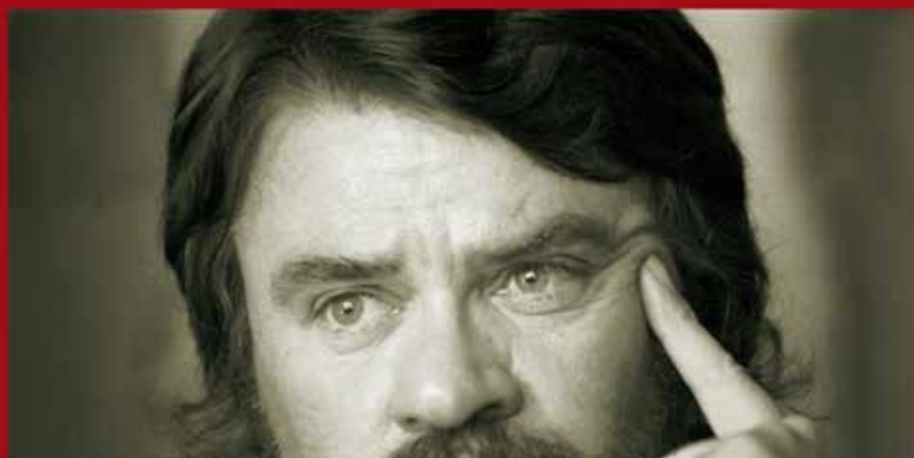


HOMENAJE A FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA

TOMO III



Capítulo 53

COMITÉ EDITOR

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
René Ortiz Caballero
Carlos Ramos Núñez
Marcial Rubio Correa
Carlos A. Soto Coaguila
Lorenzo Zolezzi Ibárcena



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Editado por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Cuidado de la edición: Carlos A. Soto Coaguila

Diseño, diagramación y corrección de estilo: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: junio de 2009

Tiraje: 500 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2009-06815

ISBN: 978-9972-42-890-6

Registro del Proyecto Editorial: 31501360900257

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

LAS PRESTACIONES ACCESORIAS EN LA LEY GENERAL DE SOCIEDADES

*Hernando Montoya Alberti**

INTRODUCCIÓN

El régimen de las prestaciones accesorias tiene una importancia particular en la medida en que sirve para dotar de recursos a la sociedad, o permitir, mediante ciertas prestaciones que otorgan los socios, que las actividades de la sociedad se desarrollen en un contexto más favorable. Uno de los temas que nos llama la atención es su regulación en la nueva Ley de Sociedades, que ya no prohíbe que estas prestaciones sean dinerarias ni que puedan pactarse por los socios a favor de terceros. Desde la óptica de las prestaciones accesorias, es importante analizar esta institución a través de su evolución, así como su normatividad en la sociedad anónima y en el contexto de la sociedad comercial de responsabilidad limitada.

Un tema que si bien fue motivo de esta investigación no llegó a concluir en su desarrollo final, es el efecto del incumplimiento de la prestación accesoria. En efecto, la primera inquietud que surge como resultado del incumplimiento de la prestación accesoria es la posibilidad de sancionar al socio con la exclusión de la sociedad: si, tratándose de sociedades de capital, es decir, aquellas donde el aporte es el elemento distintivo de la sociedad, no cabría esta sanción, habida cuenta de que la Ley de Sociedades la reserva para el socio que no cumple con aportar al capital social prometido al suscribir su posición de socio; o si, por el contrario, si se da una excepción a esta situación, sería posible pactar la sanción de exclusión del socio en caso de incumplimiento de la prestación accesoria. Merece una reflexión mayor aún el caso en el cual, no habiéndose pactado la sanción, esta pueda aplicarse en razón de la falta de cumplimiento de una prestación que tiene como contrapartida una contraprestación. Como podrá advertirse, este tema se torna tan o más interesante que el mismo estudio de las prestaciones

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Comercial de la Universidad de Lima.

accesorias, y tiene su preocupación inicial en el estudio del doctor Guillermo Mercado Neumann¹.

La prestación accesoria del socio se concibe como una obligación de dar, hacer o no hacer dentro del régimen societario. Las prestaciones de servicios de la sociedad colectiva o comanditaria para mantener su calidad de socio, conllevada a dicha persona a adquirir la calidad de socio, en tanto que en las sociedades de capitales, no se concibe que el aporte de servicios otorgue la calidad de socio. La primera inquietud sería, entonces, determinar si el socio requerido por una sociedad para integrarse a la misma debido a su cualidad personal, no tiene otra alternativa que aportar al capital, dado que en las sociedades de capital no se permite que por la simple prestación de un servicio se considere a la persona socia o accionista: la calidad de socio se adquiere mediante el aporte de bienes o derechos, mas no por la prestación de servicios.

Siendo esto así, el esfuerzo aplicado a una solución beneficiosa para la sociedad es admitir que la persona participe aportando a la sociedad, pero exigiéndole que acepte prestar un servicio o prestación accesoria a su condición de socio, de forma tal que la sociedad se beneficie con dicha prestación. En este esquema, las sociedades de capital, en su evolución, buscan que sus socios, además del aporte realizado, se comprometan a dar una prestación accesoria al compromiso de su aporte; prestación accesoria que no forma parte del capital social ni de la acción, pero que sí liga al socio a la sociedad.

Podemos afirmar que las prestaciones accesorias tienen una evolución propia respecto a las prestaciones o aportaciones del socio industrial en la sociedad colectiva, en donde el carácter personal del aporte es determinante para que se constituya la sociedad, reflejando estas sociedades un carácter de *intuitu persone* y verdadero *animus societatis* desde su constitución. En paralelo, las prestaciones accesorias, aun aquellas propias de la sociedad anónima, tienen un carácter personal y —como veremos más adelante— de orden personalísimo en algunos casos.

Las variaciones y la libertad de contratación, pujantes sobre la base de las normas permisivas de la ley y de las no prohibitivas, obligan a una reflexión respecto de la naturaleza de las prestaciones accesorias y de los efectos de su incumplimiento.

Sin duda, la omisión del aporte del servicio del socio colectivo conlleva la sanción de su exclusión de la sociedad colectiva, pues al no cumplir con su aporte, consistente en servicios, la sociedad puede excluirlo de sí, caso en el que la doctrina que respalda la tesis contractualista societaria considera que se produce una resolución parcial del contrato.

¹ MERCADO NEUMANN (2002).

Como mencioné, motiva este análisis la jurisprudencia contradictoria registral², en la que una de ellas admite la posibilidad de incluir en el estatuto de una sociedad anónima supuestos de exclusión del socio ante el incumplimiento de lo comprometido, sin que dicho compromiso sea precisamente la falta del aporte al capital social sino cualquier otra causa, amparándose para ello en las normas contenidas en el artículo 248³ de la Ley General de Sociedades (LGS), que siendo aplicable exclusivamente a las sociedades anónimas cerradas, se extiende a las otras modalidades societarias anónimas.

Pues bien, no es precisamente el análisis de dichas resoluciones del Tribunal Registral el tema al cual debo abocarme, sino más bien el análisis para delimitar las prestaciones accesorias y, tangencialmente, verificar si la sanción por su incumplimiento puede llevar a la exclusión del socio.

1. ANTECEDENTES

Marcando la distancia correspondiente debe precisarse que el aporte de servicios o el aporte al capital social es una institución completamente distinta al tratamiento de la prestación accesorial concebida en LGS. De hecho, quien aporta servicios no aporta al capital social, pero por el mérito de dicho aporte se lo considera socio. La prestación accesorial, en cambio, como su nombre lo indica, deviene en accesorial al aporte; no puede existir prestación accesorial sin que exista la prestación principal, que es el aporte.

La institución de las prestaciones accesorias tiene su antecedente en las sociedades alemanas, aproximadamente en la segunda mitad del siglo XIX, cuando las empresas requerían que sus socios las aprovisionaran de materia prima relacionada con la actividad de la sociedad de la cual formaba parte el socio. Así, las primeras sociedades en poner en práctica esta obligación son las dedicadas a la fabricación de azúcar, que crean la obligación de sus socios de abastecer con remolacha a su empresa, a fin de que esta se asegure el suministro de tal insumo, a cambio de la correspondiente retribución. Siendo este el interés de la sociedad, el estatuto contemplaba esa obligación a cargo de los socios, incluyéndose para tal efecto la

² Resolución 120-2000-ORLC/TR del 25 de abril de 2000 y 104-2001-ORLC/TR del 8 de marzo de 2001.

³ LGS, artículo 248: «El pacto social o el estatuto de la sociedad anónima cerrada puede establecer causales de exclusión de accionistas. Para la exclusión es necesario el acuerdo de la junta general adoptado con el quórum y la mayoría que establezca el estatuto. A falta de norma estatutaria rige lo dispuesto en los artículos 126 y 127 de esta ley. El acuerdo de exclusión es susceptible de impugnación conforme a las normas que rigen para la impugnación de acuerdos de juntas generales de accionistas».

modalidad, el contenido, la retribución, las consecuencias del incumplimiento, etcétera⁴.

Nos refieren María Gómez y Ángel Rojo⁵ que las prestaciones accesorias tuvieron su desarrollo en Alemania. Dieron lugar a dos interpretaciones vinculantes entre los socios y la sociedad a raíz del incumplimiento de las mismas, del requerimiento del consentimiento previo de los administradores para la transmisión de las acciones suscritas por los socios ligados a dicha prestación accesorias o de la legalidad de las cláusulas penales para el caso de incumplimiento de la prestación accesorias, todo lo cual comenzó a suscitar problemas de validez de las cláusulas incorporadas en los contratos societarios. Por un lado, la sociedad se sitúa en la perspectiva de que la obligación de realizar una prestación accesorias es de carácter societario, que su contraprestación equivale al dividendo y que es posible satisfacerla aun si no existen ganancias por repartir, quedando el socio obligado a su cumplimiento y, en su caso, a penalidad. La otra posición debatida en su época era la defendida por los socios, para quienes mientras no hubiese ganancias suficientes no podían ser obligados a nuevas entregas. De las resoluciones judiciales que dilucidan el tema se nos refieren aquellas que sacan a relucir el carácter societario de la obligación de realizar prestaciones accesorias, que debía inferirse de su inclusión en los estatutos, razón por la cual no podía calificarse como precio la contraprestación debida a los accionistas, prestadores, sino como dividendo anticipado que adquiriría firmeza una vez constatada en el balance la efectividad del beneficio neto.

La segunda interpretación consideraba que el pacto que originaba la prestación accesorias tenía un carácter especial e independiente del contrato social, circunstancia de la que había que derivar su naturaleza extrasocietaria⁶. De estas dos posiciones se terminó por acoger la posición de la prestación accesorias como un pacto adicional al contrato de sociedad.

Resulta interesante el comentario que nos hace Ángel Rojo cuando señala que la insatisfacción producida por la toma de postura jurisprudencial determinó la adopción de una nueva estrategia por parte de las empresas azucareras. Esta estrategia se encaminó a obtener el reconocimiento por el legislador de la nueva institución, en la línea de sus expectativas, como la creación de un tipo social inédito, conocido más tarde como sociedad de responsabilidad limitada (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*), en el cual las prestaciones accesorias, al tiempo que podrían introducir una cierta dosis de personalización,

⁴ GÓMEZ MENDOZA (1991); ROJO FERNÁNDEZ (1977: 274).

⁵ GÓMEZ MENDOZA (1991); ROJO FERNÁNDEZ (1977).

⁶ Véase, en relación con estos planteamientos, ROJO FERNÁNDEZ (1977: 276-277).

parecían encontrar fácil acomodo. Y, en efecto, así terminó ocurriendo en 1892, con la promulgación de la GmbH-Gesetz, por la que, además de admitirse esta clase de obligaciones, se sancionó su naturaleza societaria.

Nos refiere María Gómez que en la actualidad la disciplina alemana de las prestaciones accesorias, en el ámbito de las sociedades anónimas, se encuentra contenida en los parágrafos 55, 5 y 180.1 de la Aktiengesetz (AktG), del 6 de septiembre de 1955, que reproducen, salvo variaciones poco relevantes, la regulación procedente de la AktG del 30 de enero de 1937, que la tomó, con escasas modificaciones, del Handelsgesetzbuch (HGB, Código de Comercio alemán) de 1897. De acuerdo con ella, los estatutos pueden establecer a cargo de los socios, junto con la obligación de aportación al capital social, otras de realización de prestaciones periódicas. Con esa hipótesis, el objeto de las prestaciones no puede consistir en dinero; la retribución que se prevea satisfacer al socio-prestador no puede exceder del valor real de aquella; la transmisión de las acciones a que se conecta la obligación de ejecutarlas ha de encontrarse subordinada a la autorización de la sociedad; y el establecimiento de estas obligaciones accesorias por vía de modificación estatutaria requiere el consentimiento de los accionistas afectados.

En otras realidades, la institución de las prestaciones accesorias ha recibido una atención desigual, más frecuente en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada que en el de las anónimas. En las legislaciones que acogen esta institución se ha acoplado al sistema alemán, como el caso de Austria. En el ordenamiento latino tenemos el Código Civil italiano, cuyo artículo 2.345, después de admitir que en el acto constitutivo de la sociedad puede establecerse a cargo de los accionistas la obligación de realizar prestaciones accesorias con determinación de su contenido, duración, modalidades, compensación y sanciones particulares para el caso de incumplimiento, añade las cinco reglas que expresa y directamente integran la disciplina; a saber: a) que el objeto de tales prestaciones no puede consistir en dinero; b) que en su retribución deben observarse las disposiciones aplicables a las relaciones negociales que tengan por objeto las mismas prestaciones; c) que las acciones a las que se vincule su ejecución han de ser nominativas; d) que solo cabe su transmisión con el consentimiento de los administradores; y e) que, salvo disposición contraria en los estatutos, no es factible la modificación del régimen estatutario inicialmente establecido sin el consentimiento de todos los socios.

En el derecho español se guarda silencio respecto de las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades de 1951, y se regula dos años más tarde con la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, del 17 de julio de 1953⁷. De acuerdo

⁷ BARBA DE VEGA (1984: 135-145).

con el artículo 10 de esta última, en la escritura fundacional podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la compensación que con cargo a beneficios hayan de recibir los socios que las realicen, a lo que se añade que estas prestaciones no podrán integrar el capital de la sociedad. Respecto de las sociedades anónimas, la regulación legal de las prestaciones accesorias aparece por primera vez en la Ley de Reforma parcial y adaptación de la Legislación Mercantil a las directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, del 25 de julio de 1989. El real decreto legislativo 1564/1989, del 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, establece en el artículo 9.1 que en los estatutos de las sociedades se hará constar «[...] el régimen de las prestaciones accesorias, en caso de establecerse, mencionando claramente su contenido, su carácter gratuito o retribuido, las acciones que lleven aparejada la obligación de realizarlas, así como las eventuales cláusulas inherentes a su incumplimiento». La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, ley 2/1995, del 23 de marzo de 1995, regula las prestaciones accesorias en el artículo 22 al señalar que «En los estatutos podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución», precisando además que «Los estatutos podrán vincular la obligación de realizar prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones sociales concretamente determinadas». Con lo dicho denota el carácter estatutario de la prestación accesorias. Igual criterio se adopta para las prestaciones accesorias reguladas en la Ley de Sociedades de España, cuando el artículo 9 precisa que «En los estatutos que han de regir el funcionamiento de la sociedad se hará constar [...]».

El Código de Comercio peruano de 1902, al regular el régimen societario, no contemplaba la posibilidad del aporte de prestaciones accesorias; solamente se regulaba el aporte de servicios en las sociedades de personas. Es más, en esta clase de sociedades se buscaba precisamente el aporte personal del socio, que consistía en una obligación de hacer. Posteriormente, con la Ley de Sociedades Mercantiles (1966), se regulan las prestaciones accesorias, en los artículos 101 para las sociedades anónimas y en el artículo 277 para las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. Luego, con la dación de la Ley General de Sociedades, aprobada en su texto por el Decreto Supremo 003-85-JUS, el artículo 101⁸ señala

⁸ «Artículo 101. Además de la obligación de los aportes el acto constitutivo puede establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias no consistentes en dinero, determinando

que dichas prestaciones no pueden consistir en dinero, no integran el capital social, no son transferibles sin el consentimiento del directorio, y su modificación requiere el consentimiento del socio afectado. Dicha norma se repite en el artículo 277⁹ cuando regula la prestación accesoria en la sociedad comercial de responsabilidad limitada. Sin embargo, observamos que en esta oportunidad se suprimió la prohibición de que la prestación sea dineraria; solamente se indica que no puede integrar el capital social. Se tienen, entonces, dos regímenes diferentes de prestaciones accesorias: aquellas que se pactan en la sociedad anónima, que no pueden ser dinerarias, por prohibición expresa, y las prestaciones en las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, que responden al concepto integral regulado para la sociedad anónima, pero que no se prohíbe que sean dinerarias.

Por otro lado, en el comentario que dedica a este tema Ulises Montoya Manfredi a la luz de la ley del año 1966, se advierte un carácter bilateral de esta prestación, entre la sociedad y el socio. Señala este autor que

Debe tenerse presente que se trata de una relación bilateral, aunque se incluya en el contrato plurilateral de sociedad. Algunos autores consideran estos pactos como subordinados al pacto social, mientras que otros estiman que se trata de un contrato mixto, en el que concurre una relación de suministro, que resulta absorbida por el de sociedad. Debe agregarse que si se produjera la nulidad del pacto que contiene la prestación accesoria, ello no influiría sobre la validez del acto constitutivo y que las reglas generales de los contratos serán aplicables a las relaciones entre los socios que ofrecen las prestaciones accesorias y la sociedad, según la naturaleza de las prestaciones, de dar o de hacer, a las que el socio se hubiera obligado¹⁰.

En el contexto de la anterior Ley de Sociedades, la prestación accesoria debe constar en el documento constitutivo de la sociedad y se lo reconoce como un pacto dentro del pacto societario. En la Ley General de Sociedades vigente se

su contenido, su duración, las modalidades y la retribución acordada, así como las sanciones para el caso de incumplimiento. Tales obligaciones no pueden integrar el capital social.

*Los títulos a los cuales es conexas la obligación de las prestaciones antedichas, deben ser nominativos, no son transferibles sin el consentimiento del directorio, y les será aplicable el artículo 119.

*Si no se ha dispuesto otra cosa en el acto constitutivo, las obligaciones previstas en este artículo no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la modificación del estatuto».

⁹ En la escritura de constitución social podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su modalidad y, en su caso, la retribución que, con cargo a los beneficios, hayan de retribuir los socios que las realicen. Tales prestaciones no podrán integrar el capital de la sociedad.

Las cuotas a las que es conexas la obligación de las prestaciones antedichas son transferibles solamente con el consentimiento de los administradores.

¹⁰ MONTOYA MANFREDI (1966).

mantiene la condición de crear prestaciones accesorias en el acto constitutivo de la sociedad; sin embargo, puede crearse por acuerdo de junta general de accionistas (artículo 75). No obstante, se abre el abanico de posibilidades de fijar prestaciones que por su forma de creación no tendrían la condición de accesorias, pero sí paralelas, a través de los pactos parasocietarios, al amparo del artículo 8 de la misma Ley General de Sociedades.

En efecto, la nueva Ley General de Sociedades regula las prestaciones accesorias en el artículo 75¹¹, dentro del Título IV de la Sección Segunda del Libro Segundo, relativo a la sociedad anónima, y extiende esta prestación a la sociedad comercial de responsabilidad limitada en el numeral 2 del artículo 294.

2. CONCEPTO

Las prestaciones accesorias se han concebido como la obligación de realizar una determinada actividad a favor de la sociedad, distinta al aporte de bienes o a la prestación de servicio de las sociedades de personas. Baste recordar que la norma societaria solo permite el aporte de servicios en la sociedad colectiva, en la cual la condición de socio la otorga la prestación del servicio. Luego, en la sociedad comanditaria, las dos clases de socios que la integran, tanto el socio comanditario como el comanditado, aportan bienes para adquirir la condición de socios, aunque los de la clase administradora, además del aporte, deben administrar la sociedad, constituyendo esta una carga a la condición de socio, que conlleva también una prestación del servicio. Sin embargo, advertimos que solo en la sociedad colectiva se adquiere la condición de socio por el simple servicio aportado a la sociedad. En la sociedad anónima, el artículo 51 no admite el aporte de servicios; se requiere el aporte de bienes para tener la condición de socio. Es importante, entonces, diferenciar la denominación *aporte de servicios* de la denominación *prestación accesorio de servicios*. Así por ejemplo, el artículo 1 de la LGS precisa que «Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas». El término *aporte* está referido al acto por el cual se transmite derecho sobre bienes a favor de la sociedad, sin

¹¹ «Artículo 75. El pacto social puede contener prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas de sus aportes, determinándose su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento y pueden ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros. Estas prestaciones no pueden integrar el capital.

»Por acuerdo de la junta general pueden crearse también dichas prestaciones accesorias, con el consentimiento del accionista o de los accionistas que deben prestarlas.

»Las modificaciones de las prestaciones accesorias y de los derechos que estas otorguen solo podrán acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa».

que dichos bienes formen parte del capital social, cuenta en la cual se materializa económicamente, en cuotas del capital social, dicho aporte de bienes según su valorización. La prestación accesoria, en cambio, está regulada en el artículo 75 de la LGS, así como en el numeral 2 del artículo 294, relativo a las sociedades comerciales de responsabilidad limitada. Si bien las prestaciones no se aluden en las otras modalidades societarias, tampoco se encuentran prohibidas; en todo caso, dependerá de la modalidad en que se pacte para considerarlas como tales, o como pactos parasocietarios al amparo del artículo 8 de la LGS. En el primer caso deberá considerarse en el pacto social constitutivo o en junta general de socios, con el consentimiento expreso de los socios que aceptan prestar el servicio en forma accesoria a su condición de tales; en el segundo caso, no será dicha formalidad sino tan solo la existencia de un pacto entre socios y la sociedad que acuerden una prestación a favor de la sociedad o de terceros, tal como se prevé en el artículo 8 de la mencionada ley.

Nos precisa Torralba que con frecuencia aparecen supuestos en los que existen accionistas que son profesionales titulados y colegiados de todas o algunas de las actividades que realiza la sociedad y, en concreto, se suele establecer en los estatutos que deben realizar para la sociedad las prestaciones de los servicios propios de su calificación profesional¹². En este sentido, De La Cámara señala que, siguiendo el derecho italiano «[...] la prestación accesoria ha de consistir en una obligación que, en principio, debe ser, en cuanto a su cumplimiento, peculiar del socio y no “estar” al alcance de una persona cualquiera, como es el caso de la aportación dinerada»¹³. En la legislación societaria peruana del año 1966 el contenido de las prestaciones accesorias no podía consistir en dinero, puesto que la prestación accesoria se concebía, tal como lo hizo la legislación comparada de la época, como una prestación de carácter personal, debiendo ser cumplida por el socio y no por persona diversa.

En la legislación societaria del año 1966 se concebía la prestación accesoria como una obligación de dar, de hacer o de no hacer, pero nunca ligada a la obligación de dar sumas de dinero; el artículo 101 de la ley 16123 establecía que, además de la obligación de los aportes, el acto constitutivo de la sociedad podía establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias consistentes en dinero, determinando su modalidad, contenido, duración y retribución, así como las sanciones para el caso de incumplimiento, señalando que dichas obligaciones no podían integrar el capital social. Respecto de su transmisibilidad, señalaba que no eran transferibles sin el consentimiento del directorio; además,

¹² TORRALBA SORIANO (1966).

¹³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1987: 117).

salvo pacto en contrario, no podían ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y con acuerdo de la junta general adoptado con las mayorías calificadas señaladas por ley. Igualmente, cuando la ley 16123 regulaba las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, señalaba en su artículo 277 que se podían establecer en la escritura de constitución de la sociedad prestaciones accesorias distintas al aporte al capital social. En la misma tendencia se mantuvo la Ley General de Sociedades del año 1985.

En las sociedades de responsabilidad limitada, las prestaciones accesorias se conciben unidas a los aportes al capital social; están unidas a la condición del aporte. Nos dice Ulises Montoya Manfredi que se trata de servicios prestados para los fines de la creación de la sociedad, a semejanza de lo que ocurre con las llamadas *partes de fundador* en las sociedades anónimas. En defensa del capital social se impide que dichos servicios integren este capital porque no constituyen garantía suficiente para los acreedores; y para que se conozca el alcance de estas prestaciones y retribuciones, debe expresarse la modalidad de tales prestaciones en la escritura de constitución y no en pacto diferente.

Guillermo Mercado¹⁴ nos dice que «[...] las prestaciones accesorias afectan personalmente al socio, independientemente del número de acciones que posea en la sociedad». Citando a María Jesús Peñas¹⁵ nos refiere que «[...] las prestaciones accesorias [...] son obligaciones de carácter social —es decir, immanentes a la condición de socio—, de carácter accesorio y de carácter facultativo, que figuran en el estatuto y no forman parte del capital social y que pueden ser retribuidas o gratuitas». El carácter facultativo debemos entenderlo para la sociedad, pues siempre es obligatorio para el socio que se ha comprometido con la prestación accesorias. Igualmente, Mercado les atribuye la característica de social porque están indisolublemente ligadas a la condición de socio, sujeto pasivo de la relación obligatoria creada, «[...] vínculo este del cual solo podrá liberarse cumpliendo la prestación o dejando de ser socio». Agrega que «[...] no puede hablarse de prestaciones accesorias al margen del contrato social; aquellas que realice el socio como tercero, a favor de la sociedad, fuera de la relación jurídica societaria, se rigen por las disposiciones del particular del contrato que las crea y, supletoriamente, por el derecho civil». Advertimos en estas apreciaciones un enlace con nuestro comentario anterior al señalar que sí es posible establecer otras prestaciones que no son accesorias a la condición de accionista dentro del marco de un contrato parasocietario.

¹⁴ MERCADO NEUMANN (2002: 123).

¹⁵ PEÑAS MOYANO (1996: 68).

3. CARACTERES DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA

Fluye del contenido del artículo 75, así como del artículo 199, que las prestaciones accesorias son voluntarias, no se imponen a los accionistas y requieren su consentimiento. En efecto, se crean en el pacto social; de esta afirmación se decanta que tiene que existir la voluntad del socio que suscribe el pacto social. Este instrumento requiere la unanimidad de los accionistas para su validez, supuesto en el cual el socio suscriptor acepta la prestación accesoria. La ley permite que la prestación accesoria pueda crearse también por acuerdo de junta general de accionistas, y en tal supuesto se requiere el consentimiento del accionista que acepta cumplir con la prestación accesoria.

Impuestas como condición desde su creación —desde el pacto social o desde el acuerdo de junta general y aceptación del accionista gravado—, las prestaciones accesorias tienen un *carácter obligatorio* para todos o algunos accionistas, y son independientes de los aportes al capital social, debiendo determinarse su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento, que puede ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros.

No obstante lo referido, tienen *carácter facultativo* para la sociedad; es decir, la sociedad puede no requerir el cumplimiento de la prestación accesoria, como tampoco el accionista puede exigir que la sociedad cumpla con aceptarla, lo cual denota su carácter discrecional. Dicha bilateralidad en la concertación de la prestación accesoria no conlleva la determinación de la mora, aun cuando se haya pactado una retribución por la prestación accesoria. Al respecto, Mercado nos dice que «La *naturaleza facultativa* de las prestaciones accesorias se deduce de su propia índole al ser ajenas al capital social, pudiendo establecerse o no, sin que ello afecte en lo absoluto la validez de la sociedad. Sin embargo, una vez creadas son de cumplimiento obligatorio por los socios que las han asumido voluntariamente»¹⁶. Las prestaciones accesorias, en tanto que son obligación a cargo de los accionistas, tienen un carácter potestativo; es decir, su establecimiento constituye una facultad de la sociedad con sus socios, correspondiéndole ejercer el derecho de obligar al cumplimiento en razón de contribuir a la realización del objeto social.

El carácter de accesoriidad de estas prestaciones, nos refiere Mercado, se revela por la correspondencia con la adquisición de la calidad de socio en mérito al aporte realizado. Podrá haber aportes al capital social sin prestaciones accesorias, pero nunca prestaciones accesorias sin aporte de capital. Esto no obsta para que, desde el punto de vista económico, la entidad y el significado de las prestaciones

¹⁶ MERCADO NEUMANN (2002: 123).

accesorias muchas veces superen el valor de la aportación realizada, deviniendo la principal contribución. Sobre este tema, el artículo 23 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España determina que las prestaciones accesorias sean retribuidas con una compensación que hayan de recibir los socios que las realicen. La cuantía de la retribución no podrá exceder en ningún caso el valor que corresponda a la prestación. Lo que resulta insólito es que la prestación accesoriosa sea tan onerosa que torne irrelevantes los aportes al capital social. Sobre el particular, la Ley General de Sociedades no se pronuncia.

La prestación accesoriosa tiene un carácter independiente del aporte al capital social; no *integra* el capital social ni contribuye a su formación. Su ingreso a la cuenta patrimonial depende de la modalidad de la prestación; si consiste en una prestación accesoriosa dar un bien mueble en propiedad, o en uso, su valor integrará las cuentas patrimoniales pero no la del capital social; podría considerarse como un capital adicional dentro de las cuentas patrimoniales, que devengará una retribución con cargo a las utilidades de la sociedad. La prestación accesoriosa no da derecho a recibir a cambio acciones de la sociedad.

En la ley societaria del año 1966, que por primera vez integra esta clase de prestaciones, se contemplaba la posibilidad de que a cambio de las prestaciones accesorias se emitieran títulos negociables, similares a las partes del fundador. Así, el artículo 101 precisaba que los títulos a los cuales era conexas la obligación de las prestaciones accesorias eran nominativos y no transferibles sin el consentimiento del directorio, y se les aplicaban las normas relativas a los títulos de goce regulados en el artículo 119 de dicha ley; es decir, no daban derecho a voto en la junta general, concurrían en la distribución de las utilidades que quedaban después del pago a las acciones no reembolsadas de un dividendo igual al interés legal, y en caso de liquidación, en la distribución del patrimonio social restante, después del reembolso de las acciones a su valor nominal. No tenían carácter de acciones, debían ser registradas en un libro especial y contener la pertinente indicación sobre los derechos y obligaciones que correspondían a su titular. De por sí constituían títulos negociables sujetos a restricción en su circulación, como el sometimiento al consentimiento previo de la sociedad, dado que no solo se negociaba el título sino que la condición de accionista debía mantenerse inmanente al título de goce; ello por cuanto la ley no concebía que la prestación pudiera ser dineraria sino de orden personal.

En cuanto al *carácter formal*, tenemos que las prestaciones accesorias *deben figurar expresamente en el pacto social*; así lo establecen desde sus orígenes la ley 16123, el decreto legislativo 311 y la nueva Ley General de Sociedades. En comentario a la legislación italiana, Messineo señala que la exigencia de que las prestaciones accesorias consten en el acto constitutivo con todos sus datos

enunciados en la ley es imperativa, a tal punto que de no ser así las prestaciones podrían considerarse nulas. En nuestra legislación se permite que, cuando dichas prestaciones no forman parte del acto constitutivo, puedan crearse o modificarse con el consentimiento de todos los socios obligados y por acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la confección del estatuto, salvo que en el acto constitutivo se hubieran hecho las previsiones respectivas.

4. CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA

La prestación accesoria debe tener contenido, sea una obligación de dar, de hacer o de no hacer.

Nuestra legislación actual no impide que la obligación de realizar prestaciones accesorias pueda ser dineraria ni exige que comporte entrega de bienes periódicos o continuados. En la legislación alemana (artículo 55 de la Aktiengesetz-AktG) y en el Código Civil italiano (artículo 2345) se prohibía que la prestación accesoria consistiera en dinero; en igual sentido se encontraba dicha limitación en la Ley General de Sociedades (1966 y 1984)¹⁷: las prestaciones no podían consistir en dinero. La ley del año 1998 no restringe dicha condición; por lo tanto, en opinión de Elías Laroza, dichas prestaciones pueden consistir en dinero. Parte de la doctrina sostiene que esta limitación procura que las prestaciones accesorias incorporen una personalización, lo que no se daría en el caso del dinero, bien económico al alcance de cualquier individuo.

La tendencia en general ha concebido la prestación accesoria como una obligación de hacer, antes que de dar; y cuando se ha tratado de las limitaciones, la tendencia ha sido no permitir la prestación accesoria dineraria. En este sentido van la legislación argentina, que regula dicha limitación en el inciso 3 de la Ley de Sociedades argentina (19950), y la uruguaya, que lo hace en el artículo 73 de su Ley de Sociedades. La ley ecuatoriana sobre compañías restringe las prestaciones accesorias en sentido inverso en las sociedades comerciales de responsabilidad limitada, y precisa el inciso e del artículo 115 que es obligación del socio cumplir con las prestaciones accesorias y las aportaciones suplementarias previstas en el contrato social, quedando prohibido pactar prestaciones accesorias consistentes en trabajo o en servicio personal de los socios. Podemos apreciar que en este caso la regulación está orientada a las prestaciones suplementarias, que en la doctrina tradicional se explican como prestaciones dinerarias que ingresan a una cuenta

¹⁷ «Artículo 101. Además de la obligación de los aportes, el acto constitutivo puede establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias no consistentes en dinero, determinando [...]».

del capital adicional. Dichas aportaciones suplementarias tienen igualmente su origen en la ley alemana, y consisten en obligaciones asumidas por los socios de las sociedades de responsabilidad limitada, que en acta de creación constitutiva tienen el carácter de obligación social potestativa (artículo 26 de la GmbH), distintas de la de aportación al capital, que solo pueden consistir en dinero, y que se encaminan funcionalmente a dotar a la sociedad de un capital de maniobra adicional con el que pueda resultar factible la adaptación de la empresa a los cambios estructurales del sector. La prestación accesoria nace como una obligación de prestaciones periódicas, y en la doctrina alemana es interpretada habitualmente en el sentido de evitar que el contenido de las prestaciones accesorias pueda comportar tanto una prestación única como una prestación duradera¹⁸. Cabe recordar que esta clase de obligaciones nace en el derecho alemán con motivo de las prestaciones a que se comprometían los socios para proveer remolacha a la sociedad, con lo cual se establecía una fórmula segura de abastecimiento para su proceso productivo. Si nos remontamos al origen encontramos que la prestación accesoria consistía, entonces, en una obligación de dar bienes ciertos no dinerarios, y no primordialmente en una obligación de hacer. Sin embargo, el devenir de esta institución en el tiempo la ha enriquecido, y su inclusión en el pacto de creación y aprobación por parte del socio afectado hace que mantenga su vigencia.

La utilidad de las prestaciones accesorias se encuentra principalmente en las obligaciones de hacer y de no hacer. Aquellas que implican un *hacer* conllevan cierta dosis personalizada con el socio, pues dependen de la fungibilidad de su prestación y de su éxito según la finalidad de la sociedad. Es el caso de la prestación personalizada del socio que redundará en el éxito de la gestión social vía la entrega de sus conocimientos para la explotación económica mediante la sociedad o, al estilo de las sociedades comanditarias, de la asunción de la obligación de administrar la sociedad.

Las prestaciones accesorias que conllevan un *no hacer* buscan habitualmente incrementar las posibilidades de éxito de la sociedad mediante la eliminación de competidores. Este criterio se justifica en la medida en que el socio atraído a la sociedad sea un socio competidor en el tráfico de la sociedad. El sentido es evitar la competencia en una determinada zona o en relación con cierto producto; sin embargo, debe cuidarse que dichos pactos no incorporen una suerte de acuerdo perjudicial y obstruccionista del derecho de la competencia.

Las prestaciones accesorias pueden consistir también en una obligación de *dar*. Esta hipótesis tiene su punto de quiebre con su semejanza al aporte de bienes en propiedad, pues estos tienen un valor que se incorpora al capital social,

¹⁸ Véase BRUNETTI (1960: 253).

y consecuentemente con este título de aportación se propicia la constitución de un patrimonio separado e indisponible para los socios, que pasa a sustentar la sociedad como persona jurídica.

Al respecto, María Gómez señala que esto no significa sino que la aportación al capital debía tener lugar a título definitivo, cualquiera que fuese la naturaleza del objeto transferido: dinero, bienes muebles o inmuebles, o derechos (de crédito o reales, como el usufructo). Entonces, al no estimarse susceptibles de aportación como el trabajo o los servicios, la institución de las prestaciones accesorias se revelaba particularmente útil en la medida en que consentía a la sociedad el acceso al disfrute de determinados bienes o derechos de los socios mediante una simple transmisión de uso. Dicha situación habrá que considerarla sin mayor trascendencia, habida cuenta de que en la legislación actual y contemporánea se permite que el aporte a la sociedad pueda realizarse a título de uso. Así, nos señala la autora citada que

[...] en ocasiones, puede creerse que se está en presencia de una prestación accesorias de dar, cuando en realidad se trata de una prestación accesorias de hacer. Así ocurrirá en aquellos supuestos en los que el objeto o contenido de la prestación accesorias viene determinado por la obligación que asume el socio de estipular en el futuro con la sociedad determinados contratos de intercambio o de crédito, que se han de resolver naturalmente en la entrega de bienes (venta, suministro, arrendamiento) o de dinero (préstamo, p. ejemplo). La relevancia práctica de la distinción se pone de manifiesto cuando se advierten las diversas consecuencias que cabe derivar de la no entrega por parte del accionista de los bienes o del dinero previsto en un caso y en otro. Porque, en efecto, mientras que, de tratarse de una prestación accesorias de dar, la no entrega determinaría las sanciones prevenidas estatutariamente para el caso de incumplimiento (o las que resultasen aplicables a partir del ordenamiento positivo), en el supuesto de comportar un *lacere* ha de entenderse que el socio-prestador ha cumplido al estipular el correspondiente contrato, aunque luego no lo ejecute y con la circunstancia que se faculte a la sociedad para accionar los remedios característicos del contrato de que se trate.¹⁹

5. CREACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN ACCESORIA

Las prestaciones accesorias responden a la voluntad de los socios y de la sociedad, supuesto en el cual el socio no se somete al principio de las mayorías sino que depende de su plena voluntad aceptar o no la obligación contenida en la prestación accesorias. Dicha prestación accesorias conlleva un fin social; está destinada a procurar el objeto social y orientada hacia la finalidad de la sociedad, a diferencia de los pactos parasocietarios, que crean obligaciones a cargo de los socios a favor

¹⁹ GÓMEZ MENDOZA (1991).

de la sociedad o de terceros, supuesto en el cual puede concebirse con mayor libertad que el objeto para el cual se constituye la prestación accesoria puede responder al interés de grupo y no al de la sociedad.

La oportunidad de la creación de las prestaciones accesorias se da al establecer el pacto social; no obstante, la ley permite que esto se modifique por acuerdo de junta general. En el primer caso, se entiende que al momento de creación de la sociedad, y contenida la prestación en el pacto social, todos los socios han prestado su consentimiento al suscribir el pacto, momento en el cual se otorga el consentimiento para la aceptación de la prestación a cargo del socio suscriptor de dicho pacto. Distinto será el caso de la modificación o la creación de la prestación accesoria durante la vida de la sociedad; en tal caso, la creación o modificación de las prestaciones sociales depende de la voluntad social expresada por la mayoría, caso en el cual se deberá estar ante dos situaciones. La primera es la conveniencia o no de crear prestaciones accesorias, que se resolverá por el principio de las mayorías. Así, el artículo 75 de la nueva LGS señala:

El pacto social puede contener prestaciones accesorias con carácter obligatorio para todos o algunos accionistas, distintas de sus aportes, determinándose su contenido, duración, modalidad, retribución y sanción por incumplimiento y pueden ser a favor de la sociedad, de otros accionistas o de terceros. Estas prestaciones no pueden integrar el capital. Por acuerdo de la junta general pueden crearse también dichas prestaciones accesorias, con el consentimiento del accionista o de los accionistas que deben prestarlas.

Elías Laroza nos indica que «Al igual que con las partes del fundador, se ha suprimido la posibilidad de que las prestaciones accesorias se representen en títulos nominativos, los mismos que eran transferibles, previo consentimiento del directorio, de acuerdo con el artículo 101 de la Ley derogada».

Si recurrimos al texto del artículo 101 de la Ley de Sociedades Mercantiles y luego Ley General de Sociedades de 1984, tenemos que en dicha norma no se contemplaba claramente la posibilidad de crear prestaciones accesorias en otro documento que no fuera el contrato social, previéndose más bien su modificación por la junta general de accionistas y con el quórum y la mayoría exigidos para la modificación del estatuto. Por otro lado, tampoco se contemplaba la posibilidad de que la prestación accesoria se estableciera a favor de un socio o de un tercero, supuesto que el artículo 75 de la ley vigente sí permite. En efecto, el artículo 101 de dicha ley señalaba:

Además de la obligación de los aportes el acto constitutivo puede establecer la obligación de los socios de realizar prestaciones accesorias no consistentes en dinero, determinando su contenido, su duración, las modalidades y la retribución acordada, así como las sanciones para el caso de incumplimiento. Tales obligaciones no pueden integrar el capital social. Los títulos a los cuales es

conexa la obligación de las prestaciones antedichas deben ser nominativos, no son transferibles sin el consentimiento del directorio, y les será aplicable el artículo 119. Si no se ha dispuesto otra cosa en el acto constitutivo las obligaciones previstas en este artículo no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la modificación del estatuto.

El artículo 22 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de España confiere a las prestaciones accesorias un carácter netamente estatutario, al señalar en forma expresa que «En los estatutos podrán establecerse, con carácter obligatorio para todos o algunos de los socios, prestaciones accesorias distintas de las aportaciones de capital, expresando su contenido concreto y determinado y si se han de realizar gratuitamente o mediante retribución [...]». Según el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas de España, radica en el estatuto social la creación de las prestaciones accesorias; y su modificación se realizará por acuerdo de junta general de accionistas con las mayorías establecidas para la modificación de estatuto y con el consentimiento del socio.

Al precisarse que la obligación tiene su origen en el acto constitutivo de la sociedad, y considerando que el acto social debe ser registrado como precisa el artículo 6 de la Ley General de Sociedades para la incorporación de la persona jurídica, se pretende en el fondo asegurar que la decisión que contiene la obligación a favor de la sociedad añadida a la aportación al capital social tenga un carácter público, de forma tal que los terceros, los socios actuales y futuros, así como los acreedores, tengan conocimiento de las obligaciones a favor de la sociedad.

Este tema nos lleva a analizar si las prestaciones de los socios que consten en documento distinto al estatuto social se pueden calificar como prestaciones accesorias. Al respecto, considero que dichas prestaciones y obligaciones a favor de la sociedad constituida por los socios no tendrán el carácter de prestación accesorias a no ser que se incorporen en el estatuto de la sociedad. Al no estar inmersas en el estatuto social, simplemente se pueden calificar como obligaciones a favor de la sociedad, pero no tienen el carácter de prestación accesorias. Este deslinde resulta importante por cuanto el hecho de ligarse una obligación a la prestación accesorias estatutaria implica una serie de limitaciones en cuanto a su retribución y transmisión de la posición de accionista, supuesto que no rige cuando se trata de obligaciones simples asumidas por los accionistas a favor de la sociedad, supuesto en el cual no existe limitación o restricción a la transmisión de la posición de accionista.

En la creación de la prestación accesorias debe consignarse su contenido, su carácter gratuito o retribuido, la sanción por incumplimiento. En la medida en que las prestaciones accesorias conllevan una limitación a su transferencia, es

decir, que depende de la sociedad que autorice la transmisión de la posición de accionista en la medida que lo libera de la prestación accesoria, dichas limitaciones deben registrarse en el libro de matrícula de acciones al amparo del artículo 92, que señala que «En la matrícula se anotan también [...] las limitaciones a la transferencia de las acciones y los convenios entre accionistas o de accionistas con terceros que versen sobre las acciones o que tengan por objeto el ejercicio de los derechos inherentes a ellas». Esta norma nos permite considerar la obligación de anotar la prestación accesoria a cargo del titular de las acciones de la sociedad. En tal caso, habrá que considerar por una cuestión de orden lo señalado en el artículo 86 de la LGS, que señala que en el pacto social o en el acuerdo de aumento de capital puede establecerse que los suscriptores de una parte o de todas las acciones asuman determinadas obligaciones a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros, adicionales a la de pagar su valor, sea nominal o de colocación. Sobre el particular, Guillermo Mercado nos dice:

Debe señalarse que las prestaciones accesorias afectan personalmente al socio, independientemente del número de acciones que posea en la sociedad. En cambio, las obligaciones adicionales afectan al titular de las acciones gravadas con ellas y no personalmente al titular original de las mismas. Las obligaciones adicionales siguen la suerte de las acciones que gravan, de modo tal que un accionista puede ceder las acciones con obligaciones adicionales con la aceptación de la sociedad, de los accionistas o terceros a favor de quienes se hayan pactado, y el adquirente de dichas acciones quedará obligado a su cumplimiento sin que sea necesaria su aceptación, con lo que se revela una vez más el carácter social de la institución. La LGS, fiel a su vocación de respeto de la autonomía privada, deja al arbitrio de las partes fijar las sanciones ante la inejecución de las prestaciones accesorias o las obligaciones adicionales. La cuestión que se debe dilucidar es si en sede de sanción por incumplimiento de las prestaciones accesorias o de las obligaciones adicionales, es lícito pactar la exclusión del accionista, y si con ello no se vulneran principios configuradores de la sociedad anónima, como el del derecho del socio a conservar su *status* de tal y el de la integridad del capital social²⁰.

Es importante entonces precisar que la libertad contenida en la ley para fijar las prestaciones accesorias conlleva también la amplia libertad para fijar las sanciones por su incumplimiento; o en realidad la libertad está limitada por las sanciones que no conlleven una oposición a las leyes ni a los principios que configuran la sociedad anónima. Deben fijarse en el estatuto la duración y las causas de su extinción.

No debe dejar de tenerse presente que el sujeto obligado por la prestación accesoria es el socio; no un tercero, sino aquel que integra la sociedad y que

²⁰ MERCADO NEUMANN (2002: 125).

precisamente con su prestación completa el deseo societario para que la sociedad pueda alcanzar la finalidad para la cual se constituyó. Como señalamos, se trata de una condición de carácter personalísimo; la transmisión de esta prestación solo puede ser autorizada por la sociedad, supuesto en el cual se analizará la posibilidad de que el accionista sustituto reúna las condiciones para el cumplimiento de la prestación accesoria, habida cuenta de que se suele discurrir el terreno de las obligaciones de hacer o de no hacer principalmente. Es más, en el caso extremo de que la prestación fuere una obligación de dar, también es importante la calificación del socio para determinar su posibilidad en cuanto al cumplimiento de la prestación por el tiempo que se haya pactado esta. Distinto será el caso si la obligación se agota con su primer cumplimiento, supuesto en el cual no tendría sentido limitar la transmisión de la condición de accionista. Es bueno advertir que, en la medida en que la prestación se trasunta en la acción societaria misma como una obligación incorporada al título, deja de ser personalísima y su transmisibilidad tiene lugar precisamente con la transferencia de las acciones a las que se conecta²¹. En este contexto podemos afirmar que esta es una de las diferencias sustanciales entre la prestación accesoria y la obligación adicional reglada en el artículo 86 de la LGS, caso este último en el que la ley señala que en el pacto social, o en el acuerdo de aumento de capital, puede establecerse que los suscriptores de una parte o de todas las acciones asuman determinadas obligaciones a favor de otros accionistas, de la sociedad o de terceros, adicionales a la de pagar su valor nominal o de colocación. Estas obligaciones adicionales podrán ser dinerarias o no y deberán recaer sobre todas las acciones de la sociedad o sobre todas las acciones de una determinada clase. Las obligaciones adicionales deben constar en los certificados, anotaciones en cuenta o cualquier otra forma de representación de tales acciones. Por otro lado, el artículo 100 de la LGS precisa que el certificado de la acción debe contener, entre otros requisitos, los gravámenes o las cargas que se puedan haber establecido sobre la acción, y cualquier limitación a su transmisibilidad.

6. RETRIBUCIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

De acuerdo con el artículo 75 de la LGS, al constituirse la prestación accesoria se debe indicar su carácter retributivo. Nada impide que se pacte la prestación en forma gratuita, aun cuando la ley señale que en el estatuto debe indicarse, entre otras condiciones, su retribución.

²¹ GÓMEZ MENDOZA (1991).

El artículo 101 de la anterior LGS señalaba que los títulos a los cuales es conexas la obligación de las prestaciones accesorias «deben ser nominativos». La norma no exige más que se indique el carácter retributivo; no obliga a que se determine el monto de la retribución, en caso de establecerse. Sin embargo, lo regular es que los socios con la obligación de realizar prestaciones accesorias y por su carácter de personas calificadas tengan la esperanza cierta de que se les retribuya, salvo que en el estatuto se consigne el carácter gratuito de las prestaciones accesorias. Debemos partir de presumir que la prestación accesorio tiene un carácter retributivo, aun en el supuesto de que nada se diga al respecto.

La retribución debe constar en el estatuto o en el acuerdo de junta que la fije. La ley no requiere que conste en el mismo título de la acción. Al respecto, si bien la ley señala que en la matrícula de acciones debe constar la limitación a la transmisión de la acción, resulta aplicable que en la matrícula y en el certificado de la acción deba precisarse la limitación del título en función de la prestación accesorio que lo afecta. En tal caso, no existe norma imperativa que obligue a consignar el pacto retributivo en el mismo título. En la legislación actual no existe carácter limitativo en cuanto a la retribución, a diferencia de lo regulado en la legislación derogada, en la cual, de conformidad con los artículos 101 y 119 de la LGS, se establecía que los títulos a los cuales es conexas la obligación de las prestaciones antedichas debían ser nominativos, no eran transferibles sin el consentimiento del directorio, y se les aplicaban las normas relativas a los títulos de goce contenidos en el artículo 119, en el cual estaba regulado su carácter retributivo, en forma no muy favorable para el obligado con la prestación accesorio, dado que concurrían en la distribución de las utilidades que quedaban después del pago a las acciones.

De presumirse que la prestación accesorio sea gratuita, se estaría pretendiendo considerar que el socio se contente con participar en los mayores beneficios que su prestación propicie a favor de la sociedad merced a la prestación de su servicio, supuesto que no resiste mayor beneficio ni análisis. Debemos entender que la prestación accesorio lleva una presunción de onerosidad, pues la ley señala que debe indicarse el carácter retributivo; de no indicarse, no podemos presumir que dicha presunción tenga la condición de gratuita. Resulta importante, pues, que se precise la retribución de la prestación accesorio, la misma que al amparo de la ley vigente no tiene limitaciones relegables en cuanto a su modalidad, como sí las tenía en la legislación anterior, tal como lo refería el artículo 101. En otras palabras, nada impide que la prestación accesorio sea pagada en el mismo grado que los dividendos de la acción. El carácter accesorio de la prestación a la condición de accionista y beneficiario del dividendo no relega el pago de la prestación accesorio, pues al final esta puede tener tal relevancia que, merced a su cumplimiento, los

accionistas sean merecedores del dividendo. Es más, podría suceder que con el cumplimiento de la prestación accesoria se agotase el beneficio distribuible para los accionistas, situación que, de haberse pactado en tal forma, debe ser respetada. De no precisarse la condición de la retribución, podría atribuirse a la prestación accesoria una retribución relegada, en razón de su carácter accesorio a la acción, hecho que se consideraría injusto, pues el carácter retributivo es precisamente por la prestación brindada a la sociedad; por lo tanto, debe tratarse en forma separada del dividendo de la acción. En comentario de Barba de la Vega, resulta dudosa la validez de la mención estatutaria que conecte la remuneración de las prestaciones accesorias con los dividendos cuya distribución pueda acordar la junta general de la sociedad, al estar en manos de esta, en tal supuesto, la suerte de la contrapartida²², a menos que se entienda que entonces lo pertinente es trasladar el centro de gravedad del problema al eventual ejercicio abusivo por parte de la sociedad de sus facultades decisorias en cuanto al reparto de las ganancias sociales, hecho que legitimaría al socio perjudicado para accionar.

La retribución podrá fijarse en una cantidad determinada y única, o en una periódica, como un porcentaje del dividendo, o fijarse libremente por las partes. Comenta María Gómez que, en relación con la legislación española,

[...] lo que deberá observarse es la determinación del *quantum* de la remuneración, precisarse la debida proporcionalidad con el valor real de la prestación accesoria de que se trate. Porque si, ciertamente, nuestro legislador de 1989, a diferencia del alemán (artículo 61 de la *AktG*) y del portugués (artículo 287.3 del *C. Com.*), no ha acogido expresamente tal exigencia —de la que, sin embargo, parece hacerse eco la LSRL de 1953, cuando en su artículo 10 precisa que la compensación de las prestaciones accesorias debe hacerse con cargo a beneficios (reales, y no ficticios), se trata de un límite imprescindible para la defensa del capital social, tanto en interés de los acreedores de la sociedad como de los demás socios, en cuanto que con él se pretende evitar una devolución en cubierta de las aportaciones realizadas en su día por los socios prestadores²³.

Rodrigo Uria señala como otra modalidad que la compensación puede consistir en la reserva al socio de un determinado cupo de los productos elaborados por la sociedad, o en la cesión del uso temporal de determinados elementos del patrimonio social (maquinaria, locales), o en el compromiso de la persona jurídica de no hacer competencia al accionista prestador en la zona territorial en que este despliegue su actividad²⁴. Con todo, las posibilidades que tiene la sociedad a este respecto no son ilimitadas.

²² BARBA DE LA VEGA (1984).

²³ GÓMEZ MENDOZA (1991).

²⁴ URIA GONZÁLEZ (1956: 332).

En cuanto a las consecuencias del incumplimiento por la sociedad de su deber de retribuir, se guarda silencio. Al respecto, Beltrán²⁵ señala que ese silencio crea un delicado problema, ya que la naturaleza societaria que se ha de reconocer a la obligación de prestaciones accesorias hace que sus vicisitudes puedan acabar repercutiendo en el entero vínculo que liga a la sociedad con el accionista prestador. A este propósito, mientras no parece haber dificultad en admitir que el accionista pueda pretender de la sociedad la satisfacción de lo prometido en forma específica, y/o exigir en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora, o negarse a seguir cumpliendo hasta tanto, se le remunere, o incluso resolver la relación «accesoria» que le liga con la sociedad, la solución favorable se presenta mucho más difícil en cuanto a las posibilidades del socio-prestador de provocar una suerte de rescisión parcial del contrato de sociedad. Por aplicación de principios generales hay que entender, no obstante, que el accionista que no ha visto satisfecho su derecho de retribución puede compensar su crédito frente a la sociedad con la cuota parte de la deuda de dividendos pasivos pendientes que sobre él pese.

7. INCUMPLIMIENTO DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

Ante el incumplimiento de la prestación accesoria debe afrontarse el tema desde una orientación civil, es decir, exigir el cumplimiento o pedir la resolución del contrato, sin perjuicio de reclamar los daños y perjuicios ocasionados a la sociedad por ese incumplimiento. Manuel de la Cámara comenta que en este supuesto cabe pensar en otro tipo de sanciones y, señaladamente, en la exclusión del accionista de la sociedad²⁶, lo que en opinión de Galgano²⁷ podría encauzarse por la vía de un rescate de las correspondientes acciones, hipótesis en la cual habrán de tenerse en cuenta las previsiones legales concernientes a la adquisición por la sociedad de sus propias acciones y a la reducción del capital.

Nos comenta María Gómez que en la doctrina y el derecho comparados la respuesta al interrogante respecto del incumplimiento no es unitaria:

Así, mientras los autores alemanes se muestran reacios a reconocer a la sociedad la facultad de provocar la rescisión parcial del contrato por esa causa, por entender que, a partir del parágrafo 64 de la *AktG*, ese tipo de reacción está reservado legalmente para el caso del socio moroso en el pago de los dividendos pasivos, y el derecho portugués solo parece admitirla si hay disposición estatutaria expresa en tal sentido (artículo 287.4 del *C. Com.*). En la doctrina italiana predominan los

²⁵ BELTRÁN SÁNCHEZ (1988: 58-59).

²⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1987: 118).

²⁷ GALGANO (1974: 159).

partidarios de la exclusión sobre la base de la aplicación analógica de la disciplina sobre el incumplimiento de la obligación de dividendos pasivos²⁸.

A la luz de las normas societarias españolas, que en este sentido la nuestra legislación nacional no aporta elemento clarificador, nos comenta esta autora:

No alterados por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (TRLSA) los datos normativos fundamentales en este asunto, la solución del problema sigue siendo muy dudosa en la actualidad. A este respecto es muy probable que para alcanzar algún resultado válido haya que dar la debida relevancia al carácter tendencialmente personalista de las obligaciones de realizar prestaciones accesorias. Si así se reconociera el *intuitu personae* que hace acto de presencia en las sociedades anónimas con esta clase de obligaciones debería permitir una aproximación en el tratamiento jurídico de los problemas que, con características muy semejantes, se den entre aquellas y las sociedades de conformación personalista. En este sentido, debería proceder la aplicación analógica de la regla consignada en el artículo 218.7 del Código de Comercio. Es obvio que para esa aplicación que se sugiere será necesario acreditar que se trata de un auténtico incumplimiento o de una reiterada negativa a proceder conforme a lo convenido. Solo entonces, si a la sociedad le conviene esa solución, ha de admitirse que pueda liberarse de la presencia en su seno del socio incumplidor²⁹.

Llevado este comentario a nuestra legislación nacional, lo que se pretende es establecer la necesidad de la prestación para la sociedad, su carácter personalista, y la exclusión del socio por el incumplimiento de la prestación accesorias, que si bien se deriva de la condición de accionista, su incumplimiento es de tal naturaleza que amerita la exclusión del socio.

8. TRANSMISIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

En la legislación derogada, el artículo 101 precisaba que los títulos a los cuales era conexas la obligación de las prestaciones accesorias no se podían transferir sin el consentimiento del directorio, y cuando reglaba la misma institución jurídica para el caso de la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 277 puntualizaba que las cuotas de participación a que era conexas la obligación de las prestaciones antedichas se podían transferir solamente con el consentimiento de los administradores. Este carácter personalista conllevaba la intervención de la sociedad a fin de evaluar si el sustituto, en la condición de accionista o socio, tenía las mismas condiciones relevantes para cumplir con la prestación accesorias endilgada a la condición de socio. En la ley vigente no encontramos sometimiento alguno a la

²⁸ GÓMEZ MENDOZA (1991).

²⁹ GÓMEZ MENDOZA (1991).

voluntad de la sociedad para permitir la transmisión de la condición de socio, y consecuentemente la del obligado en la prestación accesoria. De primera intención parece quebrarse toda la consistencia de esta institución.

En otras legislaciones, como la española (artículo 65 de la Ley de Sociedades Anónimas), se señala que la transmisibilidad de las acciones cuya titularidad lleve aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias quedará condicionada, salvo disposición contraria en los estatutos, a la autorización de la sociedad... Con lo cual se advierte una orientación personalista en las prestaciones accesorias, y un supuesto natural para que la sociedad limite la transmisibilidad de las acciones, como una manera de asegurarse de que el *accipiens* está en condiciones de satisfacer las legítimas expectativas societarias³⁰.

Salvo en el caso de la norma relativa a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, que señala que en el estatuto debe indicarse «la referencia a la posibilidad de que las prestaciones accesorias sean transferibles con el solo consentimiento de los administradores», podríamos señalar que la ley societaria peruana no hace precisión alguna en cuanto a limitar a la transmisión de las acciones o la posición del accionista. El artículo 75 no contiene una norma similar a la del inciso 2 del artículo 294 de la LGS. Sin embargo, no obstante dicha falta de precisión, podemos concluir que no se trata de otro tema que el de la sustitución del deudor, que no puede tener lugar sin el consentimiento del acreedor. En este caso el acreedor, es decir la sociedad, deberá manifestarse respecto de la sustitución del obligado a la prestación accesoria, prestación que de por sí está ligada por naturaleza a la condición de socio, por lo que el tema por resolver se sustrae a si dicha autorización la debe otorgar la junta general de accionistas, el directorio o el gerente general. Al respecto, por la calidad y las atribuciones del directorio, corresponde a este órgano administrador otorgar el consentimiento, salvo que en forma expresa se haya delegado esta facultad al gerente de la sociedad. Sin embargo, en sociedades de carácter cerrado, dicha facultad autoritativa debería recaer en la junta general de socios, pues el carácter constitutivo y unánime de la prestación accesoria pudo haber sido determinante para la formación de la voluntad social. En tal sentido, no es extremadamente rigurosa la inclusión en los estatutos de una cláusula por la que se supedite sin excepciones a la autorización de la junta general la transmisión de las acciones con prestaciones accesorias³¹. De imponer dicha restricción en el estatuto de la sociedad, será conveniente regular un plazo para su consentimiento tácito, o la obligación de adquirir las acciones por parte de la sociedad.

³⁰ BROSETA PONT (1963: 24-27).

³¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1987: 119).

9. MODIFICACIÓN DE LAS PRESTACIONES ACCESORIAS

El antecedente de la exigencia del consentimiento de todos los socios para la modificación de la prestación accesoria se encuentra en el derecho alemán. Dicho requisito está contenido igualmente en la ley española de 1951; y en el derecho italiano, la previsión es que la modificación estatutaria sea aprobada por «todos los socios», a menos que el acto constitutivo de la sociedad disponga otra cosa (artículo 2345 del Código Civil).

Según el artículo 75 de la LGS, la modificación de las prestaciones accesorias y de los derechos que estas otorguen solo podrá acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o los accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa. Por otro lado, el artículo 294, relativo a la sociedad comercial de responsabilidad limitada, deja en libertad de lo que se establezca en el pacto social la determinación de las modificaciones de las prestaciones accesorias, y lo relevante del caso es que no impone como condición que se inserte en el pacto social norma alguna sobre la modificación de la prestación accesoria. Ante este hecho, mal podríamos pretender aplicar por analogía la norma contenida en el artículo 75 relativo a las prestaciones accesorias aplicables a la sociedad anónima, pues las normas restrictivas no podemos aplicarlas por analogía, en aplicación del artículo IV del Título Preliminar del Código Civil. Por lo demás, la Ley de Sociedades, al tratar sobre las sociedades de responsabilidad limitada, precisa en el último párrafo del artículo 294 que «[...] la convocatoria y la celebración de las juntas generales, así como la representación de los socios en ellas, se regirán por las disposiciones de la sociedad anónima en cuanto les sean aplicables», no pudiendo incluir en este contexto las modificaciones de las prestaciones accesorias. Sin embargo, en el caso de la sociedad comercial de responsabilidad limitada dicha facultad modificatoria debe recaer en la misma junta general, pues este órgano creó la prestación accesoria y por lo tanto es el único que puede modificarla, salvo que en atribución expresa del estatuto o pacto social se delegue dicha facultad a la gerencia general de la sociedad. Si se trata de someter la modificación de la prestación accesoria a la junta general, el tema a determinar es si dicha modificación debe contar con el voto mayoritario de los socios o merece la unanimidad. Si aplicáramos por analogía las normas de la sociedad anónima para los efectos de la celebración de las juntas de socios, deberíamos concebir que si bien las prestaciones se crean por la unanimidad de los socios, pues vienen inmersas en un pacto de creación de la sociedad, en el caso de la modificación el supuesto necesario es que el socio afectado con la modificación deba prestar su consentimiento; y además, el consentimiento mayoritario de los accionistas. Esta problemática no estaba presente

en la ley anterior, dado que el artículo 277, en su última parte, señalaba que «Las cuotas a las que es conexas la obligación de las prestaciones antedichas son transferibles solamente con el consentimiento de los administradores».

Llevado el caso a la sociedad anónima, tenemos que señalar que el artículo 75 contiene una mayor precisión, pues dicha norma es imperativa y señala que el consentimiento de la modificación debe ser por unanimidad y con el consentimiento del socio afectado. Llama la atención la redacción del artículo 75, que a la letra dice: «Las modificaciones de las prestaciones accesorias y de los derechos que estas otorguen solo podrán acordarse por unanimidad, o por acuerdo de la junta general cuando el accionista o accionistas que se obligaron a la prestación manifiesten su conformidad en forma expresa», lo cual no refiere una aparente contradicción, pues se trata de un acuerdo unánime, o acuerdo mayoritario absoluto, en el cual el accionista que se obligó presta su conformidad. Debemos entender al respecto que la unanimidad es en relación directa con el pacto social; es decir, el pacto social no se modifica por mayoría sino con el consentimiento de todos aquellos que prestaron su consentimiento, en tanto que el estatuto de la sociedad se modifica por el principio de las mayorías, supuesto que con extrema sutileza advierte el artículo 75 de la LGS. Por otra parte, en cuanto a la ley anterior, la norma era más estricta pues requería mayoría calificada para aprobar las prestaciones accesorias. El último párrafo de dicha norma contemplaba que «Si no se ha dispuesto otra cosa en el acto constitutivo, las obligaciones previstas en este artículo no pueden ser modificadas sin el consentimiento de los socios obligados y acuerdo de la junta general, con los requisitos señalados para la modificación del estatuto».

BIBLIOGRAFÍA

BARBA DE VEGA, José

1984 *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid: Montecorvo.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo

2004 *Comentarios a la Ley General de Sociedades*. Cuarta edición, revisada y corregida. Lima: Gaceta Jurídica.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio

1988 *Los dividendos pasivos*. Madrid: Civitas.

BROSETA PONT, Manuel

1963 *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*. Madrid: Tecnos.

BRUNETTI, Antonio

1960 *Tratado del derecho de las sociedades*. Tomo II. Buenos Aires: Hispanoamericana.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo

1997-2006 *Derecho societario. Parte general. Los socios. Derechos, obligaciones y responsabilidades*. Buenos Aires: Heliasta.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel

1987 «Fundación: escritura y estatutos. Suscripción y desembolso». En UREBA, Alberto Alonso y otros (directores). *La reforma del derecho español de sociedades de capital*. Madrid: Civitas, pp. 61 y ss.

ELÍAS LAROZA, Enrique

2002 *Derecho societario peruano. La Ley General de Sociedades en el Perú*. Lima: Normas Legales.

GALGANO, Francesco

1974 *La società per azione*. Primera edición. Bolonia: Zanichelli.

GARRIGUES, Joaquín

1981 *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo 1. México DF: Porrúa.

GÓMEZ MENDOZA, María

1991 «La configuración estatutaria de las prestaciones accesorias en la sociedad anónima». En UREBA, Alberto Alonso (coordinador). *Derecho de las sociedades anónimas*. Tomo I, *La fundación*. Madrid:

HALPERIN, Isaac

1978 *Curso de Derecho Comercial*. Tomo I. Buenos Aires: Depalma.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo

2004 «La exclusión de accionistas por falta de pago de aportes». En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, volumen 10, número 70, pp. 115-122.

MERCADO NEUMANN, Gonzalo

2002 «La exclusión de accionistas ante el incumplimiento de las prestaciones accesorias y obligaciones adicionales». *Ius et Praxis*. Lima, Universidad de Lima, número 33, pp. 123-128.

MONTOYA MANFREDI, Ulises

1966 *Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles*. Lima: San Marcos.

PEÑAS MOYANO, María Jesús

1996 *Las prestaciones accesorias en la sociedad anónima*. Pamplona: Aranzadi.

ROJO FERNÁNDEZ, Ángel

1977 «Génesis y evolución de las prestaciones accesorias». *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, número 145, pp. 271-308.

TORRALBA SORIANO, Vicente

1966 «Las prestaciones accesorias en la Ley de Sociedades Anónimas. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Tomo II. *Sociedades mercantiles*. Madrid: Civitas, pp. 2589-2608.

URIA, Rodrigo

1956 *Las prestaciones accesorias en la sociedad de responsabilidad limitada española*. Conferencia pronunciada en el Ateneo Mercantil de Valencia. Valencia: Vives Mora.

URIA GONZÁLEZ, Rodrigo, Aurelio MENÉNDEZ y Javier GARCÍA DE ENTERRIA

1999 «La sociedad anónima: aportaciones sociales y desembolso del capital». En Uria, Rodrigo y Aurelio Menéndez. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo 1. Madrid: Civitas.

VERÓN, Alberto Víctor

1982 *Sociedades comerciales*. Tomo 1. Buenos Aires: Astrea.