

CREACIÓN DE PRESTACIONES ACCESORIAS DINERARIAS EN UNA SOCIEDAD LIMITADA MEDIANTE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA: DETERMINACIÓN ESTATUTARIA DEL CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN. COMENTARIO A LAS RRDGRN DE 7/3/2000 (BOE 31/3/2000) Y 27/7/2001(BOE 8/9/2001)

OSCAR LÓPEZ GARCÍA
Profesor Asociado de Derecho Mercantil
Universidad de Huelva.
oscar.lopez@dthm.uhu.es

ÍNDICE: 1. Antecedentes. 2. Doctrina. 3. Planteamiento del problema. 4. Prestaciones accesorias dinerarias: infracapitalización nominal y postergación de créditos. 5. Creación de prestaciones accesorias mediante modificación estatutaria. 6. Determinación estatutaria del contenido de las prestaciones accesorias. 7. Conclusiones.

INDICE: 1. Antecedenti. 2. Dottrina. 3. Impostazione del problema. 4. Prestazioni accesorie: sottocapitalizzazione nominale e postergazione dei crediti. 5. Creazione di prestazioni accesorie per mezzo di modificazione statutaria. 6. Determinazione statutaria del contenuto delle prestazioni accesorie. 7. Conclusione.

PALABRAS CLAVE: Prestaciones Sociales Accesorias.

PAROLE CHIAVI: Prestazioni Sociali Accesorie.

1. ANTECEDENTES.

La cuestión litigiosa que vamos a comentar hace referencia a dos acuerdos de las juntas generales universales de socios de las sociedades «Automóviles La Ermita, Sociedad Limitada» y «MTI-Romo, S.L», que celebradas el 4/7/1997 y el 12/11/1997 adoptaron respectivamente por unanimidad, entre otros acuerdos, la introducción de la obligación de ejecutar prestaciones accesorias a cargo de cada uno de los socios en el artículo 6 de sus correspondientes estatutos sociales, consistiendo éstas en la realización de aportaciones suplementarias en metálico.

Una vez presentada copia de las correspondientes escrituras en el Registro Mercantil de Madrid, éstas se inscribieron sólo parcialmente como consecuencia de la infracción por parte del artículo 6 de sus estatutos de los artículos 22.1 y 25.1 de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 22/3/1995 (en adelante, LSRL), y además, en el caso de «MTI-Romo, S.L» se decidió que la entrega de metálico no puede ser considerada una prestación accesorio en el sentido en que éstas son reguladas en la LSRL vigente.

Ante dicha inscripción parcial, los Notarios autorizantes de las correspondientes escrituras interpusieron recursos gubernativos. En el primer caso, se alegó: primero, que lo escueto de la nota del Registrador no facilita el saber qué se infringe en el artículo 22.1 LSRL ni a cuál de los supuestos del artículo 25.1 LSRL se refiere; segundo, que la exigencia de que se exprese el contenido concreto y determinado de la prestación accesorio no significa que se deba fijar una cifra



exacta de aportación, ya que esto lo dejaría sin su esencia, cual es el cubrir una necesidad económica cuya cuantía se desconoce en el momento de su creación; tercero, que entre las exigencias que el Derecho comparado y la doctrina imponen cabe mencionar el establecimiento de un límite máximo- tal como se determina en nuestro supuesto- o, en su defecto, de adecuados mecanismos de defensa del socio, que pueden concretarse en el derecho a la separación (art. 95 LSRL) y en la introducción de limitaciones a la devolución de las mismas (art. 6.7 de ambos estatutos sociales); cuarto, que sólo es preciso determinar si la prestación accesoria es de dar, de hacer o de no hacer; quinto, que los dos requisitos del artículo 25.1 LSRL se cumplen con la modificación estatutaria efectuada. En el segundo caso, además de los argumentos ya utilizados en el primer caso, se añade: primero, que la admisión de las prestaciones accesorias dinerarias en nuestro Ordenamiento jurídico parece clara dada la amplitud con que éstas están redactadas en el art. 22 LSRL y la doctrina española las admite casi unánimemente en la actualidad; segundo, que la admisión de las aportaciones suplementarias como aportaciones de patrimonio, si bien no están expresamente admitidas, tampoco están rechazadas y permiten un encaje cómodo en el art. 12.3 LSRL.

El Registrador mercantil desestimó en ambos casos el recurso planteado confirmando así su previa calificación, fundamentando su decisión en que el artículo 6 de los estatutos sociales no cumple con la regulación de las prestaciones accesorias en nuestra vigente LSRL, vulnerándose tanto el artículo 25.1 –aplicándose al acuerdo de exigibilidad de las prestaciones la mayoría ordinaria de artículo 53.1 y eliminándose el necesario consentimiento individual de los obligados –como el artículo 22.1- no determinándose estatutariamente el contenido exacto de la prestación accesoria a realizar por los socios, dejándose indeterminados aspectos tan importantes como el importe de la obligación (recordando al respecto la analogía con los artículos 9.h del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, 66 LSRL y 124 del Reglamento del Registro Mercantil), su plazo de vencimiento y la forma de su reintegro -. Además, en relación al acuerdo de 12/11/1997, el Registrador competente mantuvo que conforme a la legislación vigente no eran posibles las prestaciones accesorias dinerarias, y ello en base a una interpretación literal de los arts. 18 y 22 LSRL, pues mantener la postura contraria implicaría el que la sociedad pueda disponer de un capital de libre explotación, con lo que se podría estar produciendo un encubrimiento de verdaderas aportaciones sociales con la consiguiente inaplicación de las normas que regulan el capital social en cuanto a la formación de éste.

Los Notarios volvieron a recurrir la decisión del Registrador, argumentando que la analogía de las prestaciones accesorias con el régimen de retribución de los administradores es inexacta e incompleta y que confundir una prestación accesoria dineraria con un préstamo es mezclar el «dar» con el «hacer».

2. DOCTRINA.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) admitió, en el primer caso, que la brevedad de la nota de calificación del Registrador no permite, como alega el recurrente, determinar claramente cuál o cuáles son los defectos del artículo 6 de los estatutos sociales que motivan el rechazo de su inscripción registral, aunque posteriormente quedan fijados en la decisión del Registrador y en la apelación del Notario.

Así, se trata de determinar si el régimen estatutario previsto para las prestaciones accesorias se ajusta a la LSRL vigente. Si bien se admite el contenido dinerario de la prestación, sin embargo se rechaza la indeterminación estatutaria de la cuantía y el momento en el que deben realizarse tales prestaciones, dejándose estas cuestiones al arbitrio de la junta general de socios. Esto produce, en primer lugar, la vulneración del artículo 22.1 LSRL, que exige que en los estatutos se precise el “*contenido concreto y determinado*” de las prestaciones accesorias, del que forman parte fundamental el tiempo y su cuantía, y, en segundo lugar, se infringe el régimen general del Derecho de obligaciones establecido en nuestro Código Civil (art. 1273). Además, esta indeterminación de la prestación dificulta extraordinariamente, según la DGRN, la transmisibilidad de las participaciones sociales de los socios, pues se puede provocar una vinculación indefinida del socio con la sociedad, ya que al no tener la prestación una duración determinada es lógico que la sociedad no autorice la transmisión (artículo 24.1 LSRL). Por otro lado, no se cumple con el mandato del artículo 25.1 LSRL, ya que se deja indirectamente al arbitrio de la sociedad la creación de las prestaciones accesorias, no respetándose el requisito esencial del consentimiento individual de los afectados por las prestaciones accesorias y sin que gocen éstos del correspondiente derecho de separación en el supuesto de que se opusieran al acuerdo de creación de dichas obligaciones.

En el segundo caso, si bien la DGRN mantiene una postura contraria a la del Registrador mercantil competente en cuanto ésta reconoce la validez de las prestaciones accesorias dinerarias según lo establecido en el art. 22.1 LSRL, que, conforme al art. 1088 del Código Civil, establece la posibilidad de creación de este tipo de prestaciones, en lo demás mantiene una posición idéntica a la del Registrador, que coincide con lo dispuesto por la DGRN en su Resolución de 7/3/2000.

Por todo ello, la DGRN desestimó los recursos en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de derecho, ratificando así la nota y decisión de ambos Registradores, salvo en el segundo caso, en el que se admitió la validez de las prestaciones accesorias de carácter dinerario.

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Ambas RRDGRN dictadas conforme a la nueva LSRL nos sirven de base para analizar algunos problemas relacionados con la institución de las prestaciones accesorias. La prestación accesoria de que trata las citadas RRDGRN 7/3/2000 y 27/7/2001 viene representada por una obligación personal por parte de cada uno de los socios de ambas sociedades limitadas, cuyo objeto es la realización de aportaciones suplementarias en efectivo, de ahí que la primera cuestión a analizar sea una cuestión de límites; es decir, si tales prestaciones son posibles en nuestro Derecho actual de sociedades de responsabilidad limitada y, en concreto, los problemas que esta prestación accesoria puede ocasionar, fundamentalmente problemas de infracapitalización nominal. Posteriormente, abordaremos el tema de la introducción de prestaciones accesorias después del momento fundacional de la sociedad limitada (art. 25.1 LSRL). Por último, trataremos de dar una mayor claridad a la expresión “*contenido concreto y determinado*” del artículo 22.1 LSRL.

4. PRESTACIONES ACCESORIAS DINERARIAS: INFRACAPITALIZACIÓN NOMINAL Y POSTERGACIÓN DE CRÉDITOS.

Es una cuestión pacífica en nuestra doctrina científica el hecho de que el posible contenido de las prestaciones accesorias coincide con el que se establece en el art. 1088 del Código Civil para toda obligación. De ahí que la RDGRN 27/7/2001 no mantenga la postura del Registrador mercantil competente, ya que éste no reconocía la validez de tales prestaciones accesorias dinerarias según lo dispuesto en los arts. 18 y 22 LSRL; no obstante, se ha puesto de manifiesto en ambas RRDGRN la validez de este tipo de prestaciones accesorias según su régimen jurídico actual recogido en nuestra LSRL. De esta manera, las prestaciones accesorias pueden consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa. En sus orígenes en el Derecho alemán, las prestaciones accesorias consistían en un dar; concretamente los socios se comprometían a plantar de remolacha azucarera una determinada superficie de terreno, en proporción al número de acciones de su titularidad en la sociedad, obligándose a suministrar el producto a la compañía a cambio de un precio¹. Con el paso del tiempo, las prestaciones accesorias han ido ampliando su contenido, facilitando esta circunstancia la adaptación de las sociedades a sus necesidades en el tráfico económico.

Las prestaciones accesorias de dar consisten en la entrega de bienes de todo tipo, pudiéndose determinar la adquisición de la propiedad por la sociedad de dichos bienes o simplemente que el socio ceda el uso y disfrute de los mismos. Entre las prestaciones de este tipo cabe mencionar la entrega de dinero. Precisamente ésta es la prestación accesorias que recoge el art. 6 de los estatutos comentados en ambas Resoluciones, que consiste en realizar aportaciones suplementarias a las de capital, como capital de explotación en sentido económico, que no alterará ni integrará la cifra nominal de éste, debiéndose realizar las aportaciones en metálico.

En el Derecho extranjero, la admisión de prestaciones accesorias dinerarias no es pacífica, negándose generalmente esta posibilidad. En el Derecho alemán, el párrafo tercero de la *GmbH-Gesetz* de 20/4/1892 no establece ninguna limitación al posible contenido de las prestaciones accesorias. Esto nos hace pensar en un primer momento que son válidas. Además, dicha Ley recoge la figura de la aportación suplementaria², no apareciendo ésta regulada en nuestro Derecho³. Sin embargo, el párrafo 55 de la *Aktiengesetz* alemana de 6/9/1965 niega esta posibilidad en la sociedad anónima, ya que “*los estatutos podrán imponer a determinados accionistas la obligación de efectuar, junto a las aportaciones de capital, otras prestaciones periódicas no consistentes en dinero*”.

¹ *Vid.* ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, ÁNGEL, “Génesis y evolución de las prestaciones accesorias”, RDM, nº145, julio-septiembre, 1977, págs.271-272.

² Las aportaciones suplementarias (*Naschüsse*) se regulan en los párrafos 26 a 28 de esta Ley, y consisten en obligaciones sociales establecidas en el contrato social o en sus estatutos, de carácter dinerario, distintas de las aportaciones de capital y únicamente exigibles en virtud de un acuerdo social, cuya finalidad radica en dotar a la sociedad de un capital de libre disposición, pudiendo éstas tener un importe limitado (párrafo 27) o ilimitado (párrafo 28); además, su devolución se limita a aquellos supuestos en los que los pagos suplementarios no sean necesarios para cubrir un déficit en el capital social (párrafo 30.2).

³ En contra de la posibilidad de establecer prestaciones accesorias dinerarias, *vid.* Barba de Vega, José, “Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada”, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984, nota 3, pág.301.

En el Derecho italiano, mientras que el art. 2345⁴ del *Codice Civile* de 1942 parece excluir las prestaciones accesorias dinerarias para las sociedades anónimas, el art. 2478⁵ no recoge expresamente tal limitación, lo que plantea el problema de su admisibilidad en las sociedades de responsabilidad limitada⁶. BARBA DE VEGA piensa que es más que discutible que tal tipo de prestación accesorial pueda admitirse en Italia, debido a la influencia que en este Derecho tiene la Ley austríaca de sociedades de responsabilidad limitada de 6/3/1906, cuyo párrafo 8 niega tal posibilidad, y, lo más importante, que no se puede ignorar que la prohibición de prestaciones accesorias consistentes en dinero se establece en el párrafo primero del art. 2345, el cual se declara aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada por el art. 2478⁷.

En el Derecho austríaco, tanto el párrafo 8 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 6/3/1906 como el párrafo 50 de la *Aktiengesetz* de 31/3/1965 niegan la posibilidad de establecer prestaciones accesorias de carácter dinerario, aunque se recoge legalmente la institución de las aportaciones suplementarias con un régimen similar al de la legislación alemana.

El *Código das Sociedades Comerciais* portugués de 2/9/1986 reconoce una gran amplitud al contenido de las prestaciones accesorias tanto en las sociedades de responsabilidad limitada (art. 209) como en las sociedades anónimas (art. 287), siendo válido el establecimiento de este tipo de prestación.

En nuestro Ordenamiento jurídico, gran parte de la doctrina admitió tales prestaciones bajo la vigencia de la anterior Ley sobre Régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17/7/1953, donde el art. 10 no establecía ninguna limitación al posible contenido de las prestaciones accesorias⁸.

⁴ “... las prestaciones accesorias no pueden consistir en dinero, las acciones a las que se conecten deben ser nominativas y no pueden transmitirse sin el consentimiento de los administradores; la modificación de la obligación requiere el consentimiento de todos los socios.”

⁵ “... las cuotas a las cuales se conecta la obligación de las prestaciones antedichas son transferibles únicamente con el consentimiento de todos los socios.”

⁶ *Vid.* Sacristán Repesa, M, “Prestaciones Accesorias”, RDS, nº extraordinario 1994, ed. Aranzadi, Pamplona, pág.319, piensa que las prestaciones accesorias se excluyen en este Ordenamiento jurídico.

⁷ *Vid.* Barba de Vega, *op. cit.*, pág.302. A favor de esta posibilidad, *vid.* Mossa, L., “*Società a responsabilità limitata*”, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, III, Padova, 1953, pág.248, quien no considera aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada la limitación establecida para las sociedades anónimas en el *Codice civile*.

⁸ En contra del establecimiento de prestaciones accesorias de carácter dinerario, *vid.* De La Cámara Álvarez, Manuel, “Fundación: escritura y estatutos. Suscripción y desembolso”, en *La Reforma del Derecho español de Sociedades de capital*, ed. Civitas, Madrid, 1987, pág.117; Trias de Bes, Federico, “La prestación accesorial en las sociedades de responsabilidad limitada”, RDP, 1956, pág.324, niega esta posibilidad cuando las prestaciones accesorias dinerarias se realizan a fondo perdido, por ejemplo, para enjugar las pérdidas de balance, ya que “no son admisibles cuando consisten en verdaderas aportaciones suplementarias para los fines que se le asignen en las legislaciones extranjeras”; Vicent Chuliá, Francisco, “Compendio crítico de Derecho mercantil”, t.I, ed.Bosch, 3ª edición, Barcelona, 1991, pág.262, siguiendo lo establecido en los Derechos alemán e italiano. A favor de las prestaciones accesorias dinerarias bajo dicha Ley, *vid.*, Barba de Vega, *op. cit.*, págs.302 a 304; Garrigues, J., “Curso de Derecho mercantil”, t.I, 7ª edición, Madrid, 1976, pág.554; Sotillo Martí, A., “El contenido de las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada”, RDM, 1975, págs.103-104; Uria, R., “Derecho

En nuestro Derecho actual de sociedades, el art. 22 LSRL no establece ninguna limitación con referencia al contenido de las prestaciones accesorias, siguiéndose así la línea marcada por la Ley anterior. La doctrina científica también se muestra favorable a la admisibilidad de las prestaciones accesorias de carácter dinerario⁹.

Podemos mencionar algunos argumentos a favor y en contra de las prestaciones accesorias dinerarias en nuestro Ordenamiento legal.

En primer lugar, se critica el hecho de que las aportaciones suplementarias no aparecen reguladas en nuestro Derecho, por lo que, si su contenido es la entrega de dinero, parece que tal objeto queda fuera del ámbito de las prestaciones accesorias. No obstante, creemos que esta postura no puede mantenerse, debido a que las aportaciones suplementarias no aparecen reguladas en nuestro Derecho porque se recoge la figura de la prestación accesorio, institución jurídica que suple a la aportación suplementaria¹⁰. Además, con ambas modalidades se puede alcanzar la misma finalidad¹¹.

En segundo lugar, hay quien mantiene que las prestaciones accesorias deben tener un contenido personalísimo; es decir, que su cumplimiento no pueda estar al alcance de cualquiera, pudiéndose únicamente realizar éstas por un socio determinado¹². Sin embargo, aunque las prestaciones accesorias pueden tener un contenido personalísimo, también pueden consistir en obligaciones no personalísimas, por lo que pueden ser ejecutadas por cualquier socio. Este sentido justifica el alcance del art. 22.2 de la LSRL vigente, el cual permite que los estatutos sociales vinculen “la

mercantil”, 24ª edición, Madrid, 1982, pág.371 y “Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española”, RDM, 1956, pág.330.

⁹ Vid., entre otros, Martínez Nadal, A., “Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada”, ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág.57; Peñas Moyano, M.J., “Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima”, d.Aranzadi, monografías nº7, Pamplona, 1996, págs.209 a 215; Pérez de la Cruz Blanco, A., “La sociedad de responsabilidad limitada”, en *Lecciones de Derecho mercantil*, AA.VV., ed.Tecnos, 6ª edición, Madrid, 2000, pág.251, el cual señala que “normalmente no tendrán carácter dinerario pues, en tal caso, resultará preferible efectuarlas como aportación de capital, salvo que se trate de préstamos o de afianzar los que la sociedad obtenga en el mercado”; Olivencia Ruiz, M., “Las prestaciones accesorias”, en *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, coordinador: Ubaldo Nieto Carol, ed. Dykinson, 1ªed., Madrid, 1998, pág.257, quien manifiesta que la admisibilidad de las prestaciones accesorias de capital encuentra ahora un nuevo argumento interpretativo a su favor, “al haber sido rechazadas las enmiendas que pretendían prohibir las prestaciones accesorias «que podrían ser aportadas al capital», esto es, las consistentes en «bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica», y ello, según se invocaba en la justificación de las enmiendas, en protección de la solvencia de la sociedad (Enmiendas núm. 282, del Grupo Popular, en el Congreso de los Diputados; núm. 93, del Grupo Parlamentario Popular, en el Senado)”; Sacristán Represa, Marcos, “Las prestaciones accesorias”, en *Derecho de Sociedades de responsabilidad limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995*, t.I, ed.McGraw-Hill, 1ª edición, 1996, pág.379.

¹⁰ Vid. Barba de Vega, *op. cit.*, pág.211, quien mantiene que las aportaciones suplementarias son una prestación accesorio de carácter especial.

¹¹ Vid. Uria, *op. cit.*, pág.329.

¹² Vid., De la Cámara Álvarez, *op. cit.*, pág.117; Vicent Chuliá, *op. cit.*, pág.262. En el Derecho italiano, vid.,FRÈ, “Comentario del Codice Civile”, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, V, 5ª edición, Bolonia-Roma, 1982, pág.116, quien se muestra en contra del carácter dinerario de la prestación accesorio ya que ésta debe ser una obligación peculiar del socio en cuanto a su cumplimiento y no estar al alcance de cualquiera. En el mismo sentido, vid., Guarino, L., “L’amministrazione di società di capitali come prestazioni accesorie del socio”, *Impresa*, 1986, pág.1504.

obligación de realizar prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales concretamente determinadas". Esta disposición, que representa una novedad con respecto al anterior art. 10 LRJSRL 1953, que sólo contemplaba la determinación nominal de los obligados, determina que la prestación accesorio se considere a modo de obligación *propter rem*, siendo lógico que bajo esta modalidad aparezcan prestaciones accesorias de carácter fungible; no obstante, ello no impide que puedan también aparecer de esta forma prestaciones accesorias de un carácter personalísimo, aunque esto dificultará enormemente la transmisibilidad de las participaciones sociales que las lleven aparejadas.

De esta manera llegamos a la conclusión de que las prestaciones accesorias dinerarias son perfectamente admisibles en nuestro Derecho, pudiendo éstas revestir diversas modalidades. Así, por ejemplo, pueden consistir en prestaciones de tracto único o instantáneo –dar una cantidad determinada de dinero en un momento concreto- o de tracto sucesivo o periódico –realizándose así diversas entregas en los períodos estipulados- o incluso pueden consistir en otorgar determinados préstamos a la sociedad (éste es el sentido de la prestación accesorio objeto de las resoluciones comentadas).

Barba de Vega diferencia las consecuencias que pueden originarse con el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una prestación accesorio según nos encontremos ante una obligación de dar o de hacer. Si estamos ante una obligación de dar –entrega de dinero en un momento determinado-, el no cumplimiento determinará las sanciones previstas en los estatutos sociales o legalmente aplicables en caso de incumplimiento; en el supuesto de prestaciones accesorias de hacer –realización de un contrato de préstamo-, el socio cumple con el otorgamiento de éste, aunque posteriormente no lo ejecute o lo haga de forma incorrecta, lo que facultará únicamente a la sociedad para accionar los remedios típicos de dicho contrato¹³.

En estos casos, el problema que surge es el de la posible infracapitalización de la sociedad¹⁴, concretamente el de la infracapitalización nominal¹⁵. De esta manera se corre el riesgo de que la

¹³ Vid. Barba de Vega, *op. cit.*, págs.348 a 353. En este sentido, *vid.* Cabanas Trejo/Calavia Molinero, "Todo sobre la constitución y la adaptación de las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada", ed. Praxis, 2ª edición, Barcelona, 1990, pág. 163.

¹⁴ Vid. Paz-Ares, Cándido, "Sobre la infracapitalización de las sociedades", ADC, 1983, pág.1588, quien define la infracapitalización como "cualquier desproporción conmensurable- o, si se prefiere, inequívocamente constatable- entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado estatutariamente (arts.11,3,f LSA y 7,6 LSRL) y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social". Esta definición la adopta Bayona Giménez, "Una aproximación al problema de la infracapitalización a la luz de la necesaria revisión de las funciones del capital en las sociedades anónimas", Cuadernos de Derecho y Comercio, 1996, págs.178 y 201 y Alcover Garau,G., "Préstamo de socio a sociedad: la infracapitalización de las sociedades de capital y el negocio de fraude de ley", RdS, nº9, ed. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág.294. Por el contrario, Ulmerestima que "la sociedad está infracapitalizada cuando el capital propio resulta insuficiente para atender a las necesidades financieras de la sociedad a largo y a medio plazo, y sin que la empresa esté en condiciones de acceder a la financiación externa para cubrir tales necesidades", *vid.* Guasch Martorell, "La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de sociedades", RDM, nº234, octubre-diciembre, 1999, pág.1493.

¹⁵ Vid. Massaguer Fuentes, "La infracapitalización: la postergación legal de los créditos de los socios", en *La Reforma de la Sociedad de responsabilidad limitada*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, coordinadores: Rafael Bonardell Lenzano, Javier Mejías Gómez, Ubaldo Nieto Carol, ed.Dykinson, Madrid, 1994, pág.943, diferencia

sociedad se dote de un capital legalmente adecuado pero insuficiente para desarrollar convenientemente el objeto social; es decir, la sociedad cumple con el requisito legal del capital social mínimo establecido en el art. 4 LSRL, pero no goza de un capital suficiente para poder afrontar el riesgo empresarial derivado del desarrollo de su objeto social. Así, una vez que la sociedad efectúe la devolución del capital al socio prestamista en virtud del correspondiente contrato de préstamo, el patrimonio de la sociedad podrá verse reducido notablemente, pudiéndose provocar incluso la quiebra de la sociedad correspondiente, causando el consiguiente perjuicio a los acreedores sociales(arts. 262 TRLSA y 105 LSRL), que no verán satisfechos sus créditos. Además, en los casos en que los préstamos de los socios estén garantizados con hipotecas que gravan los bienes inmuebles que integran el patrimonio social, tendrán éstos preferencia en el cobro de sus créditos a la sociedad en relación con los demás acreedores sociales(art. 914 Código de Comercio). Incluso tales prestaciones se pueden usar como medida para proceder a eliminar a los socios minoritarios de la sociedad, los cuales pueden verse excluidos de la misma caso de no poder realizar el préstamo correspondiente (art.98 LSRL).

Este problema no se plantea cuando la prestación accesoria dineraria se realiza como donación; en cambio, sí surge cuando se contempla el derecho al reintegro de las cantidades entregadas a la sociedad, como ocurre en las RRDGRN comentadas. Resulta claro como en virtud del contrato de préstamo el socio acreedor tiene derecho a que la sociedad le reintegre las cantidades correspondientes en el período estipulado, aunque no existan beneficios sociales repartibles. Debemos recordar al respecto que a las prestaciones accesorias no les son aplicables las disposiciones legales concernientes a las aportaciones al capital social, ya que éstas no pueden integrarlo (art. 22.1 LSRL) y presentan una regulación específica. ¿ Qué postura debemos adoptar al respecto?

El parágrafo 32.a de la *GmbH-Gesetz* alemana determina que “*en caso de que un socio, en el momento en que los demás socios como comerciantes diligentes hubieran aportado capital propiamente dicho a la sociedad, hubiera concedido a ésta, en vez de ello, un crédito, no podrá reclamar la devolución del crédito ni en el concurso del capital social ni en el procedimiento de conciliación para evitar el concurso. Un convenio concursal o un convenio acordado en el procedimiento de conciliación producirá efecto frente al derecho de reclamación del socio*”. Por otra parte, el párrafo tercero del mismo parágrafo establece que “*estas disposiciones serán de aplicación por*

entre infracapitalización material y nominal: la primera la define como” *la insuficiencia de los medios aportados por los socios en concepto de capital riesgo para cubrir las exigencias financieras de la empresa social*”; la segunda la define como” *la sustitución de la aportación de capital riesgo por préstamos efectuados por los socios a la sociedad, o mediante otras operaciones económicamente equivalentes*”. Por su parte, Alcover Garau, *op. cit.*, págs.294-295, distingue entre infracapitalización material y nominal según la forma en que la sociedad ponga en marcha la empresa social: estaremos ante la infracapitalización material cuando se acuda de forma excesiva al endeudamiento, “*lo que puede desembocar con facilidad en una situación de insolvencia, de donde en definitiva el riesgo de la empresa social es asumido por los acreedores sociales y no por los socios*”; tendremos infracapitalización nominal cuando se realice por los socios “*una aportación insuficiente desde el punto de vista financiero para a continuación conceder alguno, algunos o todos ellos un préstamo a la sociedad a fin de acometer la empresa social, préstamos que, siendo de los primeros contratos que la sociedad realiza y estando en la mayoría de las ocasiones garantizados con hipotecas sobre los inmuebles sociales cuya adquisición han posibilitado, serán preferentes al resto de los créditos de los acreedores sociales, de donde una vez más sobre éstos recaerá el riesgo de la empresa social y no sobre los socios, que, llegado el caso, podrán ejecutar las garantías reales y recuperar así su inversión*”.

analogía a otros actos jurídicos de un socio o de un tercero que económicamente sean similares a una prestación de créditos conforme a los apartados 1 y 2”.

Además, el parágrafo 32.b de la *GmbH-Gesetz* alemana obliga al socio que garantizó uno de los créditos de terceros afectados por la postergación a devolver a la sociedad el importe reembolsado en el año anterior a la apertura de la quiebra. En el Derecho alemán, este tratamiento de los préstamos sustitutivos de aportaciones de capital propio se ha transmitido a la sociedad anónima, estableciéndose la prohibición de restitución de aportaciones (parágrafo 57 *Aktiengesetz*) y el derecho de repetición de la sociedad frente al socio por dividendos distribuidos contra la ley (parágrafo 62 *Aktiengesetz*), restringiendo la doctrina la recalificación del préstamo como aportación de capital propio sólo en relación con los efectuados por los accionistas titulares de capital empresarial que tengan influencia directa en la dirección de la empresa social¹⁶.

En el Derecho portugués, los arts. 243 a 245 del *Código das Sociedades Comerciais* de 1986 someten el reembolso de los préstamos de los socios a la sociedad a un estricto régimen que determina que sólo se hará efectivo en un procedimiento concursal tras la satisfacción de los demás acreedores sociales, y se prevé además la revocabilidad de los reembolsos efectuados en el año anterior.

Nuestro Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en su disposición adicional 12ª, introducía un nuevo capítulo en el *TRLISA* 1989, cuyos arts. 311 y 312 realizaban una postergación legal de los créditos de los socios y administradores de la sociedad, así como de otras sociedades pertenecientes al grupo. El que iba a ser el nuevo art. 313 *TRLISA* disponía que estos créditos “no podrán ser satisfechos hasta la íntegra satisfacción o adecuada garantía de los demás créditos” y que no “atribuirán a su titular derecho de voto en las quiebras y suspensiones de pagos de la sociedad”. Sin embargo, este artículo fue suprimido en el Proyecto de la *LSRL* vigente.

La doctrina científica, ante esta cuestión, puso de manifiesto la peligrosidad de la situación generada y el hecho de que no tiene tratamiento legislativo en nuestro Ordenamiento jurídico, adoptándose así diversas soluciones.

En primer lugar, adoptar en la escritura de la sociedad o en los estatutos sociales el establecimiento de un límite máximo de la cuantía del préstamo del socio a la sociedad (medida insuficiente para la *RDGRN* de 24 de junio de 1998).

En segundo lugar, aplicar la teoría del levantamiento del velo por abuso de la personalidad jurídica, “en virtud de la cual el velo de la sociedad se rasga y se hace responder a los socios de las deudas sociales”¹⁷, lo que provoca una situación de inseguridad jurídica, al responder por las deudas sociales socios que no debían de haber respondido¹⁸.

En tercer lugar, aplicar lo dispuesto por el art. 6.4 del Código Civil, que hace referencia a los negocios jurídicos realizados en fraude de ley, y por el cual “los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán

¹⁶ *Vid.* Massaguer Fuentes, *op. cit.*, nota 9, pág.946.

¹⁷ *Vid.* Alcover Garau, *op. cit.*, pág.294.

¹⁸ *Vid.* Alcover Garau, *op. cit.*, pág.294.

ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”, En nuestro caso, el régimen jurídico aplicable sería el de las aportaciones al capital social.

Paz Ares piensa que la solución al problema consiste en restituir a la sociedad las cantidades devueltas a los socios en concepto de préstamo, como si se hubiese ordenado la devolución de las aportaciones sociales indebidamente reintegradas a los socios, y no permitir a los socios prestamistas concurrir con los demás acreedores sociales de la quiebra, dejando así su crédito sin rango concursal (*ex art. 926 C. de Co.*)¹⁹. Pero para que se pueda aplicar esta solución es necesario que el préstamo concedido por un socio a la sociedad a consecuencia de la infracapitalización nominal sea suministrado en lugar de capital social²⁰.

En todo caso, cada una de las soluciones deberán adoptarse según el caso ante el que nos encontremos²¹.

Los estatutos sociales de «Automóviles Antonio Leyva, Sociedad Limitada» y «MTI-Romo, S.L.» optan por determinar un límite máximo a la prestación accesorio dineraria, y que resulta “*de multiplicar por cincuenta el valor nominal de las participaciones sociales de las que se sea titular, y fija que el reintegro de dichas cantidades deberá acordarse por la Junta General*”, con los mismos requisitos que para acordar su exigibilidad, una vez que la tesorería y liquidez en efectivo determine sobrante suficiente para ello y después de cubiertas las previsiones de otros pagos a corto plazo a que estuviere obligada la sociedad, pudiendo efectuarse el reintegro de manera parcial.

De esta forma, las RRDGRN 7/3/2000 y 27/7/2001 adoptan la misma solución que la RDGRN 24/6/1998 (en ésta, hasta un máximo de veinte veces el valor nominal de las participaciones de las que sea titular cada uno), denegándose así por la DGRN someter a un límite máximo el importe del préstamo a realizar por los socios.

La RDGRN 27/7/2001 aporta como posible solución a estos casos el realizar las aportaciones suplementarias como donación o, caso de que se establezca la restitución de las mismas, otorgar a favor de los acreedores sociales garantías idénticas a las previstas para los casos de reducción del capital social (art. 81 LSRL).

Para evitar todos estos problemas, la prestación accesorio consistente en efectuar un préstamo de dinero a la sociedad la podemos sustituir por una mayor aportación al capital social o por la creación de participaciones sociales con la llamada «prima de emisión» (art.74.4 LSRL), o bien sustituir estas prestaciones accesorias por la aportación voluntaria de los socios para compensar pérdidas.

5. CREACIÓN DE PRESTACIONES ACCESORIAS MEDIANTE MODIFICACIÓN ESTATUTARIA.

La vigente LSRL reconoce la posibilidad de establecer prestaciones accesorias en los estatutos sociales (art. 22.1), tanto en el momento fundacional de la sociedad como posteriormente mediante modificación estatutaria. Aquí aparece una novedad con relación a la anterior LRJSRL 1953, la cual

¹⁹ *Vid. Paz- Ares, op. cit., págs.1620-1621.*

²⁰ *Vid. Paz-Ares, op. cit., págs.1626 y ss.*

²¹ *Vid. Alcover Garau, op. cit., pág.295.*

sólo preveía la fundación de la sociedad para la creación de prestaciones accesorias, por lo que si la sociedad quería introducir esta figura debía hacerlo en la escritura social, no siendo posible el establecimiento de prestaciones accesorias en un momento posterior a la creación de la sociedad. No obstante, nuestra doctrina se inclinaba en su mayoría a favor de esta posibilidad, para lo cual ofrecía diversas soluciones, entre las que se adoptaba la hoy contemplada en nuestro actual art. 25.1 LSRL²².

De esta manera, en nuestros días es clara la facultad de crear prestaciones accesorias una vez que la sociedad limitada está ya constituida, añadiéndose estas obligaciones accesorias a participaciones sociales que no las tenían aparejadas o a socios que no estaban obligados a su ejecución hasta ese momento.

En nuestro caso, la prestación accesorias instaurada se impone a cada uno de los socios, estableciéndose una prestación de carácter personal, lo que tendrá una fuerte repercusión en la transmisión de dichas prestaciones, requiriéndose la autorización de la sociedad siempre que se pretenda transmitir una participación social (art. 24 LSRL). Esto lógicamente tendrá como efecto fundamental que los terceros no deseen adquirir las participaciones sociales, debido a la onerosidad de las prestaciones que llevan vinculadas.

A este supuesto de creación de prestaciones accesorias en una sociedad limitada ya existente le es aplicable, al igual que en las sociedades anónimas, los requisitos de cualquier modificación estatutaria. En nuestro supuesto, el art. 25.1 LSRL requiere la aplicación de los requisitos establecidos en el art. 71 LSRL y el consentimiento individual de los obligados a realizar tales prestaciones.

La DGRN toma en las Resoluciones 7/3/2000 y 27/7/2001 como uno de los argumentos para rechazar la inscripción en el Registro Mercantil de los estatutos sociales de «Automóviles Antonio Leyva, Sociedad Limitada» y «MTI-Romo, S.L.» la vulneración del art. 25.1 LSRL, ya que *“infringe de modo indirecto, como apunta el Registrador, el régimen que sobre creación, modificación y extinción de tales prestaciones establece el art. 25.1 al dejar aspectos esenciales de tales extremos al arbitrio de un acuerdo ordinario de la Junta general, sin necesidad del consentimiento individual de los afectados, y sin que éstos tengan el recurso de ejercitar el derecho de separación”*.

Efectivamente, ambas cláusulas estatutarias- aprobadas en junta general universal de socios- atribuyen a la junta general, por medio de un acuerdo ordinario (art. 53.1 LSRL) la exigibilidad de las prestaciones accesorias. De esta manera, en principio, es perfectamente válida la creación de la prestación accesorias comentada en la Resolución, ya que se respeta el mandato establecido por el art. 53.2 LSRL, el cual determina que *“cualquier otra modificación de los estatutos sociales para la que no se exija mayoría cualificada requerirá el voto favorable de más de la mitad de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social”*. En nuestro supuesto, el acuerdo de creación de la

²² Vid. Sacristán Represa, “Prestaciones Accesorias”, *op. cit.*, pág.316, *“entendiendo que la expresión se utiliza como equivalente a escritura social, lo que se explica por el hecho de que la misma se configura en el momento fundacional y que pervive como soporte o referencia de modificación o complementos que las circunstancias aconsejen”*.

prestación accesoria correspondiente se adopta por unanimidad, obteniéndose así el respaldo de la totalidad de los socios.

Así, los argumentos utilizados por los Notarios autorizantes de las escrituras en sus recursos gubernativos, y por los cuales el acuerdo social de creación de prestaciones accesorias en un momento posterior a la creación de la sociedad de responsabilidad limitada se adoptó por unanimidad, firmándose así el acta de dicho acuerdo por todos los socios, es correcto.

Sin embargo, la DGRN determina que se produce una indefensión del socio obligado a realizar esta prestación (en nuestro caso, la indefensión es de todos los socios) puesto que al dejarse la exigibilidad de la prestación accesoria a la adopción de un acuerdo ordinario de la junta general (art. 53.1 LSRL) se vulnera claramente el régimen de modificación estatutaria de la sociedad de responsabilidad limitada establecido en el párrafo segundo del art. 71.1 LSRL. Así, *“cuando la modificación implique nuevas obligaciones para los socios o afecte a sus derechos individuales deberá adoptarse con el consentimiento de los interesados o afectados”*, al igual que el art. 25.1 LSRL exige *“el consentimiento individual de los obligados”*. También en este sentido se pronuncia el art. 195.2 del vigente Reglamento del Registro Mercantil de 19/7/1996, ya que *“cuando la modificación implique nuevas obligaciones para los socios o afecte a sus derechos individuales, no podrá inscribirse la escritura de modificación sin que conste en ella o en otra independiente el consentimiento de los interesados o afectados o resulte de modo expreso dicho consentimiento del acta del acuerdo social pertinente, la cual deberá estar firmada por aquéllos”*.

No obstante, debemos decir que los socios, en el mismo momento de la instauración de la prestación accesoria, han prestado su consentimiento individual a la creación de la prestación correspondiente y, caso contrario, podrían haber ejercitado el derecho de separación. Efectivamente, el socio que no esté conforme con la decisión de crear prestaciones accesorias puede ejercitar el derecho de separación reconocido por el art. 95.f) LSRL, el cual determina que, salvo disposición contraria de los estatutos, la creación de prestaciones accesorias en un momento posterior a la fundación de la sociedad otorga al socio el derecho a separarse de la sociedad limitada.

Así, el art. 6 de los estatutos sociales de «Automóviles Antonio Leyva, Sociedad Limitada» y «MTI-Romo, S.L» respeta la posición individual del socio, que podrá liberarse del ejercicio de estas nuevas obligaciones, las cuales, además, se presumen notablemente onerosas, ya que según dichos estatutos podrán éstas consistir en hasta cincuenta veces el valor nominal de las participaciones sociales de las que sean titular los socios.

Este derecho de separación, aunque no se menciona expresamente en los arts. 25.1 y 71.1 de la LSRL, se considera, como dice Olivencia, el tercer elemento que completa el sistema de modificación estatutaria²³. Es curioso como esta causa de separación es la única de entre las causas legales que otorgan esta facultad que se considera con el carácter de derogabilidad, pudiendo así no integrar el contenido mínimo esencial de la posición de socio, e incluso puede reconocerse con un

²³ Vid. Olivencia Ruiz, Manuel, “Las prestaciones accesorias”, *op. cit.*, pág.268.

carácter parcial²⁴. No obstante, el art. 95.f) LSRL debe interpretarse en un sentido finalista, por lo que el derecho de separación sólo debe jugar a favor de aquéllos socios afectados por la creación de las prestaciones accesorias (en nuestro caso, a favor de todos ellos)²⁵.

Así, el único problema que se nos plantea es si la prestación accesoria creada mediante un acuerdo de modificación de los estatutos sociales cumple o no con el requisito de determinación del objeto de toda obligación establecido por el art. 1273 del Código Civil.

6. DETERMINACIÓN ESTATUTARIA DEL CONTENIDO DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS.

El art. 22.1 LSRL recoge la exigencia legal de que las prestaciones accesorias establecidas en los estatutos sociales deben expresar su “*contenido concreto y determinado*”. Esta expresión se introdujo como consecuencia de la enmienda nº203 realizada por el Grupo parlamentario de Coalición Canaria a dicho artículo, justificándose ésta exclusivamente «por razones técnicas», y siendo reproducida además por el art. 187.1 RRM 1996. Esta expresión representa un mandato más riguroso que el establecido anteriormente por el art. 10 LRJSRL 1953, el cual se refería a la “*modalidad*” que representaba la prestación accesoria; es decir, si esta prestación consistía en dar, en hacer o en no hacer alguna cosa. Por otro lado, la expresión “*contenido concreto y determinado*” es también más clarificadora que la recogida por el art. 9.l) TRLSA, que determina que en estos casos se debe mencionar “*expresamente su contenido*”, y que el art. 127 RRM (“*con expresión de su contenido*”). Así, parece ser que el art. 22 LSRL es más exhaustivo en este aspecto que el art. 9.l) TRLSA, ya que se exige una mayor concreción en cuanto al contenido de la prestación, “*pues se observa una mayor preocupación por la determinación de todas las circunstancias de la obligación*”²⁶.

La DGRN contempla en ambas Resoluciones la vulneración por parte del art. 6 de los estatutos sociales de «Automóviles Antonio Leyva, Sociedad Limitada» y «MTI-Romo, S.L» del art. 22.1 LSRL, determinando la Dirección General que las prestaciones accesorias establecidas en los estatutos presentan un contenido indeterminado; concretamente, se rechaza por parte de la DGRN la indeterminación estatutaria de la cuantía y el momento en el que deben realizarse tales prestaciones, dejando estas cuestiones al arbitrio de la junta general de socios.

El objeto de la obligación es la prestación, “*que es la conducta en que consiste el cumplimiento de la obligación, la deuda*”²⁷. Como cualquier obligación, la prestación accesoria debe cumplir con los requisitos establecidos en nuestro Código Civil; es decir, la prestación accesoria debe ser lícita,

²⁴ Vid. Martínez Sanz, F., “La separación del socio en la sociedad de responsabilidad limitada”, ed.McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs.82-83, por ejemplo, en los casos de creación o modificación de prestaciones accesorias retribuidas.

²⁵ Vid. Olivencia Ruiz, Manuel, *op. cit.*, págs. 269-270, quien propone esta interpretación restrictivamente finalista “*en función de una recta «jurisprudencia de intereses»*”.

²⁶ Vid. Sacristán Represa, *op. cit.*, pág.318.

²⁷ Vid. O’Callaghan Muñoz, Xavier, “Compendio de Derecho Civil”, t.II, vol. I, Edersa, Madrid, 1987, pág. 16. En el mismo sentido, *vid.* Blasco Gascó, F., “Derecho de Obligaciones y Contratos”, AA.VV., coordinadora: M^a. R. Valpuesta, ed. Tirant lo Blanch, 2^a edición, Valencia, 1995, pág.105, manifiesta que “*la prestación es una conducta o comportamiento, una determinada actividad programada en el momento constitutivo de la obligación*”; Díez-Picazo,Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, vol.II, Editorial Civitas, 4^a edición, Madrid, 1993, pág. 235.

posible y determinada. En este sentido se manifiestan los arts. 1261²⁸ y 1273²⁹ del Código Civil. Si la obligación no se determina, no hay obligación alguna³⁰; no existe obligación por falta de objeto³¹. Es la “*necessitas*”, la esencia de la obligación, “*sin ella, no sería tal, podrían ser tratos preliminares, conversaciones, vagos acuerdos entre amigos, etc., pero no una obligación, como relación jurídica*”³². Esta determinación de la prestación debe efectuarse *ab initio*, desde el nacimiento de la prestación³³.

Así, como bien recoge la Resolución 7/3/2000, “*las prestaciones accesorias, aunque tengan naturaleza societaria, son fruto de una relación jurídica entre las partes, la sociedad y los socios obligados, lo que impone acudir supletoriamente al régimen general del Derecho de obligaciones en orden a su existencia y validez y al igual que ha de estarse al artículo 1088 del Código Civil a la hora de determinar qué pueda ser objeto de la prestación, habrá que recurrir a sus artículos 1271 y siguientes a la hora de precisar sus requisitos, entre los que el artículo 1273 exige la determinación*”.

El término “*determinación*” se emplea con preferencia a otros que pudieran expresar la misma idea (fijeza, certidumbre, exactitud)³⁵. Ahora bien, ¿qué significa la determinación de la prestación? La determinación significa que la conducta debida debe estar perfectamente descrita por las partes a través de toda una serie de módulos o criterios, mayores o menores, de acuerdo con los cuales quede fijada aquella conducta.³⁴ Efectivamente, el art. 1273 determina que “*el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie*”. Este artículo es el único que con carácter general atiende al requisito de determinación de toda obligación³⁵.

Así, debe quedar determinado al menos el género de la prestación en el momento de su constitución³⁶. Desde este momento surge el vínculo para el deudor³⁷, y por ello son siempre las partes que conforman la relación jurídica obligatoria quienes realizan la determinación de la especie a la que pertenece la obligación correspondiente (en nuestro caso, los socios con la sociedad). Por «cosa determinada en cuanto a su especie» entiende la jurisprudencia que “*la determinación de la cosa se haga en forma que no pueda confundirse con otras distintas*”³⁸. En los supuestos contemplados en ambas

²⁸ “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: [...]2º. Objeto cierto que sea materia cierta del contrato”.

²⁹ “El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes”.

³⁰ Vid. O’Callaghan Muñoz, Xavier, *op. cit.*, pág.18, quien establece que “si no se determina o queda determinable la prestación, la obligación no llega a nacer, es inexistente”. En el mismo sentido, vid. Blasco Gascó, pág.103.

³¹ Vid. Lacruz Berdejo, “*Elementos de Derecho Civil*”, AA.VV., t.II, vol.1º, ed. Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2000, pág.59; Vattier Fuenzalida, “*Sobre la estructura de la obligación*”, Universidad de Palma de Mallorca, 1980, págs.95-96.

³² Vid. O’Callaghan Muñoz, *op. cit.*, pág.48; Martín Pérez, “Sobre la determinabilidad de la prestación obligatoria”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ)*, 1958, II, pág.5, quien manifiesta que “*la prestación obligatoria ha de ser determinada [...] como un derivado de su misma esencia*”.

³³ Vid. BLASCÓ GASCÓ, *op. cit.*, pág.105 y Martín Pérez, *op. cit.*, pág.16.

³⁴ Vid. O’Callaghan Muñoz, *op. cit.*, pág.45.

³⁵ En el mismo sentido se manifestaba el Codice Civile italiano de 1865, el cual recogía que “*la cosa que forma el objeto del contrato debe ser determinada, al menos en su especie*”.

³⁶ Vid. Albadalejo, Manuel, “*Derecho Civil*”, t.II, vol. 1º, ed. Bosch, 9ª ed., Barcelona, 1994, pág.29.

³⁷ Vid. Martín Pérez, *op. cit.*, pág.19.

³⁸ Vid. S. de 28 de octubre de 1952 en Diez Picazo/Gullón, “*Sistema de Derecho Civil*”, vol.2º, ed. Tecnos, 8ª ed., Madrid, 2000, pág.44.

Resoluciones, el art. 6 de los estatutos sociales de las respectivas sociedades limitadas establece una prestación accesoria pecuniaria, concretamente los socios se obligan a realizar aportaciones en metálico suplementarias a las de capital hasta un máximo de cincuenta veces el valor nominal de las participaciones de las que sea titular cada socio. Este tipo de prestación pecuniaria se considera una obligación genérica³⁹, concretamente es una prestación de suma de dinero, obligándose el deudor -socio- a la entrega al acreedor -sociedad- de una cantidad de dinero determinada en la obligación, y teniendo el acreedor derecho a recibir dicha suma. Así, la prestación recae sobre una cosa genérica -dinero- y se concreta por la suma, es decir, la cantidad exacta de dinero, con referencia a un determinado sistema monetario, aplicándose a la obligación el principio nominalista⁴⁰.

El art.1273 del Código Civil, además, añade que “*la indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*”. De esta manera, en principio, se permite una indeterminación relativa de la prestación en cuanto a su cantidad. No obstante, creemos que esa indeterminación relativa puede extenderse a otros aspectos de la prestación, siempre que exista un criterio para su determinación a posteriori⁴¹. En rigor, “*más que una indeterminación de la prestación se trata, pues, de una forma especial de determinarla, de una técnica de «configuración de la prestación»*”⁴².

Así, la unanimidad de nuestra doctrina científica mantiene el hecho de que la prestación puede ser determinada o determinable. Es determinada “*cuando desde el nacimiento de la obligación está prevista en su concreta consistencia, individualizada e identificada en forma que no pueda ser confundida con otra. Es determinable cuando en el momento de nacer la obligación no alcanza este grado de identificación, pero nace, sin embargo, provista de las previsiones o datos suficientes para su ulterior identificación sin necesidad de convenio entre los sujetos de la obligación*”⁴³.

De esta forma, determinada la especie de la obligación el Código Civil admite la determinabilidad de la prestación, siempre que estén previstos los criterios determinantes⁴⁴.

³⁹ Vid. Martín Pérez, *op. cit.*, pág.22, considera a las obligaciones genéricas “*entre las de prestación relativamente indeterminada, pero determinable*”.

⁴⁰ Vid. O’Callaghan Muñoz, Xavier, *op. cit.*, pág.47. En cambio, LARENZ, “Derecho de Obligaciones”, t.I, Edersa, Madrid, 1958, pág.178, mantiene que la prestación pecuniaria no es objeto de una obligación genérica, sino obligación de suma de valor.

⁴¹ Vid. Martín Pérez, *op. cit.*, págs.20 y ss., Díez-Picazo, “El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos”, ed. Bosch, Barcelona, 1957, pág.40.

⁴² Vid. Vattier Fuenzalida *op. cit.*, pág.117.

⁴³ Vid. Lacruz, *op. cit.*, pág.59. En este sentido, las Ss. de 22 de febrero de 1968 y 14 de junio de 1996 manifiestan que el objeto de la obligación puede ser determinado o determinable, si constan en este último caso en el contrato los elementos para su determinación, *vid.* Díez Picazo/ Gullón, *op. cit.*, pág.44. Según Hedemann, sólo en el caso de que el contrato esté concluido, y se deje abierta la determinación de la prestación, estaremos en presencia de una obligación con prestación determinable, “*surgida de un acuerdo contractual ya alcanzado, del que se deducen los criterios para llegar a la perfecta determinación*”, *vid.* Martín Pérez, *op. cit.*, págs.32-33. Por su parte, Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, pág.95, mantiene que “*prestación determinada es la perfectamente conocida e identificada y prestación determinable es la que, no estando rigurosamente determinada en un momento dado -generalmente el constitutivo de la obligación-, puede llegar a determinarse directa o indirectamente, sin necesidad de nuevo acuerdo o declaraciones de voluntad*”.

⁴⁴ Vid. Lacruz, *op. cit.*, pág.60.

En este sentido, ambas RRDGRN admiten también, junto a una absoluta y total concreción inicial de la prestación, la determinación primaria o mediata, si en este último caso están ya fijados los criterios con arreglo a los cuales deberá producirse tal determinación.

Estos criterios deberán consistir en parámetros diversos “*siempre que sean claros y seguros y no induzcan a error en las relaciones entre socio y sociedad*”⁴⁵.

En relación a los criterios en base a los cuales se determina la prestación, el Código Civil admite diversos tipos: objetivos, los cuales se refieren a los contratos de compraventa y sociedad, y subjetivos⁴⁶.

En primer lugar, se admite el criterio objetivo por los arts. 1447.1.prop.1^a ⁴⁷ y 1448⁴⁸ del Código Civil; en segundo lugar, se admite el criterio subjetivo por los arts. 1447.1.prop.2^a ⁴⁹ y el 1690.1⁵⁰ del Código. Por último, se prohíbe el arbitrio de las partes contratantes por los arts. 1449⁵¹ y 1690.2⁵².

De esta manera, no es necesaria una total determinación de la obligación en el momento de su constitución; así, es perfectamente válido en el momento de creación de la obligación dejar ciertos aspectos a una determinación *a posteriori*, aunque es necesario fijar en el momento de constitución de la obligación los criterios en base a los que se realizará el cumplimiento exacto de la prestación. Por ello, es necesario que la conducta debida por el deudor al acreedor esté previamente configurada para posteriormente poder verificar “*si los actos realizados por el deudor corresponden a cumplimiento regular, cumplimiento defectuoso o incumplimiento de la obligación*” ⁵³.

Los elementos de la prestación que las partes pueden dejar pendientes a una posterior concreción son tanto de índole cuantitativa como cualitativa⁵⁴. En nuestro caso, el art. 6 de los respectivos estatutos sociales establece dos criterios para determinar la cuantía y el momento de cumplimiento de la obligación accesoria establecida: en primer lugar, con relación al importe de la prestación accesoria, cada socio estará obligado a desembolsar hasta el límite máximo resultante de multiplicar por cincuenta el valor nominal de las participaciones sociales de las que sea titular,

⁴⁵ Vid. Sacristán Represa, “Derecho de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Estudio sistemático de la Ley 2/1995”, AA.VV., t.I, ed. McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág.376.

⁴⁶ Vid. Albadalejo, *op. cit.*, págs. 24-25; Lacruz, *op. cit.*, pág. 60; Martín Pérez, *op. cit.*, pág. 33, que distingue entre criterios objetivos de determinación, por referencia a datos ciertos, actuales o futuros, tales como los previstos en los arts. 1447 y 1448 del Código Civil, y criterios subjetivos de determinación, “*representados por la referencia a la decisión de un tercero, extraño al negocio, o de una de las partes*”.

⁴⁷ “*Para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta...*”.

⁴⁸ “*También se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto*”.

⁴⁹ “*...o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada*”.

⁵⁰ “*Si los socios se han convenido en confiar a un tercero la designación de la parte de cada uno en las ganancias y pérdidas, solamente podrá ser impugnada la designación hecha por él cuando evidentemente haya faltado a la equidad*”.

⁵¹ “*El señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de las partes contratantes.*”

⁵² “*La designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada a uno de los socios.*”

⁵³ Vid. Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, págs. 95-96.

⁵⁴ Vid. Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, págs. 97-98.

siendo la junta general quien determine esta cantidad; en segundo lugar, en cuanto al momento de cumplimiento de la prestación, será un acuerdo ordinario de la junta general quien determine la exigibilidad de la prestación accesorio.

De esta manera, la prestación accesorio establecida en el art. 6 de los referidos estatutos no es determinada, pero sí determinable, y lo es por partida doble. Así, el problema será determinar si tales criterios establecidos en los estatutos sociales son conformes con nuestro Ordenamiento jurídico. Ambas RRDGRN establecen que la prestación accesorio instaurada es indeterminada, pues se deja a una de las partes de la relación jurídica obligatoria -sociedad- la determinación de la cuantía y el momento de cumplimiento de la prestación, vulnerándose así lo dispuesto en los arts. 1115⁵⁵, 1256⁵⁶, 1273, 1449 y 1690 del Código Civil.

En cuanto al momento de cumplimiento de la prestación accesorio, pienso que no se vulnera el art. 1115 del Código Civil, ya que no estamos en presencia de una obligación condicional; no obstante, el art. 1256 del Código Civil determina que no se puede dejar al arbitrio de una de las partes que conforman la relación obligatoria (en este caso la sociedad) la fijación del momento en que se debe cumplir la prestación. Está claro que, en principio, esto supondría un grave perjuicio a cada uno de los socios obligados a efectuar dicha prestación (piénsese, por ejemplo, en las previsiones económicas de los socios para poder proceder luego a la entrega del dinero necesario para poder cumplir con su obligación accesorio). No obstante, debemos pensar que existen figuras como la tarjeta de crédito que permiten al titular de ésta disponer de cantidades, hasta el límite estipulado, sin previo aviso. Además, en nuestro caso los socios acordaron unánimemente esta posibilidad.

En cuanto a la cuantía de la prestación, aunque es válida la concreción del objeto de la obligación con criterios objetivos o a través del arbitrio de un tercero (arts. 1447 y 1690 del Código Civil), sin embargo, se excluye que esto se realice por una sola de las partes de la prestación (arts. 1.256, 1.449 y 1.690 del Código Civil) o mediante un nuevo convenio (art. 1273 Código Civil)⁵⁷. Si se deniega esta última solución, es lógico que se rechace la determinación por una sola de las partes⁵⁸, como ocurre en nuestras RRDGRN. En ambos supuestos, la determinación del “*quantum*” de la obligación no sólo se deja al arbitrio de la junta general de socios mediante acuerdo ordinario (art. 53.1 LSRL) sino que el criterio utilizado fue desestimado anteriormente por la

⁵⁵ “Cuando el cumplimiento de la obligación dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código”.

⁵⁶ “La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”.

⁵⁷ La doctrina se mantiene unánime en estos casos, negándose dicha posibilidad. Así, *vid.* entre otros, Albadalejo, *op. cit.*, pág. 25; Lacruz, *op. cit.*, pág. 60; O’Callaghan Muñoz, *op. cit.*, págs. 18 y 45; Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, pág. 96.

⁵⁸ *Vid.* Albadalejo, *op. cit.*, pág. 25, “mas no hay determinación al arbitrio de una parte por el solo hecho de haberle autorizado un cierto margen de elección”. En este sentido, *vid.* Lacruz, *op. cit.*, pág. 60; O’Callaghan Muñoz, *op. cit.*, págs. 18 y 45; Vattier Fuenzalida, *op. cit.*, pág. 96.

RDGRN de 24 de junio de 1998 (en este supuesto era de hasta veinte veces el valor nominal de las participaciones sociales de las que se fuera titular)⁵⁹.

Así, parece ser que el problema del art. 6 de los estatutos sociales es que la determinación de la cuantía y el momento de cumplimiento de la prestación accesoria se deja a una de las partes, infringiéndose los arts. 1256,1273,1449 y 1690 del Código Civil. Así, es correcta la desestimación de la inscripción registral de los estatutos sociales de «Automóviles Antonio Leyva, Sociedad Limitada», pues aunque la prestación accesoria aparezca reflejada estatutariamente, sin embargo, se infringe el requisito de determinación que debe cumplir toda obligación, debiéndose redactar en éstos todas las circunstancias que rodean el cumplimiento de la prestación accesoria correspondiente⁶⁰.

Sí sería posible, en cambio, dejar determinar posteriormente las circunstancias de la obligación a un tercero⁶¹, pero nunca se le podría confiar a este tercero la determinación de la especie del objeto de la prestación, la cual se determina siempre por las partes contratantes⁶²

7. CONCLUSIONES.

En vista de lo expuesto, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1ª) Las prestaciones accesorias de carácter dinerario son perfectamente válidas en nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo éstas adoptar diversas modalidades. En nuestro caso, el art. 6 de los estatutos sociales comentados obliga a los socios a efectuar aportaciones suplementarias en metálico a las de capital hasta un máximo de cincuenta veces el valor nominal de las participaciones de las que sea titular cada uno de ellos, estableciéndose además en el apartado séptimo de dicha disposición el reintegro de estas aportaciones suplementarias “*una vez que la tesorería y liquidez en efectivo determine sobrante suficiente para ello y después de cubiertas las previsiones de otros pagos a corto plazo a que estuviera obligada la sociedad*”. Además, estos reintegros se podrán llevar a cabo de forma parcial. Ciertamente, el sustrato jurídico de la prestación accesoria comentada es un contrato de préstamo gratuito, y aunque es conforme a nuestro Derecho una prestación accesoria con este contenido, debemos señalar que dicho objeto conlleva ciertos problemas. En primer lugar el importe

⁵⁹ Vid. Albadalejo, *op. cit.*, pág.26, quien considera que, “*a efectos legales no hay determinación dejada a voluntad de las partes en ciertos casos en los que si bien queda en manos de una precisar, dentro de ciertos límites, la prestación, sin embargo, no se dan los riesgos por los que la ley persigue evitar que la obligación quede a capricho o al solo criterio del interesado*”. En este sentido, Albadalejo cita la sentencia de 16 de marzo de 1977, “*en el que, a precio fijado por unidad, se compra una cantidad de mercancía a decidir por el comprador entre ciertos límites de cuatro a cinco toneladas-, o el de que se acuerde la venta de un bien en la suma que estime justa el comprador entre un máximo y un mínimo que se le marque*”.

⁶⁰ Vid., Olivencia Ruiz, “Las prestaciones accesorias”, en *La Reforma de la Sociedad de Responsabilidad Limitada*, coordinadores: Rafael Bonardell Lenzano; Javier Mejías Gómez; Ubaldo Nieto Carol, ed.Dykinson, Madrid, 1994, pág.237 y “Las prestaciones accesorias”, en *La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, *op. cit.*, pág. 256, realizando aquí el autor una interpretación más rigurosa del art. 22.1 LSRL.

⁶¹ Vid. Díez-Picazo, “El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos”, *op. cit.*, pág. 43, ya que “*si el arbitrador no puede determinar el contenido esencial de un contrato, parece que no hay dificultad en que se admita la posibilidad de determinación del contenido accidental del mismo contrato*”.

⁶² Vid. Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 38, pues “*las partes han realizado ya una labor previa de determinación: la conversión del objeto indeterminado en objeto determinable; el señalamiento del criterio de determinabilidad que supone ya la determinación de la especie*”.

estipulado es excesivamente oneroso para los socios, ya que a éstos se les obliga a hacer una fuerte previsión económica para luego proceder posteriormente al desembolso correspondiente, lo que puede plantear problemas a los socios minoritarios de la sociedad (art. 98 LSRL). En segundo lugar, esta prestación accesorias puede tener repercusiones para los acreedores sociales, pues una vez reintegradas las aportaciones por los socios el patrimonio social podrá verse reducido notablemente, lo que podría producir la quiebra de la sociedad con el consiguiente perjuicio para los acreedores, que no tendrán ningún derecho sobre las cantidades reintegradas (recuérdese como las prestaciones accesorias no forman parte del capital social). Sin embargo, ningún problema plantea la prestación accesorias cuyo contenido se integre por una donación. En tercer lugar, la prestación contemplada dificulta extraordinariamente la transmisibilidad de las participaciones sociales, ya que difícilmente un tercero va a querer formar parte de la sociedad limitada en estas condiciones, pues la prestación accesorias estipulada le vincula indefinidamente a efectuar aportaciones suplementarias a la sociedad. Todo esto nos hace pensar que para superar estos inconvenientes lo lógico es que se eviten prestaciones accesorias de este tipo, realizándose bien una mayor aportación al capital social, bien la creación de participaciones sociales con prima de emisión o, incluso, aportaciones voluntarias de los socios para compensar pérdidas.

2ª) Es posible la creación de prestaciones accesorias en un momento posterior a la fundación de la sociedad limitada, aunque para ello es necesario respetar los requisitos establecidos por el art. 25.1 LSRL: régimen de modificación de estatutos sociales (art. 71 LSRL), consentimiento individual de los obligados y, a pesar de no recogerse en dicha disposición, el derecho de separación de aquellos socios afectados por tal acuerdo, los cuales obtendrán el reintegro del valor de sus participaciones sociales. En nuestro supuesto, la prestación accesorias establecida en los estatutos sociales de «Automóviles Antonio Leyva, Sociedad Limitada» y «MTI-Romo, S.L» cumple con el régimen jurídico dispuesto en el art. 25.1 LSRL sobre creación, modificación y extinción de tales prestaciones, pues se acuerda unánimemente en junta general universal de socios la instauración de la obligación accesorias, aunque se dejan aspectos esenciales del contenido de cualquier obligación –cuantía y momento de cumplimiento- a un acuerdo ordinario de dichas juntas generales (art. 53.1 LSRL). De esta manera, los socios que en el momento de constitución de la prestación accesorias no estén de acuerdo con la creación de esta prestación tienen las dos armas que la LSRL vigente les reconoce: por un lado, la prestación del consentimiento individual del socio (arts. 25.1 y 71.1.párrafo 2º LSRL); por otro lado, y salvo disposición estatutaria en contrario, el derecho de separación reconocido en el art. 95.f) LSRL. Así, en nuestro caso, los socios no son obligados forzosamente al desempeño de nuevas obligaciones sociales contra su voluntad en estas sociedades

3ª) El tiempo y la cuantía son elementos esenciales del contenido de toda obligación y, por tanto, de toda prestación accesorias. Así, la expresión “*contenido concreto y determinado*” del art. 22.1 LSRL, aunque no exige una total determinación de la obligación accesorias en los estatutos sociales, si reclama al menos una determinación mediata, debiéndose ésta realizar con criterios objetivos o subjetivos establecidos por las dos partes de la relación obligatoria. En el art. 6 de los estatutos sociales comentados, la cuantía de la prestación, aún sujeta a un límite máximo acordado unánimemente, se deja su concreción a un criterio subjetivo, concretamente al arbitrio de un

acuerdo ordinario de la junta general, infringiéndose lo dispuesto por los arts. 1256,1273,1449 y 1690 del Código Civil, pues es una de las partes de dicha obligación quien fija la cuantía. Con relación al momento de cumplimiento de la prestación accesoria nos encontramos con la misma situación descrita anteriormente, determinando la junta general el plazo de cumplimiento de la prestación accesoria (art. 6 apartado primero).

4ª) La prestación accesoria instaurada en el art. 6 de los estatutos sociales de «Automóviles Antonio Leyva, Sociedad Limitada» y «MTI-Romo, S.L» es nula pues la prestación no queda determinada o, al menos, determinable mediante criterios conformes con nuestro Ordenamiento jurídico en el momento de su constitución .

RESUMEN.- La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) establece que el art. 6 de los estatutos sociales incumple los arts. 22.1 y 25.1 LSRL de 22/3/1995, pues se vulnera el requisito de determinación de los contratos y de los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada. Nosotros, tras el estudio de las prestaciones accesorias dinerarias y sus posibles problemas, creemos que la cláusula estatutaria establecida no vulnera, en primer lugar, el art. 25.1 LSRL y, en segundo lugar, que no es indeterminada, sino determinable. No obstante, el problema está en el criterio subjetivo elegido para la determinación de la prestación accesoria, pues infringe los arts. 1256, 1273, 1449 y 1690 del Código Civil.

RIASSUNTO.-La Direzione Generale dei Registri e del Notariato (DGRN) stabile che l'articolo 6 degli statuti sociali incumpe gli arts. 22.1 e 25.1 LSRL di 22/3/1995, perchè se vulnera il requisito di determinazione dei contratti e dei principi configurati della società di responsabilità limitata. Noi, dopo l' studio delle prestazioni accessorie di denaro e i sue possibili problemi, pensiamo che la clausola statutaria stabilita non infrange, in primo luogo, l' articolo 25.1 LSRL e, in secondo luogo, che questa clausola è determinabile ma non è indeterminata. Nonostante, il problema è nel criterio soggettivo scelto per la determinazione della prestazione accesoria, perchè infrange gli arts. 1256,1273,1449 e 1690 del Codice Civile.