accesorias que pueden utilizarse el legislador considera particularmente el que se basa en la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad (art. 10.2 LSP) que, con total probabilidad, se convertirá en el más utilizado. Y ello, porque si en las sociedades profesionales de capitales es obvio que se tiene que valorar especialmente el esfuerzo de trabajo aportado por cada socio, lo lógico es que el reparto se realice conforme a la calidad y cantidad de ese esfuerzo <sup>66</sup>. Luego, el régimen de retribución de las prestaciones accesorias puede «basarse en» aquella contribución del socio o bien «modularse en» función de ella, es decir, ser el único aplicable o bien concurrir con otro u otros sistemas de reparto.

La ventaja de este criterio de remuneración de las prestaciones accesorias, en atención a la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad, es que provoca importantes incentivos para que los profesionales desarrollen sus prestaciones accesorias con la vista puesta en maximizar los resultados de su actividad. Ahora bien, este sistema no está exento de problemas.

El primero de ellos, y quizás el más grave, se encuentra en que genera un conflicto grave entre el interés individual del socio y el interés común o social. Si la retribución de las prestaciones accesorias se basa exclusivamente en la contribución de cada socio a la buena marcha de la sociedad, éste tratará de maximizar su rendimiento invirtiendo en su propio capital humano, en su propia reputación individual y tratando de adquirir una clientela propia, a expensas del capital de la sociedad, de su clientela y de su reputación social.

El segundo de los riesgos que rodean este sistema de retribución de las prestaciones accesorias se encuentra unido al anterior, y es que, cualquiera que sea la medida de rendimiento fijada por la sociedad (clientes que se aportan, casos o proyectos realizados, horas trabajadas, etc.), con él se incentiva que los socios profesionales dediquen su tiempo y esfuerzo únicamente al elemento (o elementos) que se toman en consideración para dicha remuneración, abandonando cualquier otro <sup>67</sup>.

El tercero de los riesgos apuntados se encuentra en la dificultad de medición de la contribución de cada socio a la buena marcha de la sociedad, para en función de ella, poder atribuir la remuneración correspondiente de las prestaciones accesorias. Esta dificultad de mediación se hace especialmente patente en el ámbito de la actividad profesional, donde resulta poco probable la detección del incumplimiento y donde la contribución de cada profesional a la buena marcha de la sociedad no

<sup>65</sup> *Vid.*, ampliamente, sobre los diversos criterios apuntados sus ventajas y desventajas, CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, cit., págs. 270-289.

<sup>66</sup> CAMPINS VARGAS, A., «El Anteproyecto de Ley...», cit., pág. 1.037.

<sup>67</sup> De este modo, si la retribución de las prestaciones accesorias en un despacho de abogados se fija, por ejemplo, en función de los casos resueltos, puede sacrificarse la calidad y preparación en aras del número de casos llevados personalmente por cada abogado. Ahora bien, eso no puede equipararse a que la sociedad profesional al lograr ese objetivo consiga realmente los fines que buscaba, con lo que se destruye la eficacia que se pretendía obtener con aquel.

es directamente visible o comprobable, porque la simple observación de la actividad de un profesional no da muchas pistas en cuanto a su verdadero rendimiento. Se puede recurrir a formas o medios indirectos de medición para asignar la contribución de cada socio a la buena marcha de la sociedad, tales como la calidad del trabajo realizado, el volumen de cliente captado, el número de horas trabajado, etc., pero, en cualquier caso, las apreciaciones subjetivas del rendimiento no se pueden eliminar y las objetivas para medir tal rendimiento son siempre relativas. Estas dificultades de mediación aumentan en las sociedades profesionales de capitales en las que el valor de lo que cada uno aporta a la sociedad es, en muchas ocasiones, inseparable del valor aportado por la combinación del servicio del resto de socios y depende fuertemente de las acciones y decisiones de otros.

En cuarto lugar, este sistema aumenta el número y discrecionalidad de las decisiones necesarias para fijar la remuneración de cada profesional por sus prestaciones accesorias. De un lado, este sistema conlleva que cada cierto tiempo tengan que tomarse decisiones sobre la productividad o rendimiento de cada uno de los socios profesionales sobre la marcha de la sociedad, con la consiguiente multiplicación de los riesgos de error y discrecionalidad en las retribuciones asignadas a las prestaciones accesorias. De otro lado, al depender esta retribución de aquellas decisiones, los socios profesionales intentarán influir sobre ellas y sobre las personas que hayan de tomarlas; estos «costes de influencia» acarrearán un derroche absoluto en cuanto de ellos no se obtiene ningún aumento productivo.

En quinto y último lugar, la retribución de las prestaciones accesorias en atención a la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad introduce un elemento de aleatoriedad en la remuneración que genera incertidumbre (el profesional no sabe lo que va a ganar) y no permite obtener ventajas que, en términos de eficiencia, se derivan, con carácter general, de la diversificación de riesgos, manteniendo a los socios profesionales en los riesgos inherentes a su capital humano.

En el caso de que los estatutos acojan como régimen de retribución de las prestaciones accesorias lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LSP deberá recoger los criterios cualitativos y/o cuantitativos aplicables. Es decir que en los estatutos se debe determinar la retribución a que cada socio tiene derecho en contrapartida a sus prestaciones accesorias y el porqué tiene derecho a aquélla y no a otra. Los criterios cuantitativos supondrá una mayor o menor dedicación a la actividad a desarrollar por la sociedad, o, si se quiere emplear un criterio menos material, una mayor o menor productividad. Es decir la retribución del socio profesional por sus prestaciones accesorias será mayor o menor dependiendo del esfuerzo, en tiempo o en otra forma, dedicado a la sociedad. En cambio, los criterios cualitativos pueden ocasionar mayor complejidad al ser, al menos en una gran medida, subjetivos, lo que les hace difíciles de ponderar y establecer de forma clara en los estatutos de la sociedad. Téngase en cuenta que las distintas situaciones que pueden darse en esta cuestión son casi infinitas y será en cada caso particular cuando se determinen cuáles son esas cualidades que permiten a uno u otro socio obtener una retribución mayor o menor, respecto de otro u otros socios profesionales que hayan realizado prestaciones accesorias. Algunos de los criterios cualitativos que se pueden emplear son la aportación de clientela, la especialización, el prestigio profesional, la capacidad de solución de problemas, etc.

Los criterios cuantitativos y cualitativos pueden ser sumamente variados y lo importante es su adecuado reflejo en los estatutos como medio de modulación en la retribución de las prestaciones accesorias. Además, el empleo en el artículo 10.2 de la LSP de la doble conjunción (y/o) permite concluir que la sociedad puede, según lo desee, utilizar únicamente criterios del primer tipo (cualitativos), establecer solamente criterios del segundo tipo (cuantitativos), o utilizar al mismo tiempo ambos criterios.

### 2.2.2. El acuerdo de reparto de beneficios a través de la retribución de las prestaciones accesorias.

La remisión que el artículo 17.1 f) de la LSP hace al artículo 10.2 de la LSP, en su globalidad, obliga a entender que en el caso de que se acoja como sistema de retribución de las prestaciones accesorias la contribución efectuada por cada socio a la buena marcha de la sociedad, el reparto de esa retribución requiere su aprobación o ratificación «por la junta o asamblea de socios con las mayorías que contractualmente se establezcan, las cuales no podrán ser inferiores a la mayoría absoluta del capital, incluida dentro de ésta la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales». Con esa previsión se ha querido flexibilizar al máximo el posible criterio desigual en la participación en beneficios, dejando en manos de los órganos sociales el reparto de tal beneficio, tanto si este se verifica como participación en las ganancias como si tiene lugar a través de la retribución de las prestaciones accesorias.

Con la remisión que el artículo 17.1 f) de la LSP hace al artículo 10.2 de la LSP el legislador está tratando unitariamente la distribución de los resultados, con independencia de que lo que se retribuya sea la aportación de capital o la prestación de servicios. Luego, establecido en el contrato social un sistema con arreglo al cual haya de determinarse la participación de los socios en los beneficios o pérdidas de la sociedad profesional, la junta general o asamblea de socios es quien debe aprobar o ratificar el reparto final. La intervención de la junta o asamblea de socios resulta acorde con su competencia exclusiva para la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad y de la aplicación del resultado [arts. 212.1 LSA y 144.1 a) LSRL].

El legislador, además de establecer la competencia de la junta o asamblea de socios, se preocupa de fijar las mayorías que, con carácter mínimo, serán necesarias para la aprobación o ratificación del reparto final. Este deberá ser, en todo caso, aprobado, salvo que se establezca un quórum superior en los estatutos sociales, por la mayoría absoluta del capital social, incluida dentro de ésta la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales. Con ello se derogan los quórums normales de aprobación de cuentas anuales por parte de las sociedades anónimas y sociedades de responsabilidad limitada, lo que debe ser tenido en cuenta en la redacción de los estatutos de estas sociedades.

Se trata de una mayoría que tiene un doble carácter: de un lado, la mayoría absoluta del capital (y no una mayoría relativa o en relación con los socios presentes y representados en la junta o asamblea), es decir, el voto favorable de más del 50 por 100 del capital social; de otro lado, la mayoría de derechos de voto de los socios profesionales (calculada no sobre los socios presentes y representados en la junta o asamblea sino sobre el total de los derechos de voto de los socios profesiona-

les de la sociedad), es decir, el voto favorable de más del 50 por 100 de estos derechos de voto. Esta doble mayoría debe respetarse por los estatutos de las sociedades profesionales de capitales y es la que se aplicará si éstos no fijan mayoría alguna o se declara nula la cláusula contractual. Luego, los estatutos, tras respetar los requisitos legales mínimos, tienen libertad para incrementar la mayoría absoluta del capital, elevar la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales que se requiere, o bien aumentar ambos parámetros. Ahora bien, los estatutos deben siempre respetar también otros posibles límites en la fijación de mayorías que existan en la normativa reguladora de la forma social adoptada (entre ellos, la prohibición de unanimidad que expresamente se recoge para la sociedad de responsabilidad limitada –art. 53.3 LSRL– y que se considera también aplicable a la sociedad anónima <sup>68</sup>).

Llama especialmente la atención que se someta a quórum reforzado la aprobación de lo que la LSP denomina como «reparto final» y no se someta a quórum reforzado la totalidad de las cuentas anuales de la sociedad. Consecuentemente las cuentas anuales se podrán aprobar con las mayorías ordinarias establecidas en sus respectivas leyes reguladoras, pero dichas cuentas no quedarán aprobadas en su globalidad, mientras no se haya aprobado el reparto de beneficios, para lo que será necesario el quórum reforzado a que se refiere el artículo 10.2 de la LSP <sup>69</sup>.

### 2.3. *La inaplicación de la limitación del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*

Una vez establecida la natural obligatoriedad de la retribución de las prestaciones accesorias en las sociedades profesionales de capitales y las especialidades de su régimen, la siguiente cuestión que se plantea es la posible aplicación del límite máximo retributivo establecido en el artículo 23 de la LSRL y según el cual la cuantía de la retribución «no podrá exceder en ningún caso del valor que le corresponda a la prestación» <sup>70</sup>. En el caso de que esta prohibición fuese aplicable supondría un

<sup>68</sup> Así lo entienden, entre otros, URÍA, R./MENÉNDEZ, A/GARCÍA DE ENTERRÍA, J. «Capítulo 35. La sociedad anónima: órganos sociales. La junta general de accionistas», en *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 2006, pág. 933, y la DGRN de 13 de enero de 1994 (*La Ley* 5064-JF/0000), donde expresamente se mantiene que cuando los estatutos refuerzan los quórum no pueden alcanzar «los aldeaños de la unanimidad».

<sup>69</sup> Esto puede dar lugar a situaciones llamativas dentro de la sociedad, al ser posible que las cuentas anuales y la aplicación del resultado fueran aprobadas por la junta general pero no, lo que la LSP llama, el «reparto final del resultado». En estos casos no creemos que se pueda entender que están aprobadas las cuentas, porque éstas deben serlo en su totalidad, sobre todo teniendo en cuenta que los administradores al formularlas habrán propuesto esa distribución del resultado que no merece la aprobación de la junta o asamblea. Por ello, entendemos que las cuentas anuales deben someterse al quórum reforzado establecido para la aprobación del reparto final, porque de lo contrario podrían acarrear perjuicios para la sociedad. De ahí que, para evitar dudas en esta materia, en los estatutos sociales que vayan a regir la sociedad deberán contemplarse expresamente el quórum de votación necesario para la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad.

<sup>70</sup> Tanto la enmienda 60 (interpuesta por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso), como la número 92 (mantenida por el Grupo Parlamentario Catalán de Convergencia i Unió) propusieron añadir al artículo 17 de la LSP el siguiente texto: «Las formas participativas de retribución de las prestaciones accesorias no están sujetas, en particular, al límite del artículo 23 de la LSRL». Estas enmiendas se mantuvieron en el Senado (enmiendas número 65 y 34, respectivamente, sin ser justificadas) pero fueron finalmente rechazadas y el representante socialista, Sr. Caballero Moya, defendió que no creía justificada «la inaplicación a las sociedades profesionales de lo dispuesto en el artículo 23 de la LSRL. La retribución no podrá superar el valor de mercado de las prestaciones accesorias» (*Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Justicia, VIII Legislatura, año 2007, núm. 418, sesión celebrada el día 5 de febrero de 2007, pág. 5).

límite a la posibilidad de remunerar a los profesionales por encima del valor de mercado de su prestación. La razón de ser de la prohibición legal se encuentra en impedir que por esta vía se efectúe un reparto encubierto de beneficios que atente contra el principio de intangibilidad del capital social<sup>71</sup>, que también rige en las sociedades profesionales de capitales.

Ahora bien, el problema práctico que se plantea es el de determinar cuál es el valor que corresponde a la prestación. Esta dificultad se acrecienta especialmente en el ámbito de los servicios profesionales, al no existir un valor de mercado preciso o estrecho que permita comparar la remuneración asignada por la sociedad, de tal modo que siempre podrá justificarse cualquier remuneración como adecuada al valor de mercado de la prestación<sup>72</sup>. Se puede decir, en consecuencia, que la LSP ha abdicado de un control efectivo de la cuantía de la retribución en prestaciones accesorias<sup>73</sup>.

Las dificultades en la valoración de las prestaciones accesorias, pero sobre todo, la norma especial dictada en esta materia, que autoriza la «aplicación del régimen de aplicación del resultado para la retribución de las prestaciones accesorias» [art. 10.2 LSRL por remisión del art. 17.1 f) LSRL] de los socios profesionales, deja sin efecto la limitación del artículo 23 de la LSRL.

<sup>71</sup> VIÑUELAS SANZ, A., *Las prestaciones accesorias en la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, Madrid, 2004, págs. 216-221.

<sup>72</sup> Sobre las dificultades en esta valoración, *vid.*, CAMPINS VARGAS, A., *La sociedad profesional*, cit., págs. 296-297.

<sup>73</sup> ARANGUREN URRIZA, F.J., «Prestaciones accesorias», en *La sociedad de responsabilidad limitada*, I (dir. GARRIDO DE PALMA, V.M.), Madrid, 1996, págs. 583 y ss. esp. 591.