

La aportación social en uso

SUMARIO: INTRODUCCION.—Primera parte: CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO.—1. LA APORTACION SOCIAL. TITULO DE LA APORTACION. 2. LA APORTACION QUOAD USUM.—3. PRESUNCION FAVORABLE A LA APORTACION EN PROPIEDAD CUANDO NO CONSTA EL TITULO.—4. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE APORTACION EN USO: 4.1. CONCEPTO DE USO. 4.2. CONCEPTO DE APORTACION EN uso: 4.2.1. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «del» usufructo.* 4.2.2. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «del» arrendamiento:* 4.2.2.1. Sentencias que han declarado la existencia de traspaso antes de la LAU de 1994: 4.2.2.1.1. Con anterioridad a la LAU de 24 de diciembre de 1964. 4.2.2.1.2. Con posterioridad a la LAU de 24 de diciembre de 1964. 4.2.2.2. Sentencias que han declarado la existencia de cesión en uso antes de la LAU de 1994. 4.2.2.3. ¿Quid con posterioridad a la LAU de 1994? 4.2.3. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «de» derechos arrendaticios.* 4.2.4. *La aportación «en» uso es distinta del subarriendo a favor de la sociedad.* 4.2.5. *La aportación «en» uso es distinta del arrendamiento a favor de la sociedad.—5. APORTACION EN USO Y APORTACIONES FIDUCIARIA, INDIRECTA, SIMULADA Y DISIMULADA.—6. NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO: 6.1. NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO DE COSA NO CONSUMIBLE. 6.2. NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO DE COSA CONSUMIBLE.—7. CARACTERES DEL DERECHO APORTADO: 7.1. CARÁCTER PERSONAL DEL DERECHO APORTADO. CONSECUENCIAS: 7.1.1. *El acto de aportar en uso, acto constitutivo y de administración.* 7.1.2. *Inoponibilidad a terceros, salvo posible inscripción registral:* 7.1.2.1. Cuando se trata de inmuebles. 7.1.2.2. Cuando se trata de otros bienes registrables. 7.2. CARÁCTER TEMPORAL DEL DERECHO APORTADO.—8. BIENES APORTABLES EN USO: 8.1. EL DINERO. 8.2. Los CRÉDITOS. 8.3. LA APORTACION EN USO DE COSA ARRENDADA. Segunda parte: REGIMEN DE LA APORTACION EN USO.—1. REQUISITOS DE LA APORTACION EN USO Y ADECUACION AL FIN SOCIAL.—2. OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE RELATIVAS A LA APORTACION QUOAD USUM: 2.1. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APORTACION DE COSA NO CONSUMIBLE: 2.1.1. *La obligación de entregar la cosa.* 2.1.2. *La obligación de mantener en el uso y goce de la cosa aportada.* 2.1.3. *La obligación de reparar.* 2.1.4. *La obligación de saneamiento.* 2.2. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APORTACION DE COSA CONSUMIBLE: 2.2.1. *La obligación de entregar la cosa.* 2.2.2. *La obligación de saneamiento.—3. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD RELATIVAS A LA APORTACION.**

TACION. LA OBLIGACION DE RESTITUCION.—4. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE DE COSA NO CONSUMIBLE: 4.1. INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE: 4.1.1. *Incumplimiento de la obligación de entregar, no imputable (la pérdida fortuita)*. 4.1.2. *Incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce, no imputable*. 4.2. INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE: 4.2.1. *Incumplimiento de la obligación de entregar, imputable*. 4.2.2. *Incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce, imputable*.—5. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE DE COSA CONSUMIBLE.—6. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA: 6.1. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA, CUANDO ES NO CONSUMIBLE. 6.2. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA, CUANDO ES CONSUMIBLE.—7. LA IMPUTACION DEL RIESGO: 7.1. CUANDO EL RIESGO ES DEL SOCIO. 7.2. CUANDO EL RIESGO ES DE LA SOCIEDAD.—8. LA RESTITUCION DE LOS BIENES DADOS EN USO: 8.1. EL OBJETO DE LA RESTITUCIÓN. 8.2. EL MOMENTO DE LA RESTITUCIÓN: 8.2.1. *Cuando el término de la aportación coincide con el de la sociedad*. 8.2.2. *Cuando el término de la aportación no coincide con el de la sociedad*.

La aportación social en uso (o *quoad usum*) es una forma de aportación contemplada por el Código Civil para la sociedad civil (arts. 1.687 y 1.701 del Código Civil), aunque admitida, también, para la sociedad mercantil capitalista (arts. 36.2 LSA y 18 LSRL). Sin embargo, su regulación es extremadamente parca, por lo que es preciso construir (principalmente por el recurso a la analogía) su sistema, y apenas es conocida por la doctrina. Por lo que toca a la doctrina civilista, porque apenas muestra interés por la sociedad civil, y por lo que respecta a la mercantilista, porque su preocupación se ha centrado en las novedades del Derecho de sociedades.

Sin embargo, es un tipo de aportación que tiene gran atractivo. En particular, tiene el atractivo, respecto a la aportación en propiedad, de que el socio tiene la seguridad de recuperar un día (previamente conocido) su aportación, libre de toda carga; mientras que la restitución del bien aportado en propiedad está sometida a muy diversa suerte. Así, para el propietario que quiera invertir un bien sin asumir el riesgo de perderlo, la aportación en uso a una sociedad puede ser más interesante que el arrendamiento a esa sociedad (figura con la que guarda gran parecido), porque aquella aportación es fuente de derechos sociales y confiere al propietario la cualidad de socio. Por otro lado, si la aportación se hace a una sociedad de capital, se une al atractivo de la responsabilidad limitada, el de la recuperación *in natura* de los bienes aportados. Más no se puede pedir.

Sobre todo es un tipo de aportación interesante para las sociedades de profesionales, porque, con una aportación en uso de bienes de uso profesional (locales, instrumental, equipos, etc.), el profesional se asegura la continuación individual de su profesión, una vez disuelta la sociedad. De hecho, en Francia, la aportación en uso [*apport en jouissance*] es mencionada expresamente

en los decretos de aplicación de la Ley número 66-879, de 29 de noviembre de 1966, que regula este tipo de sociedades.

Sobre esta aportación, todos son interrogantes. Cuestiones como la de la integración de la aportación en uso en el patrimonio social, o la de la naturaleza de lo aportado (¿se trata de un derecho real o de un derecho personal?); o la de la atribución definitiva de la condición de socio al aportante, cuando resulta que la cesión en uso es siempre temporal; o la de los bienes susceptibles de este tipo de aportación; o la de las consecuencias de su incumplimiento; o, en fin, la de los riesgos o la de los derechos del socio en la liquidación, que sólo pueden ser resueltas, después de haber configurado jurídicamente la institución, deslindándola de otras figuras, y calificando al derecho aportado de personal, y, por tanto, de temporal, cuyo régimen debe obtenerse de una adecuada aplicación de las reglas del arrendamiento (en la aportación de cosa no consumible) y del mutuo (en la aportación de cosa consumible), siempre y cuando la diferente causa de cada uno y los principios del Derecho de sociedades no lo impida.

INTRODUCCION

La aportación social *quoad usum* es una forma de aportación contemplada por el Código Civil para la sociedad civil, aunque admitida, también, para la sociedad mercantil (1). Se trata de una figura venerable, reconocida por el Derecho antiguo, acogida por los redactores del Código Civil francés (2) y, a través de él, por los del nuestro. Pero, también, de una figura parcamente regulada, poco empleada en la práctica y apenas conocida por la doctrina (3). Por lo que toca a la doctrina civilista, porque apenas muestra interés por la sociedad civil, y por lo que respecta a la mercantilista, porque su preocupación se ha centrado en las novedades del Derecho de sociedades.

(1) En principio, el régimen de la sociedad civil es el régimen básico de la sociedad general, y la disciplina de aquélla es de aplicación subsidiaria a cualquier tipo de sociedad mercantil (salvo que, por motivos estructurales del tipo concreto que sea, algún aspecto del régimen general no le sea aplicable). Cfr. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil», en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia (ed.), Madrid, 1993, t. II, págs. 1301 y sigs.

(2) En el Código Civil francés, en su redacción originaria, la aportación en uso (*apport en jouissance*) aparecía en el artículo 1.837 (relativo a la sociedad universal de bienes), en el 1.851 (referente al riesgo de la cosa aportada) y en el 1.867 (relativo a la disolución de la sociedad); tras la reforma realizada por la Ley de 4 de enero de 1978, se recoge en el artículo 1.843.3.º

(3) Con relación al Derecho español, no existe ningún estudio específico y apenas se hace una ligera mención en los tratados; sólo en los diversos comentarios al Código Civil se puede encontrar una mención más extensa, pero, en cualquier caso, breve a esta clase de aportación. Con relación al Derecho francés (fundamentalmente, de sociedades

Hemos afirmado que se trata de una figura que pocas veces aparece en la práctica. Digamos ahora, con más precisión, que aparece pocas veces directamente pactada en el contrato de sociedad, pero muchas, implícitamente querida por los socios cuando la sociedad está desprovista de personalidad jurídica. Lo decía don JERÓNIMO GONZÁLEZ en una de las raras referencias que, a esta aportación, pueden encontrarse:

«Las aportaciones a una sociedad, si por un lado son verdaderas enajenaciones cuando la misma tiene personalidad jurídica distinta de la de los socios, se hallan afectadas, de otro, por la continuidad del contacto con el antiguo dueño, hasta el punto de que, en muchas ocasiones, no se sabe si éste ha querido desprenderse de cuotas ideales a favor de sus compañeros o solamente hacer comunes el uso y los frutos de las cosas aportadas» (4).

Se ignora todo sobre su funcionamiento, y por doquier se suscitan interrogantes. Cuestiones como la de la integración de la aportación en uso en el patrimonio social; o la de la naturaleza de lo aportado (¿se trata de un derecho real o de un derecho personal?); o la de la atribución definitiva de la condición de socio al aportante, cuando resulta que la cesión en uso es siempre temporal, o, en fin, la de los riesgos o la de los derechos del socio en la liquidación.

A todos estos problemas de orden teórico habría que añadir otro de orden práctico, que es el de la dificultad técnica de la valoración del uso y del goce (5). Pero ni aquéllos ni éste constituyen cuestiones insolubles. Frente a ellos debería pesar esta otra consideración: que, en el contexto económico actual parece un lujo prescindir de un medio de contribución al fin societario

mercantiles): HAUTCOEUR, R., *Les apports á prestations successives ou continues dans les sociétés (Apports en jouissance, Apport en travail)*, Thèse pour le doctorat, Lille, 1928; BULTE, H., «Actes soumis á publicité: Acte de société contenant un apport en jouissance d'immeuble», *Jurisclasseur périodique (édition notariale)* (1969), IV, 4666; CAUDRON, J., «Droit comptable et apport en société de la nue-propriété d'un bien, de son usufruit, de sa jouissance, ou d'une industrie», *Revue de droit comptable* (1991), núm. 1, págs. 19 y sigs.; HOUPIN, C., «De l'apport de jouissance ou de nue propriété á une société par actions ou á responsabilité limitée contre l'attribution d'actions ou de parts de capital», *Journal des sociétés* (1931), 129; MORIN, G., «Groupeent agricole d'exploitation en commun. Apport en propriété et apport en jouissance d'un bail rural. Comparaison», *Répertoire du Notariat Defrénois* (1979), artículo 31.903; REGNAUT-MOUTIER, CORINNE, *La notion d'apport en jouissance*, París, 1995; SCHWAB, P., «Quelques considérations sur l'apport en jouissance dans les sociétés de capitaux (á l'occasion de l'arrêt de la Cour d'Aix 31 mai 1951)», *L'informateur du chef d'entreprise* (1952), 154.

(4) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO, «Cosas fungibles», en *Estudios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1948, pág. 205.

(5) Sobre la valoración de la aportación en uso, se tratará en un próximo artículo.

común y, por ende, a la financiación de la sociedad; medio que el legislador ha puesto al alcance de ésta, y que es la aportación *quoad usum* (6); medio que puede resultar especialmente atractivo para determinadas sociedades, como las de profesionales (de hecho, en Francia, la aportación en uso [*apport en jouissance*] es mencionada expresamente en los decretos de aplicación de la Ley número 66-879, de 29 de noviembre de 1966, que regula este tipo de sociedades) (7).

En particular, la aportación *quoad usum* tiene el atractivo, respecto a la aportación en propiedad, de que el socio tiene la seguridad de recuperar un día (previamente conocido) su aportación, libre de toda carga; mientras que la restitución del bien aportado en propiedad está sometida a muy diversa suerte, sea porque el bien aportado ha servido para pagar a los acreedores, sea porque la sociedad ha dispuesto del bien en algún momento de la vida social, sea porque lo ha perdido. Así, para el propietario que quiera invertir un bien sin asumir el riesgo de perderlo, la aportación en uso a una sociedad puede ser más interesante que el arrendamiento a esa sociedad, porque aquella aportación es fuente de derechos sociales y confiere al propietario la cualidad de socio. Y si la aportación se hace a una sociedad de capital, se une al atractivo de la responsabilidad limitada, el de la recuperación *in natura* de los bienes aportados.

Pero, a pesar de tanta ventaja, hay que reconocer la escasa frecuencia de esta clase de aportación. Tal vez, la explicación a esta paradoja esté precisamente, como dice REGNAUT-MOUTIER, en su atractivo, que hace sospechar a los prácticos que una situación tan favorable deba esconder algo ilícito (8).

Que la aportación sea en uso y no en propiedad, repercute decisivamente en la vida de la sociedad y en las relaciones del socio con ésta, porque, como veremos más adelante, la obligación de aportar no se extingue con la entrega de la cosa sino que permanece en el tiempo. Y repercute en aspectos concretos como es el de los riesgos y el de la pérdida de la cosa aportada, así como

(6) Como ha señalado Regnaud-Moutier: «Quand on sait l'importance économique des apports, qui constituent ou devraient constituer le moyen de financement privilégié de la société pour exercer ou au moins démarrer son activité, et l'importance juridique de ces apports, sans lesquels une société en saurait exister, on en peut admettre que la pratique se prive d'un outil juridique que la loi met à sa disposition pour la seule raison qu'elle n'a pas les moyens de maîtriser cet outil.» (REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 5).

(7) Sobre esta regulación, vid. TERRE, F., «Les sociétés civiles professionnelles», en *Jurisclasseur périodique* (1967), I, 2103.

(8) «C'est qu'en effet la situation apparaît si favorable que l'on a pu se demander si elle n'avait pas pour résultat d'exonérer l'apporteur de toute participation aux pertes et être ainsi entachée d'illicéité, la question s'étant surtout posée à l'égard de l'apport en jouissance de choses fongibles» (REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 75).

en el de la restitución de los bienes dados en uso. También tiene consecuencias respecto al derecho a la denuncia libre o *ad nutum*, que los socios tienen en las sociedades de duración indefinida, y que no tienen, por contra, en las de duración limitada (9); porque la duración limitada de la sociedad se puede deducir no sólo del pacto social y de la naturaleza del negocio (es el caso de las sociedades ocasionales), y del objeto social (explotación de un derecho que caduca [patente, concesión, etc.] o alcanzar un resultado determinado), sino también del título de la aportación; y ese es el caso de las sociedades con aportación de un socio en uso por tiempo determinado, cuando el bien aportado sea esencial para el cumplimiento del objeto social.

Primera parte

CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO

1. LA APORTACION SOCIAL. TITULO DE LA APORTACION

La aportación es la prestación prometida por el socio en el contrato de sociedad; es la obligación fundamental que tiene éste, derivada del contrato: es, pues, el *objeto del contrato* de sociedad (10). A su vez, la aportación está al servicio del *objeto de la sociedad*: «la esencia de la aportación —dice GARRIGUES— consiste en ser medio para conseguir el fin común» (11), por eso «es aportación todo lo que sea adecuado como medio de obtención de una ganancia (cosas, dinero, mercancías, derechos de propiedad industrial o intelectual, una empresa entera, servicios personales, conocimientos técnicos, etc.)» (12). La idea de utilidad económica, de susceptibilidad para la

(9) El desistimiento de un socio es la causa de disolución número 4.º del artículo 1.700, que los artículos 1.705 a 1.707 desarrollan, y que, una vez que se realiza, abre el período liquidatorio (aunque si se ha previsto la continuación, lo que se producirá es la separación y la liquidación parcial). Se distinguen dos clases de denuncia: la ordinaria, que es la regulada en los artículos 1.705 y 1.706, y la extraordinaria, que es la regulada en el artículo 1.707. Tanto una como otra denuncia es un derecho potestativo que corresponde a todos los socios; derecho que se ejerce por medio de una declaración de voluntad recepticia: para la ordinaria lo dice el artículo 1.705: «debe ponerse en conocimiento de los otros socios», pero lo mismo ha de decirse para la extraordinaria del artículo 1.707.

(10) El objeto de la sociedad es, en último extremo, el fin común perseguido, y de modo más inmediato, la actividad; mientras que la aportación es el objeto del contrato, o sea, el objeto al que se refieren los artículos 1.261 y 1.271 del Código Civil.

(11) «Con ánimo de partir [...] las ganancias», dice el artículo 1.665 del Código Civil; «para obtener el lucro», afirma el artículo 116 del Código de Comercio.

(12) GARRIGUES, JOAQUÍN, *Curso de Derecho Mercantil*, 7.ª ed., t. I, Madrid, 1976, págs. 333 y 334. Simonetto, sobre la base del artículo 2.247 del *Codice Civile*, que se refiere genéricamente a «bienes y servicios» como objeto de aportación, dice que puede

obtención de beneficios en el marco del fin social, como veremos, tiene diversas consecuencias.

Decimos que la obligación de aportar es la obligación que tiene el socio, encaminada a la obtención del fin social, pero también es cierto que no es la única obligación del socio referida a ese objeto. La obligación de aportar es parte de una obligación más amplia (que tienen todos los socios), que es la de contribuir a la consecución del fin común (la comunidad de contribución), y que engloba la obligación específica de hacer aportación, junto con otras obligaciones, como son las de colaborar en los gastos de conservación de las cosas comunes, la de sufragar las pérdidas, la de administrar y las diversas consecuencias que se derivan del deber de fidelidad (13).

Cuando se quiere hablar del título de la aportación, hay que tener en cuenta que se puede hacer en dos sentidos. En sentido estricto, en el cual el título (o causa) de la aportación es el contrato de sociedad (14), y en sentido amplio (que es el que empleamos aquí), en el cual el título es el «concepto» en el que se hace la aportación: es decir, el «conjunto de facultades y poderes que son puestos a disposición de la sociedad por el socio aportante sobre los bienes objeto de la aportación del mismo, ya que cabe establecer una gradación que vaya desde un máximo, representado por la transferencia definitiva a la sociedad de los bienes aportados, hasta un mínimo, representado por la comunicación exclusivamente de escasas facultades de uso de dichos bienes» (15).

Siguiendo la terminología clásica, el título con el que el socio hace su aportación puede ser: *quoad dominium*, *quoad usum*, *quoad sortem*, *quoad dominium et quoad sortem* y *quoad usum et quoad sortem* (16).

Aunque suponga adelantar conceptos, la aportación *quoad dominium* es la que hace el socio a título de propiedad, con transmisión del dominio; pero también la que hace de cualquier otro derecho, siempre que sea con transmi-

aportarse a la sociedad todo lo que sea idóneo para satisfacer el interés social (SIMONETTO, ERNESTO, «L'apporto nel contratto di società», en *Rivista di Diritto Civile*, IV [1958], pág. 11). También afirma que el contenido de la aportación puede ser cualquier prestación propia de un contrato de cambio» (*ibid.*, pág. 51).

(13) Para PAZ-ARES, la obligación esencial es la genérica, pero no la de hacer aportación. Así, para él, hay sociedad cuando hay compromiso de contribuir al fin común, aunque no haya aportación (lo que denomina participación a costa de los demás); sin embargo, si hubiera aportación con desentendimiento de los deberes genéricos, no habría sociedad sino donación (PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1412).

(14) CAPILLA RONCERO, FRANCISCO, «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 del Código Civil», en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, al cuidado de Manuel Albaladejo, t. XXI, vol. 1, Madrid, 1986, pág. 236. Simonetto entiende por aportación social «qualsivoglia prestazione effettuata appunto a titolo di conferimento "in società"» (SIMONETTO, *L'apporto nel contratto di società*, cit., pág. 11).

(15) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 236.

(16) GIRÓN TENA, JOSÉ, *Derecho de sociedades*, I, Madrid, 1976, págs. 217 y 218; PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1415.

sión de su titularidad plena. La aportación *quoad usum* es la aportación sólo del uso de la cosa, con lo que el socio conserva el derecho a recuperar la misma cosa aportada. La aportación *quoad sortem*, en cambio, es mucho más difícil de definir.

Actualmente, para una posición doctrinal, el título *quoad sortem* viene a dar explicación a la cuestión de los riesgos (17). El título *quoad sortem* no es, para ella, un título autónomo sino una variedad de cualquiera de los otros dos; aunque, más bien, del *quoad dominium*, porque lo normal es que las aportaciones *quoad dominium* sean a la vez *quoad sortem*, y porque no es habitual que las aportaciones *quoad usum* sean al mismo tiempo *quoad sortem*. La aportación, a la vez, *quoad dominium et quoad sortem* es la aportación a título de propiedad, con transmisión del dominio, pero sin reserva de la devolución de la cosa aportada a la terminación de la sociedad (por lo que su cuota de liquidación relativa a la devolución del capital no sufre alteraciones, aunque las cosas aportadas sí las hayan sufrido y el riesgo es de la sociedad. Por el contrario, la aportación sólo *quoad dominium* sería una aportación en propiedad pero con reserva de la devolución de la cosa aportada a la terminación de la sociedad (con lo que el socio sufriría las alteraciones de valor sobrevenidas, incluida la pérdida y la enajenación [el riesgo es entonces del socio]). La aportación *quoad usum et quoad sortem* sería la aportación con transmisión del uso y del derecho de disposición sobre la cosa, por lo que el socio tendría derecho al valor de las cosas aportadas, con independencia de las alteraciones de valor sobrevenidas, conservando, por tanto, la misma cuota de liquidación relativa al capital: el riesgo sería, así, de la sociedad. En la aportación sólo *quoad usum* (18), el socio cede el uso y tiene derecho a recuperar *in natura* el objeto de su aportación, padeciendo las alteraciones sobrevenidas (incluso, la pérdida, pero no la enajenación, que en este caso no puede darse): el riesgo vuelve a ser del socio, pero con menor alcance que en la *quoad dominium*, ya que no corre el riesgo de la enajenación.

Para otra posición científica sería menester prescindir, hoy, del título *quoad sortem* y, desde luego, evitar combinarlo con los otros dos existentes (19). No obstante, afirma que la aportación *quoad sortem* se asemeja mucho a la aportación en propiedad, aunque propiamente consista en una aportación a título fiduciario: es decir, en la transmisión de la titularidad real con conservación de la titularidad formal. En virtud de este título, el bien o derecho pasa a integrar (en las relaciones internas de los socios) el patrimonio social, aunque externamente siga a nombre del socio, soportando, el riesgo, la sociedad.

(17) Así, CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 241.

(18) De cosa no consumible.

(19) Así, PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1416. Es sintomático que la doctrina francesa, en absoluto, emplee esta categoría.

2. LA APORTACION QUOAD USUM

En el Código Civil no hay un precepto que establezca con claridad los diversos títulos en que puede hacerse la aportación; ni ninguno que defina lo que es aportación en uso; aunque esta clase de aportación está presente en tres artículos del Código: el 1.675, el 1.687 y el 1.701 (20). El primero se refiere a la aportación del «usufructo» en la sociedad universal de ganancias, aunque más bien debería decir del «uso». El segundo es relativo al riesgo de «cosas ciertas y determinadas, no fungibles, que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos». Y el tercero versa sobre la disolución de la sociedad por pérdida de la cosa aportada, cuando, «reservándose su propiedad el socio que la aporta, sólo ha transferido a la sociedad el uso o goce la misma».

También podría pensarse, a primera vista, que el artículo 1.678 del Código Civil, que menciona a la «sociedad particular» que tiene por objeto el uso de cosas determinadas o sus frutos, se refiere a una sociedad en la que la aportación se ha hecho a título de uso, y así lo ha entendido alguna sentencia (21). Pero este precepto se refiere a las sociedades para el uso y disfrute de una cosa, que son sociedades que rompen el módulo general de la sociedad (podría decirse que son una «anomalía» del sistema), al no perseguir el lucro, sino tener por finalidad el uso y disfrute de una cosa, pero que están admitidas —como se ve— por nuestra legislación civil. Siendo así que, porque la sociedad sea de uso y disfrute, no se prejuzga sobre el título de aportación que hayan hecho los socios, pudiendo ser en propiedad o en uso, aunque lo habitual es que la aportación sea con atribución a la sociedad de la propiedad de los bienes. Son sociedades, además, en las que no hay actividad común; sociedades de mera reglamentación. A las sociedades de uso y disfrute pertenecen las sociedades para la construcción o adquisición y uso de artefactos al servicio de sus respectivas explotaciones o industrias; y las sociedades para el uso de cosas comunes en las urbanizaciones privadas, como piscinas, centros de recreo, admitidas por la praxis notarial y registral (22).

(20) La aportación en propiedad tampoco está expresamente contemplada, pero el Código Civil la presupone en diversos artículos: 1.673, 1.674 y 1.681 del Código Civil.

(21) La STS de 3 de diciembre de 1959 cita, entre los preceptos que supuestamente se refieren a la aportación en uso, a este artículo 1.678.

(22) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 1402. Sin embargo, dice que no son sociedades de uso y disfrute las siguientes:

— Las sociedades de mera tenencia, pues, en el caso de que no sean ilícitas por no encubrir un fraude, son sociedades de tenencia y administración: es decir, con la finalidad de racionalizar la administración de un patrimonio (vid. art. 12.2 de la Ley 48/85, de 27 de diciembre).

— Las sociedades de cartera, que pueden ser sociedades civiles pero no de uso y disfrute, porque el fin es la rentabilización por cuenta propia (por cuenta ajena son las

Por lo que respecta al Código de Comercio, el silencio es absoluto sobre la aportación *quoad usum*, pues guarda incluso un silencio general sobre el título de la aportación (23).

Así las cosas, los problemas que se plantean al intérprete son innumerables. Y, entre todos ellos, el más acuciante es el relativo al contenido del derecho aportado; cuestión sin cuya solución es imposible dar un concepto de la aportación en uso. La primera cuestión, pues, es saber en qué consiste esta clase de aportación; dicho de otra manera, saber qué es lo que recibe la sociedad con una aportación en uso o goce: el tipo de derecho que adquiere (real o personal) y, por tanto, cómo queda integrado el patrimonio societario. Para ello contamos únicamente con las escuetas palabras del artículo 1.687, que habla de que «son comunes el uso y los frutos», y con las del 1.701 que habla de «reserva de propiedad», por un lado, y de «transferencia del uso o goce», por otro, contraponiendo aportación en propiedad (párrafo 3.º) a aportación en uso (párrafo 2.º).

En una primera aproximación, podemos decir que aportación en uso, por contraposición a aportación en dominio, no supone transferencia completa y definitiva del mismo derecho que tiene el aportante: por ejemplo, del derecho de propiedad.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 1.681 del Código Civil hace pesar sobre el aportante en propiedad la misma obligación de garantía que sobre el vendedor. De ahí se puede inducir no sólo que la operación de aportar *quoad dominium* es semejante a la operación de vender, sino que los

sociedades gestoras de cartera) de ciertos activos: inmuebles para su arrendamiento, obligaciones para obtener intereses, acciones para dividendos, etc., y deben distinguirse de las sociedades de inversión colectiva.

— Los clubes de inversión, que, según PAZ-ARES, aunque se configuren como comunidades son sociedades.

— Y las sociedades *holding* o sociedades de tenencia de participaciones en otra sociedad (PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1402).

(23) La legislación especial sí contiene referencias, como luego veremos, a la aportación en uso: respecto a la sociedad anónima, el artículo 6.2 de su Ley especial, y el artículo 133.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Con relación a la sociedad de responsabilidad limitada, el artículo 190.1 del mencionado Reglamento, que remite al artículo 133. Respecto a las cooperativas, no existe una referencia concreta, pero el artículo 72.3 de la Ley General de Cooperativas (Ley 3/1987, de 2 de abril), con cierto carácter excepcional —pues prevé como supuesto ordinario el de la aportación dineraria—, dice de las aportaciones que, «si lo prevén los Estatutos o lo acordase la Asamblea general, también podrán consistir en bienes y derechos». Ahí se incluye la aportación en propiedad, que es la «aportación en bienes» a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 72.3, pero también las de los párrafos siguientes (aportación de un derecho de crédito, aportación de una empresa o establecimiento), y se ha de incluir también, la aportación en uso ya que la amplia expresión del mencionado precepto, que habla de «bienes y derechos», indudablemente lo permite.

objetos susceptibles de venta también lo son de aportación en uso; y objeto de venta no es sólo el derecho de propiedad sino cualquier otro derecho transmisible (24). Por eso, aportación en propiedad ha de equivaler a aportación de una titularidad sobre el derecho de esa, más que a aportación del derecho de propiedad.

Pues bien, si la aportación en propiedad supone la enajenación de una titularidad, la aportación en uso no puede consistir en la enajenación de ninguna titularidad, de ningún derecho ni de ningún contrato. Por eso, la aportación de un derecho de usufructo (ya sea el que se tiene, ya sea el que se constituye *ad hoc*), sería una aportación en propiedad (25), e igualmente la aportación de un arrendamiento o de otro contrato. La aportación en uso o goce no es, pues, aportación de un derecho real o de crédito que tiene el aportante y del que se desprende, sino aportación de facultades de uso o goce de ese derecho que se tiene y que se conserva. En la aportación *quoad usum* se ceden sólo las facultades de uso del derecho que se tiene, sin ceder ese derecho. Es decir, que previa la titularidad por el aportante de un derecho que incluye la facultad de uso, éste atribuye, no el mismo derecho (pues eso sería aportación en propiedad, sucesión en el mismo derecho), sino esa facultad de uso. O sea, que si se tiene el usufructo, se trata de atribuir el derecho de uso sin desprenderse del usufructo; y si se tiene el arrendamiento, se trata de ceder el uso que constituye el contenido del arrendamiento, pero no el mismo arrendamiento.

No se transmite el título que se tiene, pero ¿se constituye un nuevo derecho con la facultad de uso? Sí. Ahora bien, ese nuevo derecho que se ha creado (y que se integra en el patrimonio de la sociedad si es externa) tiene como causa un contrato de sociedad, que es un título distinto a los otros que conceden un derecho al uso: arrendamiento o comodato (26).

(24) Pueden ser objeto de venta las cosas y los derechos, tanto los reales como los de crédito; y, entre los reales, tanto los que tienen por objeto un bien material, mueble o inmueble, como un bien inmaterial; y entre los de crédito, tanto los que son relativos a cosas, como a servicios; salvo que, en cualquiera de los casos, el derecho sea intransmisible o indisponible con independencia de otro derecho o cosa al que esté vinculado por una relación de *accesoriedad*. Vid. ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, *Derecho Civil, II (De derecho de obligaciones)*, vol. 2.º, 8.ª ed., Barcelona, 1989, págs. 17 y 18.

(25) Y lo mismo puede decirse de la *enfiteusis*, que también encierra en sí el uso y el goce.

(26) No obstante, algunos autores opinan lo contrario. Para Lacruz ello constituiría una aportación en uso, pues ella puede hacerse «por cualquier título que autorice a la sociedad el empleo de la cosa aportada, el goce de la fructífera, etc.» (LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil, II*, vol. 3.º, Barcelona, 1986, pág. 407).

3. PRESUNCION FAVORABLE A LA APORTACION EN PROPIEDAD CUANDO NO CONSTA EL TITULO

En la duda sobre si la aportación que hizo el socio fue en propiedad o fue en uso —duda que surge cuando la sociedad ha nacido tácitamente o *per facia concludentia*, y los extremos del pacto social no son explícitos—, ¿qué ha de entenderse? ¿Que la aportación fue hecha en propiedad? ¿Que lo fue en uso? En el Derecho común, la presunción era favorable al uso, siendo de Baldo aquellas palabras: «*potius in dubio intelligitur in societate positus usus cuam res*». Porque en el Derecho Civil tradicional se consideraba, por ser menos gravoso, que, en caso de duda, la aportación había sido hecha en uso.

Dice CAPILLA que esta solución era la adecuada a la sociedad *pecunia-opera*, es decir, a la sociedad en la que un socio aportaba su trabajo (industria), mientras que el otro aportaba bienes (27). La solución miraba a beneficiar (o a no perjudicar) al socio capitalista que, de esta manera, aseguraba recibir, a la disolución de la sociedad, los mismos bienes que había aportado, sin tener que compartir nada con el socio industrial. Pero nuestro Código Civil prefirió solucionar esta cuestión, negando al socio industrial, en general (es decir, con independencia del título de aportación del socio capitalista), toda participación en el capital para concedérsela, tan sólo, en los beneficios (art. 1.708 del Código Civil) —lo que supone no otorgar valor patrimonial alguno al trabajo—, sin establecer presunción alguna.

Sin embargo, en Derecho Mercantil, la antigua presunción favorable a la aportación en uso se fue invirtiendo en función de «la mayor separación entre el patrimonio de la sociedad y el de los socios, y a la conveniencia de proporcionar mayor garantía a los acreedores sociales»; puesto que, considerando que los bienes aportados están integrados plenamente en el patrimonio de la sociedad, ellos serán los primeros en responder frente a los acreedores sociales (28). Y por este último motivo (favorecer el interés de los acreedores), existe, entre los mercantilistas, la *communis opinio* favorable a la presunción del título de propiedad (29). Y esta presunción figuró ya en el Código de Comercio italiano de 1882, en su artículo 82.

Actualmente, aunque el Código de Comercio español guarda silencio, en la legislación especial mercantil aparece la presunción a favor de la apor-

(27) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 239.

(28) CAPILLA RONCERO, *ibid.*, pág. 240; pág. 51.

(29) VIVANTE, CESARE, *Instituciones de Derecho Comercial*, Madrid, 1928, pág. 110; BOLAFIO, *Derecho Mercantil*, trad. esp., Madrid, 1953, pág. 67; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, t. I, vol. 1, pág. 443, núm. 46.

tación en propiedad. Así, respecto a las sociedades anónimas, el 36.2 de su ley reguadora dice que «toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo»; y, respecto a las sociedades de responsabilidad limitada, el artículo 18 de su ley especial establece también esa misma presunción relativa a la aportación en propiedad.

En nuestro Código Civil no existe, como hemos dicho, una presunción favorable a la aportación en uso ni en propiedad, porque ni siquiera hay un precepto que establezca netamente la distinción (30). Para PAZ-ARES, en cambio, del segundo párrafo del artículo 1.687 se desprende la presunción de que cuando no consta el título de la aportación de las cosas fungibles, de las deteriorables, de las aportadas para ser vendidas o de las tasadas, la aportación ha de entenderse hecha a título de propiedad (31). Una, la de los bienes valorados en el contrato, porque «el legislador supone que la valoración es *venditionis causa* y no *taxationis causa*; y las demás (cosas consumibles, deteriorables, bienes destinados a la venta), por tener carácter de patrimonio circulante. Razón, esta última, por la que la presunción debería extenderse también a otros derechos con vocación circulatoria tales como los créditos, efectos, títulos, valores, etc. (32). Por otro lado, ve una presunción favorable a la aportación *quoad usum* en el artículo 1.676, porque, «en la medida en que es una concreción de la regla general establecida en el artículo 1.289 para los negocios gratuitos, podrá aplicarse cuando estemos en presencia de negocios mixtos de donación y sociedad» (33).

Sin embargo, con independencia de las sociedades mercantiles, que cuentan con una presunción legal explícita, no debe predominar ninguna presunción. Esa es la opinión de CAPILLA y de la mayor parte de la doctrina (34). Para este autor, resulta «poco adecuado formular criterios generales de preferencia por cualquiera de los títulos de aportación desechando pretendidos apoyos en preceptos [arts. 1.676 y 1.687] que propiamente no se encaminan a regular tal cuestión»; por lo que estima que «ante cada caso concreto habrá de procederse

(30) Tampoco, el Código de Comercio.

(31) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1430. Vid. *infra* «el riesgo en la aportación». En este sentido, propicio a la presunción de aportación en propiedad, se pronunció el Tribunal Supremo con anterioridad al Código Civil en las sentencias de 12 de julio de 1883 y de 23 de febrero de 1884, al entender que, en la duda, debía estimarse que se había transmitido la titularidad del derecho (propiedad u otro derecho) y no sólo el uso de una cosa.

(32) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1417.

(33) *Ibid.*, pág. 1416.

(34) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 240; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado extensamente*, XXV-1.º, Madrid, 1933, pág. 396; GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, cit., págs. 218-219.

a realizar la oportuna actividad interpretadora de la voluntad de las partes, acudiendo a los medios de integración del contrato que, con carácter general, se prescriben en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil». Se trata, pues, de elevarse hasta la voluntad real de los socios, en vez de hasta la voluntad presunta; aunque, *in extremis*, o sea, «cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos» 1.281 a 1.288, y por aplicación de la regla del artículo 1.289, relativa a los contratos onerosos (la causa onerosa es más próxima a la causa del contrato de sociedad que la causa lucrativa) (35), se estará en favor de la mayor reciprocidad de intereses, o sea, de la mayor transmisión de derechos; en definitiva, de la aportación en propiedad. Pero sólo en ese supuesto extremo.

Por su parte, la jurisprudencia más reciente también parece inclinarse por examinar cada caso (36). Así, para la sentencia de 17 de febrero de 1978:

«cuando los interesados no hayan expresado claramente su voluntad sobre el particular [corresponde determinar] en cada caso, a falta de reglas fijas en la materia, a los Tribunales, según su prudente apreciación, habiendo de interpretar la voluntad de las partes con arreglo a las normas de la interpretación de los contratos teniendo en cuenta además aquellas circunstancias de hecho que acompañen al contrato y puedan explicar el fin perseguido, pudiendo proporcionar un criterio seguro, el tipo de sociedad, la clase de bienes en que consistan las aportaciones, los valores respectivos de éstas y el sistema de distribución de ganancias y pérdidas» (37).

Y la sentencia de 27 de enero de 1995 dice que no pudo haber aportación en propiedad, y que la hecha lo fue en uso, porque el aportante no era propietario del bien, sino su padre, aunque hiciera la aportación con el consentimiento de éste; si bien reconoce que, «en nuestra legislación civil no existe precepto alguno que imponga al socio aportante la obligación previa de ser propietario».

(35) Para la doctrina francesa, incluso, la aportación en sociedad es un acto esencialmente a título oneroso, pues, a cambio del bien aportado, se reciben derechos sociales (REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 56, y los que cita). También la doctrina española, con relación a la sociedad capitalista, afirma que las acciones se dan «a cambio» de la aportación.

(36) Vid. también la STS de 3 de diciembre de 1959.

(37) En el mismo sentido se había pronunciado la STS de 8 de diciembre de 1959 y se manifestó después la STS de 2 de diciembre de 1989.

4. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE APORTACION EN USO

4.1. CONCEPTO DE USO

El término «uso» es muy vago en la terminología jurídica (38): puede ser desde un derecho real (el derecho de uso de los arts. 523 y siguientes del Código Civil) a una facultad; y esa facultad se puede tener en virtud de un derecho real o de un derecho personal (39). Por otro lado, el contenido del uso que se tiene o que se recibe puede ser diverso, según el derecho: en unos casos, comporta el estricto *usus* (40), y, en otros, además, el *fructus* (41). O según el carácter, fructífero o no, del objeto cedido o de la voluntad de las partes (42).

Evidentemente, en cada caso concreto de aportación en uso habrá que estar al contenido que las partes (los socios) hayan querido dar, pero, si no han sido explícitas en este punto, el «uso» ha de tomarse en el sentido más amplio, porque es el que propicia el artículo 1.687 con su expresión de que son comunes el uso y los frutos, y el artículo 1.701, en el que el uso se equipara al goce. Con otras palabras, que la aportación en uso, en principio, lo único que excluye es la facultad de disposición sobre el objeto de la aportación.

Decimos «en principio» porque la exclusión de la facultad de disponer no se da en todo supuesto de aportación en uso; sí se da en la aportación de cosa cierta y determinada (cosa no consumible), pero no en la de cosa consumible, porque su uso comporta necesariamente la *dispositio* (43). De ello trataremos más adelante.

(38) Y, además, en nuestro caso, en el artículo 1.675 se habla erróneamente de «usufructo».

(39) Las posibilidades de tener el uso en virtud de un derecho personal no se agotan con el arrendamiento y el comodato. Así, en el caso de la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (Secc. 4.^a), de 14 de abril de 1998, se trataba de la cesión del «uso y a perpetuidad de un local destinado a bar-cafetería [...], pudiendo cederlo, arrendarlo, traspasarlo y efectuar cuantos contratos estime oportunos de cara a su explotación como tal [pero no] enajenarlo ni gravarlo [siendo tal derecho] transmisible tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*», a cambio de una compensación, fue calificado por el Juzgado de derecho real de uso, regulado en los artículos 523 y siguientes del Código Civil, si bien modificado por el título constitutivo, siendo nula la cláusula que lo hacía perpetuo por ser contraria al carácter personalísimo del derecho de uso. Pero la Audiencia lo calificó de derecho personal, aunque dijo que no podía ser transmisible *mortis causa*, dada esa naturaleza, cuando lo cierto es que, por ser personal, lo que no podía ser es perpetuo, pero sí transmisible *mortis causa*, lo mismo que *inter vivos*.

(40) Así, en el comodato (art. 1.741 del Código Civil).

(41) Así, por ejemplo, en el derecho real de uso, se contiene la posibilidad de percibir frutos (art. 524 del Código Civil).

(42) Así, en el arrendamiento (vid. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II, 2.º, cit., pág. 170).

(43) Vid. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., págs. 31 y sigs.

Por ahora, podemos afirmar que lo característico de esta clase de aportación es que el socio «se reserva para sí algunas facultades, que no son objeto de adscripción al patrimonio social»; y también, que «por no implicar plena transferencia de la titularidad de lo aportado en beneficio de la sociedad, normalmente el socio conserva el derecho de recuperar la cosa a la finalización de la sociedad, *in natura*» (44) (esto, igualmente, con la salvedad de las cosas consumibles).

Hemos dicho que la aportación en uso es aportación de las facultades de uso y goce que tiene el socio aportante como titular de un derecho que las comprende, sin ceder ese mismo derecho. Esto puede estar claro respecto a los derechos reales (propiedad, usufructo, servidumbre, etc.), pero no tanto respecto a los derechos personales.

Cabría pensar que quien tiene una posición contractual que le permite usar de una cosa ajena, que no pueda ceder a un tercero el uso sin ceder el contrato. La cuestión se plantea especialmente respecto al arrendamiento, pero también respecto a otros contratos como el *leasing*. Precisamente, respecto a este contrato atípico, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en un caso de aportación en uso hecha a una sociedad anónima (45). El supuesto es el siguiente:

Don José G. C, que tenía contratado con «Lico, Central de Leasing, S.A.» el arrendamiento financiero de una furgoneta mixta, marca Peugeot, y con la empresa «Fiat Leasing, S.A.», el arrendamiento financiero de un autobús IVECO, en la constitución de la sociedad «Unión Bus, S.A.», que fue escriturada el 28 de enero de 1989, aportó el uso de los referidos vehículos, siendo utilizados desde entonces por la referida sociedad en la explotación del negocio que constituía su objeto social.

El pleito que enfrentó al socio con la sociedad tuvo su origen en el incumplimiento del pacto incorporado al contrato social por el cual la sociedad asumía, frente al socio, el compromiso de pago de los plazos financieros relativos al *leasing* de los vehículos aportados, pero sin que ello supusiera novación alguna del contrato de *leasing*, pues ninguna de las dos referidas compañías financieras consintieron el mencionado pacto. El Juzgado de Pri-

(44) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 238. Y añade, desde su concepción del título *quoad sortem*: «Mas esta cualidad ha de ser tomada en consideración para calificar este tipo de aportaciones como excluidas de la categoría de las *quoad sortem*. Es, además, imaginable algún caso de aportación en uso que además sea *quoad sortem*, y el propio legislador se hace eco de ello en el artículo 1.687» (*ibid.*, pág. 238).

(45) STS de 7 de febrero de 1995.

mera Instancia condenó a la sociedad al abono de los dichos plazos financieros, y ésta recurrió en casación la sentencia de la Audiencia confirmatoria de la anterior, atacando la propia existencia de la aportación «toda vez que don José G. C. no era propietario de los vehículos». Pues bien, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, y dijo:

«La problemática que se plantea en cuanto a la eficacia de la aportación de los automóviles de referencia, en el régimen que les afectaba de *leasing*, a la constitución de la sociedad recurrente, como aportaciones no dinerarias de bienes y que autoriza el artículo 1.4.º de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable, de 17 de julio de 1951, se ha de resolver en el sentido de resultar procedente y conforme a lo pactado entre los socios, con inclusión de la obligación asumida de pago de los plazos financieros por la recurrente, pues no se llevó a cabo transferencia alguna de la propiedad de los vehículos y así no consta en la escritura social, sino únicamente de su utilización y aprovechamiento comercial que correspondía a don José G. C., el que los tenía a su disposición para su explotación por haberse hecho cargo de los mismos en razón a los arriendos financieros que había concertado.

La escritura de constitución de la sociedad no presentó trabas para su inscripción en el Registro Mercantil. La necesidad de indicar el título o concepto por el que se verificó la aportación de los automóviles y que exige el artículo citado 1.4.º de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, encuentra explicación en que la misma se verificó a título de uso y no de dominio, conformando pacto lícito y condición especial que autoriza el número 5.º de dicho precepto y que el artículo 36.2.º de la Ley actual, de 22 de diciembre de 1989, resuelve al reforzar tal interpretación, pues dispone que "toda aportación se entiende realizada a título de propiedad, salvo que expresamente se estipule de otro modo"».

La aportación del uso que se tiene en virtud de un contrato (en este caso de *leasing*) es, pues, perfectamente posible, sin necesidad de aportar el contrato.

4.2. CONCEPTO DE APORTACIÓN EN USO

Para mejor delimitar el concepto de aportación en uso, conviene señalar sus diferencias con otras especies de aportación o contribución a la promoción social, o de situaciones jurídicas a las que fácilmente podría ser asimilada o con las que guarda cierta semejanza. Nos referimos, fundamentalmente, a la

aportación de usufructo y a la aportación de arrendamiento y de derechos arrendaticios (lo que es diverso, a su vez, de las operaciones de arrendamiento y de subarriendo a favor de la sociedad). La distinción, no obstante, podría establecerse también con otras clases de aportación societaria (46).

4.2.1. La aportación «en» uso es distinta de la aportación «del» usufructo

Con la aportación de usufructo, el socio transfiere a la sociedad, de modo definitivo, un derecho de usufructo que tiene (47) o que constituye al efecto. Por ello, esta clase de aportación es semejante a la aportación de la propiedad y divergente a la aportación en uso (48); es decir, que bien sea porque, siendo propietario, el socio constituya un usufructo a favor de la sociedad, bien sea porque, siendo usufructuario, transfiera (en caso de que pueda) el usufructo a la sociedad, lo que realiza es una aportación *quoad dominium*, ya que existe transmisión de la titularidad de un derecho (49). Y esa divergencia se manifiesta en sus reglas.

(46) Garrigues menciona la aportación a título de préstamo mutuo, por la que «la sociedad adquiere la propiedad de la cosa, pero el socio tiene derecho a que le sea restituida la misma cosa o su valor» (GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., t. I, pág. 279). Tal aportación, sin embargo, en nada se diferencia de la aportación en uso de cosa consumible, de la que trataremos más adelante, como ya hemos dicho.

Otra clase de aportación con la que se puede establecer parangón es la aportación de industria. La aportación en uso y la aportación de industria coinciden en ser obligaciones de tracto continuo y temporales (en este sentido: MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil* comentado, t. XXV, cit., pág. 395). Sobre las relaciones entre estas dos clases de aportación, vid. HAUTCOEUR, R., *Les apports á prestations successives ou continues dans les sociétés. Apports en jouissance - Apport en travail*, cit., Lille, 1928. Las coincidencias han llevado a algún autor a afirmar, incluso, que la aportación de industria era una variedad de la aportación en uso (así, M. VION, citado por REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 10). Pero, como resulta evidente, la diferencia es sustancial: el distinto objeto. La aportación en uso es una prestación *in natura*, la prestación de un objeto, mientras que la aportación de industria es una prestación de actividad.

Además, ese carácter continuo de la aportación en uso no es idéntico al de la aportación de industria, pues en aquella surge tras haberse realizado la entrega o puesta a disposición de la cosa aportada, que tiene carácter instantáneo, mientras que en ésta ese carácter preside absolutamente toda la aportación (sobre este punto, vid. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 48 y sigs.).

(47) Siempre que el derecho sea transmisible.

(48) Algunos autores han asimilado la aportación en uso al usufructo. Es el caso, en la doctrina francesa, de Juglart e Ippolito (JUGLART e IPPOLITO, *Droit commercial*, vol. 2, París, 1970, núm. 380). En la española: LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, tomo 3, Madrid, 2001, pág. 386.

(49) En este sentido: GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., t. I, pág. 279; LOJENDIO OSBORNE, IGNACIO, «Aportaciones sociales. Artículos 36 a 41 de la LSA», en AA.W., *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, al cuidado de

Las reglas del usufructo son distintas a las de la aportación en uso en un punto tan esencial como el caso de pérdida de la cosa no consumible posterior a la entrega. En el usufructo se reparten los riesgos entre el nudo propietario y el usufructuario, pues cada uno los soporta sobre el derecho del que es titular. Si la cosa sobre la que recae el usufructo perece sin culpa, el usufructo se extingue (art. 513.5.º del Código Civil): el usufructuario pierde su derecho sobre la cosa y el nudo propietario pierde su derecho a la restitución de la misma, pues deviene imposible. Ahora bien, si el usufructo ha sido constituido a título oneroso, desde que el nudo propietario ha cumplido su obligación principal, es decir, desde que ha transferido el derecho real de disfrute, conserva la contraprestación recibida del usufructuario, a pesar de la pérdida del bien. Trasladado esto a la aportación en sociedad (en la que el socio recibe «a cambio» de su aportación la condición de socio), la regla significaría que los derechos sociales atribuidos al aportante en virtud de su aportación en uso deberían ser conservados aunque la cosa hubiere desaparecido (lo que implica, además, que la sociedad no debería disolverse). Sin embargo, las reglas establecidas por el artículo 1.687 del Código Civil, que hacen pesar el riesgo de la pérdida de la cosa cierta y determinada, no fungible, sobre el socio aportante en uso, y por el artículo 1.701, párrafo 2.º, que decide la consiguiente disolución de la sociedad, contradicen esa solución (50).

Puestas en parangón la aportación de usufructo y la aportación *quoad usum* por algún autor, la primera ha sido admitida como aportación societaria, por su carácter inmediato (la obligación del aportante es de tracto único), y la segunda rechazada, por todo lo contrario (el aportante tiene una obligación de tracto continuo) (51). Pero esa posición es tan extrema como negar el arrendamiento porque existe la venta. Además, y como dice LOJENDIO, no parece que sea peor la posición de una sociedad titular de un derecho de uso que la de una sociedad que adquiere un derecho de usufructo (52). En este caso, la sociedad soporta el riesgo de la pérdida de la cosa respecto al uso (el socio, con relación a la nuda propiedad); mientras que, en el caso de una aportación de uso, el riesgo es del socio. Por otro lado, el nudo propietario no tiene obligación de hacer reparaciones, salvo las extraordinarias (art. 501

Rodrigo Uría et al., Madrid, 1994, t. III, vol. 3.º, pág. 52; GARRIGUES, JOAQUÍN, «Teoría general de las sociedades mercantiles», en *RDM* (1975), pág. 216; GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. I, 3.ª ed., al cuidado de Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Madrid, 1976, pág. 356; CÁMARA, t. I, pág. 41; CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 237.

(50) Para Derecho francés, vid., en este punto: REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 33.

(51) En este sentido, BARBA DE VEGA, *Las prestaciones accesorias en las sociedades de responsabilidad limitada*, Madrid, 1984, págs. 314-315.

(52) LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 56.

del Código Civil), mientras que el socio, como se verá, tiene la misma obligación de reparar que el arrendador. Además, en el caso de que el usufructo que tenga la sociedad no proceda de constitución *ad hoc*, sino de transmisión del que tenía el socio aportante, la posición de la sociedad será muy débil, pues su derecho sobre el bien dependerá del derecho que tuviera el aportante (53), y se terminará por las causas de extinción del usufructo originario: muerte del usufructuario aportante, término, etc. Por eso, LOJENDIO dice que, en este caso, «el resultado es que la sociedad adquiere un bien de valor aleatorio» (54).

4.2.2. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «del» arrendamiento*

También, la denominada aportación de arrendamiento, es una aportación *quoad dominium* de la posición contractual de arrendatario: con tal aportación el socio pierde la titularidad arrendaticia y la adquiere la sociedad (55). Es un supuesto de cesión de contrato (traspaso, si se trata de local de negocio), muy distinto de la cesión en uso, en la que el socio aportante no pierde «todo» el derecho que tenía, sino, tan solo, y temporalmente, las facultades de uso y goce de la cosa. La aportación de arrendamiento no es sino un caso concreto del supuesto más general, no previsto específicamente en nuestro Derecho, a diferencia del portugués (56), de la aportación de contrato a la sociedad.

La aportación de arrendamiento tiene un régimen especial: ella misma no consiste en una pura cesión de facultades, sino en una transferencia de todo el contenido de la posición de arrendatario que tiene el aportante, y que incluye derechos y obligaciones (57); requiere el concurso del arrendador (salvo, actualmente, en el arrendamiento urbano, en caso de que el arrendatario ejerza en el inmueble una actividad empresarial o profesional, que sólo

(53) La sociedad no puede adquirir más derecho del que tuviera el aportante. Ciertamente, esto ocurrirá también en la aportación en uso cuando el socio es arrendatario.

(54) Y añade: «Aunque el usufructo se pueda valorar de acuerdo con el cálculo de probabilidades que suministra la ciencia actuarial, la sociedad soporta el riesgo de una extinción del usufructo anterior a la calculada o puede beneficiarse de un disfrute más prolongado. En el segundo caso no hay problema, pero en el primero se vería afectada la debida integración patrimonial de la sociedad» (LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., págs. 56 y 57, citando a DE LA CÁMARA, t. I, pág. 407).

(55) El arrendamiento es susceptible de aportación social porque tiene, en sí mismo, valor patrimonial (la denominada propiedad comercial), aportación que se libera de inmediato (LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., págs. 53 y 54).

(56) Vid., *infra* artículo 984 del Código Civil portugués.

(57) Sobre la naturaleza jurídica de esta cesión, vid. LÓPEZ JACOISTE, J. JAVIER, *El arrendamiento como aportación social*, Pamplona, 1955, págs. 114 y sigs.

precisa la notificación: arts. 32.1 y 4 LAU de 1994); el aportante se desentiende del arrendamiento porque su obligación es de tracto único; y el arrendador, en caso de arrendamiento inmobiliario urbano para uso distinto del de vivienda, tiene derecho a una elevación de la renta del 20 por 100 (art. 32.2 LAU de 1994).

Pero salvo —como decimos— el caso mencionado del arrendamiento de inmueble urbano para uso distinto de vivienda, y siempre que se ejerza en él una actividad empresarial o profesional, en todos los demás arrendamientos se requiere el consentimiento del arrendador para la cesión del arrendamiento: así, si se trata de una vivienda o de un local en el que todavía el arrendatario no ha ejercido una actividad empresarial o profesional (58), o de cualquier otro bien no sometido a la legislación arrendaticia urbana (59).

Por el contrario, el arrendatario puede hacer una pura cesión en uso y, por tanto, atribuir temporalmente el uso y goce de la cosa a la sociedad, sin contar con el concurso del arrendador, conservando su cualidad de arrendatario y de obligado frente al arrendador del pago de la renta. Esta clase de aportación está expresamente prevista en el artículo 71 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que dice: «quedan autorizados sin necesidad de consentimiento del arrendador: f) La aportación del uso y disfrute de la tierra a las entidades a que se refiere el apartado b) del artículo 15»: esto es, a las cooperativas agrarias, a las sociedades agrarias de transformación u otras formas de asociación de agricultores. Sin embargo, el Tribunal Supremo, ante supuestos de esta índole (singularmente, en supuestos arrendaticios urbanos), en lugar de reconocer la existencia de aportación social *quoad usum* de la cosa arrendada, ha solido declarar la existencia de cesión del arrendamiento a la sociedad (60); y entonces, al faltar la concurrencia del arrendador (que para la cesión en uso no hace falta), ha considerado que la cesión era incontestada y que procedía el desahucio. Aunque no siempre.

(58) «El contrato no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador» (art. 8.1 LAU de 1994).

(59) En la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 83/1980) se declara nula la cesión (sin consentimiento previo del arrendador) (art. 70).

(60) También hay autores que identifican toda aportación realizada por el arrendatario a una sociedad como cesión. Así, dice Domínguez Luelmo: «el arrendatario obtiene la consideración de socio mediante esta aportación, pero la operación económica realizada sólo puede ser considerada como cesión» (DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, «Artículo 32. Cesión de contrato y subarriendo», en AA.VV., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, 1994, pág. 419, núm. 56).

4.2.2.1. Sentencias que han declarado la existencia de traspaso antes de la LAU de 1994

4.2.2.1.1. Con anterioridad a la LAU de 24 de diciembre de 1964

En la legislación arrendaticia urbana especial, anterior a la ley de 1964, se admitía el traspaso en términos parecidos a los de dicha ley (61); es decir, sin precisar del consentimiento del arrendador, pero con la exigencia de la notificación (además de otros requisitos). Estos requisitos no eran exigidos en el supuesto de aportación del arrendamiento a una sociedad constituida por los hermanos, que previamente habían sucedido a su padre en el arrendamiento del local, ni en el de aportación a una cooperativa (62). Por su parte, la cesión de vivienda necesitaba siempre del consentimiento del arrendador (63). Y las cesiones de local o de vivienda, hechas sin cumplir estas exigencias, facultaban al arrendador para pedir la resolución del contrato (64).

Ahora bien, respecto a la aportación en uso del inmueble arrendado por el arrendatario a la sociedad, sentencias como la de 20 de enero de 1948 calificaron ese supuesto como traspaso y dieron lugar al desahucio:

«La aportación del arrendamiento a una sociedad de personalidad distinta de la natural del arrendatario y que ha sustituido a éste en el goce o uso del local arrendado, constituye una cesión del derecho arrendaticio contraria a lo pactado y causa de resolución del contrato, tanto en la anterior legislación como en la nueva, si en esa cesión no concurren los requisitos que la identifiquen con el traspaso autorizado por una y otra legislación».

La sentencia de 29 de enero de 1948 declaró, igualmente, en un caso de aportación de local arrendado a una sociedad, la existencia de traspaso inconstituido, a pesar de aceptar la inexistencia de precio, pues consideró suficiente que se hubiera «acreditado que sin ella [sin la aprobación del arrendador] se cedió la explotación del local por la arrendataria a esa tercera persona que es la sociedad».

La sentencia de 20 de octubre de 1952 fue tajante al declarar que:

«esta Sala viene enseñando con reiteración que la constitución de una sociedad por el inquilino con terceras personas, consistiendo su establecimiento en el local que como arrendatario ocupa e intro-

(61) Vid. artículos 29 y sigs. de la LAU, de 13 de abril de 1956.

(62) Artículo 31 LAU de 1956.

(63) Artículo 25 LAU de 1956.

(64) Artículo 25 LAU de 1956.

duciendo por este medio en él una nueva personalidad distinta de aquél para ejercer de hecho la misma industria en el local arrendado es, en realidad, una cesión o transmisión del derecho **arrendaticio**, que no puede hacerse [...] sin consentimiento del arrendador, produciendo esta conducta la resolución del contrato».

Y, en parecidos términos, se expresó la sentencia de 30 de marzo de 1953 (65):

«La aportación del arrendamiento a una sociedad de personalidad distinta de la natural del arrendatario, y que ha constituido a ésta en el goce y uso del local arrendado, constituye una cesión del derecho **arrendaticio** y era causa de la resolución del contrato en la legislación de alquileres anterior a la LAU, como lo es en ésta, cuando en tal cesión no han concurrido los requisitos exigidos para su validez en una y otra legislaciones».

4.2.2.1.2. Con posterioridad a la LAU de 24 de diciembre de 1964

Los artículos 29 y siguientes de la LAU de 1964 permitían, al igual que el artículo 32 de la vigente LAU, hacer cesión de local de negocio sin contar con el consentimiento del arrendador, pero requerían también de la notificación al arrendador (66) (además de otros requisitos [art. 32 LAU de 1964]), y no sólo con la finalidad —idéntica a la actual— de permitir al arrendador la elevación de la renta, sino porque el arrendador tenía, en aquella ley, un derecho de adquisición preferente (tanteo o retracto [arts. 35 y 36 LAU de 1964]). Por otra parte, respecto a los arrendamientos de viviendas, la cesión necesitaba siempre del consentimiento del arrendador (cfr. arts. 23, 26 y 27 LAU de 1964). Pues bien, en caso de faltar aquella notificación o este consentimiento, el arrendador podía instar la resolución del contrato (art. 114.5.ª LAU de 1964).

Esas eran las circunstancias y las exigencias de una aportación societaria del arrendamiento (67), pero no, como sabemos, las circunstancias de una

(65) También declararon acto de traspaso la aportación del derecho de arrendamiento por un socio a la sociedad las SSTS de 30 de octubre de 1951, de 3 de julio de 1952, de 4 de diciembre de 1954, de 21 de diciembre de 1954, de 18 de noviembre de 1963.

(66) Otra cosa era que se hubiera facultado al arrendatario para hacer el traspaso sin sujetarse a los requisitos de la LAU de 1964: vid. SSTS de 9 de diciembre de 1992, 8 de octubre de 1993, 20 de junio de 1994.

(67) Salvo el caso de aportación a una sociedad constituida por los hermanos, que previamente han sucedido a su padre en el arrendamiento de local (ex. art. 60.1 LAU de 1964), o de aportación a una cooperativa, o de aportación a una sociedad «por ministerio de la ley» (art. 31 LAU de 1964).

mera aportación en uso del inmueble arrendado. Sin embargo, el Tribunal Supremo mantuvo su jurisprudencia anterior (68).

4.2.2.2. Sentencias que han declarado la existencia de cesión en uso antes de la LAU de 1994

A pesar de esa jurisprudencia, en otros casos, el Tribunal Supremo ha considerado de uso y no de arrendamiento (cesión del contrato a la sociedad: traspaso) la aportación del local arrendado por el socio aportante (69). En la sentencia de 23 de marzo de 1993, el Alto Tribunal dijo que, al tratarse de una sociedad sin personalidad jurídica, no hubo necesidad de observar las formalidades necesarias para la cesión o transmisión del derecho arrendaticio; o sea, que hubo aportación en uso, pero no traspaso.

4.2.2.3. ¿Quid con posterioridad a la LAU de 1994?

Actualmente, cabe confiar en que el Tribunal Supremo modifique su doctrina mayoritaria de considerar cesión incontestada la aportación de local, por el arrendatario, a la sociedad. Existe un dato que debería propiciar ese cambio: antes de que la LAU de 1964 fuera reformada en su artículo 31.4 por el artículo 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea, que establecía que «no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de sociedades mercantiles, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido» (lo que ha pasado al art. 32.3 LAU de 1994), toda transformación de una sociedad en otra era causa de resolución, si no contaba con el consentimiento del arrendador, porque se consideraba traspaso. Pues bien, si en supuestos de verdadera subrogación en la posición de arrendatario se elude la calificación de cesión («no se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión, transformación o escisión de la sociedad arrendataria», dice el art. 32.3 LAU de 1994), con más razón no debería considerar cesión de arrendamiento, el Tribunal Supremo, la simple aportación *quoad usum* del local arrendado cuando el socio aportante sigue manteniendo su posición de arrendatario y conservando sus obligaciones, especialmente la de pago de renta.

(68) SSTs de 31 de enero de 1968, 31 de enero de 1972, 16 de mayo de 1974, 29 de mayo de 1974.

(69) Casos de las STS de 16 de octubre de 1978 (R. 3076) y de 31 de mayo de 1993 (R. 4059).

4.2.3. *La aportación «en» uso es distinta de la aportación «de» derechos arrendaticios*

La cesión de derechos arrendaticios, como ya puso de relieve DE CASTRO (70), y recordó LÓPEZ JACOISTE (71), no es sino una especie dentro de la cesión de derechos, reconocida por el artículo 1.112 del Código Civil. En este supuesto, el arrendatario cede, no su entera posición contractual, con su parte activa y pasiva, sino tan sólo determinados derechos arrendaticios (es decir, la parte activa, completa o no). La gran diferencia con la cesión del contrato de arrendamiento (y en ello coincide con el subarriendo) es que no precisa del concurso del arrendador (72) y que el arrendatario no desaparece de la escena contractual.

La cesión de derechos arrendaticios es muy difícilmente diferenciable en la práctica de la aportación en uso de un bien (digamos, por ejemplo, de un local de negocio) arrendado; pero no en pura teoría, porque con aquella cesión el socio enajena un derecho que tenía (aunque, para sustentarlo, él deba permanecer de intermediario entre el arrendador y la sociedad), mientras que con la pura aportación a título de uso el aportante no pierde el derecho, ni en todo ni en parte, que tenía.

Como dice LÓPEZ JACOISTE, la aportación *quoad usum*, cuando el aportante es arrendatario,

«no entraña ninguna suerte de enajenación, ni del contrato ni de los derechos; simplemente se proporciona el disfrute de la cosa, derivado del arrendamiento, por el socio a la compañía para que lo aproveche según su contenido económico. Pero no se otorga ninguna cesión definitiva, ni se transmite la titularidad de la posición contractual, ni de ninguno de los derechos derivados de ésta. No hay transmisión plena sino prestación temporal del uso inherente al arrendamiento. El supuesto no puede encuadrarse ni en la cesión de contrato ni en la cesión de derechos» (73).

(70) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, «Cesión del arrendamiento y subarriendo», en *RGLJ*, t. 156 (1930), pág. 147.

(71) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 125.

(72) La diferencia entre ambas figuras puede verse en el *Codice Civile* (arts. 1406 y 1.410).

(73) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 135.

4.2.4. *La aportación «en» uso es distinta del subarriendo a favor de la sociedad*

Cosa distinta de la cesión del contrato de arrendamiento (y de la cesión de derechos arrendaticios) es la cesión en subarriendo, porque, con ella, se conserva el derecho **arrendaticio** antiguo, sin cambiar de titular, y nace un nuevo derecho, también arrendaticio, dependiente del primero, sin necesidad de que intervenga el arrendador (siempre que no esté expresamente prohibido y sin olvidar la notificación al arrendador en caso de finca destinada a actividad empresarial o profesional [art. 32.1 y 4 LAU de 1994 (74)]. Aquí el arrendatario no «desaparece», sino que permanece como nexo entre el arrendador y el subarrendatario. Pero, así como la cesión del arrendamiento puede constituir aportación social (aportación *quoad dominium*), no así la constitución de un subarriendo a favor de la sociedad, porque el subarriendo es, en definitiva, un contrato de arrendamiento, y éste requiere una renta periódica. El socio que subarrienda a la sociedad es un tercero respecto a ella; sus relaciones, por este concepto, no son societarias sino extrasocietarias; él queda vinculado con la sociedad por un contrato que no es el de sociedad.

El Tribunal Supremo, en muchas sentencias, ha considerado la existencia de subarriendo cuando lo que había realmente era aportación en uso. Así, en la sentencia de 29 de enero de 1949, entendió que lo que existía era subarriendo a *una personalidad distinta* (75). Doctrina que no puede sostenerse cuando el arrendatario no cede a título de arrendamiento (subarriendo), pues no existe precio alguno, sino a título de sociedad (76).

4.2.5. *La aportación «en» uso es distinta del arrendamiento a favor de la sociedad*

Igual al anterior es el caso del socio propietario (o usufructuario) de un bien que lo cede en arrendamiento a la sociedad. No se trata de un caso de aportación sino de la realización de un contrato de arrendamiento; el título

(74) En el arrendamiento de vivienda se precisa del consentimiento previo y escrito del arrendador (art. 8.2 LAU de 1994); pero en el resto de arrendamientos, incluidos los de local, cuando no se ejerza en el actividad empresarial o profesional, quedan sometidos a los artículos 1.550 a 1.553 del Código Civil, que no exigen consentimiento del arrendador.

(75) En general, el Tribunal Supremo ha deducido la existencia de subarriendo por el solo hecho de haber proporcionado, el arrendatario, a un tercero, el goce de la cosa. Vid. SSTs de 6 de febrero de 1948, de 20 de octubre de 1952.

(76) Ya hemos dicho que el título (en sentido estricto) de la aportación (sea en uso, sea en propiedad) es el contrato de sociedad. Vid. GARRIGUES y URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, cit., pág. 356.

(en sentido estricto) que sustenta la posesión de la cosa por la sociedad no es el contrato de sociedad sino el de arrendamiento, y sus normas serán las aplicables; y no por analogía, sino por subsunción.

Por el contrario, el socio que cede a la sociedad el uso de unos bienes (singularmente, unos locales comerciales) que tiene en propiedad, usufructo o arrendamiento, pero no a cambio de una renta fija (77), sino «a cambio» de participar en los beneficios y de adquirir la condición de socio, realiza un contrato de sociedad.

La diferencia se manifestará, entre otras cosas, en la posibilidad, que la sociedad tiene —si no se ha pactado otra cosa—, de ceder el contrato y, con él, el uso, a un tercero, si es arrendataria; posibilidad de la que no goza si es usuaria a título de aportación social.

5. APORTACION EN USO Y APORTACIONES FIDUCIARIA, INDIRECTA, SIMULADA Y DISIMULADA

Una cosa es distinguir la aportación en uso de la aportación de usufructo, o de la de arrendamiento o de la de derechos arrendaticios (todas ellas, aportaciones *quoad dominium*), y otra que, en la práctica, se pueda configurar la aportación en uso bajo alguna de esas formas —incluso, que se configure, no como aportación, sino como contrato de arrendamiento o de subarriendo—, con la intención real de que el efecto no sea atribuir el derecho a la sociedad, sino sólo el goce del bien. En ese caso, el negocio jurídico de aportación, o el de cesión en arrendamiento o en subarriendo, será un negocio fiduciario en el que el resultado perseguido es menor del que le es propio (el fin perseguido es obtenido con un medio desproporcionado). Este tipo de aportación puede obedecer al deseo de proporcionar a la sociedad una apariencia patrimonial que le facilite un mejor desenvolvimiento en el tráfico. Así, la sociedad será la titular (fiduciaria) de la propiedad, del usufructo, del arrendamiento o del derecho que sea sobre el bien aportado, pero realmente no podrá disponer de él.

Supuesto distinto se producirá cuando, siendo el fin preseguido proporcionar a la sociedad el uso de un local arrendado, en vez de realizar con el arrendatario un subarriendo o un traspaso, se proceda a incorporar como socio al arrendatario, previa aportación del uso del local (78). Es decir, que se

(77) Por eso, en caso de que sea un arrendatario que ha cedido el uso, deberá pagar de su bolsillo la renta al arrendador. Ese pago de renta servirá, desde luego, para valorar la aportación que hace a la sociedad. Vid. Cossío Y CORRAL, ALFONSO DE, «Comentario a la sentencia 6 de febrero de 1948», en *ADC*, I (1948), págs. 709 y 710.

(78) Sobre esta cuestión, vid. LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., págs. 150 y sigs.

emplee la aportación como medio para conseguir el fin de poner a disposición de la sociedad el local arrendado, y no el subarriendo o el traspaso.

Por el contrario, también puede suceder que la operación realizada sea aparentemente la de aportación en uso, pero que luego resulte que la sociedad paga al socio una renta. Si el socio es propietario (o usufructuario) estaremos ante un arrendamiento encubierto, y si el socio es arrendatario, estaremos ante un subarriendo o ante un traspaso, también encubiertos (79). En estos supuestos, la aportación simulada habrá sido cauce para eludir el derecho que el arrendador urbano tiene a participar del precio del subarriendo o a participar del traspaso. Y, a diferencia de lo que ocurría con la aportación indirecta, antes vista, la aportación no habrá sido querida realmente; aunque el fin perseguido y obtenido sea el mismo.

Pero también puede suceder lo contrario: que, por un lado, haya contrato de arrendamiento a la sociedad, con pacto de pago anticipado de toda la renta correspondiente al tiempo estipulado, y que, por otra parte, el arrendador aporte a la sociedad dicho crédito «a cambio» de acciones (en la sociedad anónima) (80). En este caso habrá un contrato de arrendamiento y una aportación en propiedad simulados, y una aportación en uso disimulada.

6. NATURALEZA DE LA APORTACION EN USO

Sobre la pequeña base de lo que ya conocemos, buscamos ahora la naturaleza del derecho aportado con una aportación en uso por medio de la analogía, a falta de otros recursos.

El artículo 1.687 distingue una aportación en uso de cosa cierta y determinada, no fungible, de una aportación en uso de cosa fungible; o sea, una aportación de cosa no consumible de otra de cosa consumible (81). Pues bien,

(79) La opinión de Cossío, para el caso del socio arrendatario, es la contraria: considera «lógico [...] que la sociedad resarza al socio, directa o indirectamente, del pago de la renta que éste se halla obligado a pagar al arrendador; en definitiva, tal aportación del uso del local es algo que tiene un determinado valor económico, que se computa necesariamente, por lo menos a los efectos de fijar la cuota social que el arrendatario ha de atribuirse como contraprestación de aquella aportación. [...] ¿Pero cabe hablar aquí de renta propiamente dicha? ¿Es posible, por ello, inferir la existencia de un subarriendo? Estimamos que no: la aportación se ha hecho a título de sociedad, no de arrendamiento, y las consecuencias jurídicas de ello tienen que ser forzosamente distintas; por ejemplo, el incumplimiento por parte de la sociedad de sus obligaciones frente al socio arrendatario no podría nunca estimarse como falta de pago, y la resolución de la relación establecida no podría conseguirse sin lograr la resolución del contrato de sociedad» (*Comentario a la sentencia 6 de febrero de 1948*, cit., pág. 710).

(80) LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 55.

(81) En los dos párrafos del artículo 1.687 se hace referencia a una aportación de cosa fungible, aunque, como sucede en otros casos (arts. 337 y 1.740), aquí tampoco es

como ya dijimos, el contenido del derecho aportado es diverso en un caso y en otro, y, por tanto, también la naturaleza de la aportación en cada uno.

6.1. NATURALEZA DE LA APORTACIÓN EN USO DE COSA NO CONSUMIBLE

Ya hemos señalado la desemejanza de la aportación en uso, sobre todo, con el usufructo. Pues bien, esa disparidad ha hecho volver tradicionalmente la vista sobre el arrendamiento a la búsqueda de un parentesco (82). De hecho, la regla societaria relativa a la pérdida de la cosa, contenida en el artículo 1.687 del Código Civil, es regla próxima a las que rigen en materia de arrendamiento, particularmente a la del artículo 1.568, que establece que «si se pierde la cosa arrendada [...] se observará [...] lo dispuesto en los artículos 1.182 y 1.183». Artículos que establecen la extinción de la obligación del deudor, siempre que la pérdida o destrucción haya ocurrido sin su culpa (culpa que sólo se presume si la pérdida ocurrió estando la cosa en su poder) y antes de haberse constituido en mora; siendo la jurisprudencia la que interpreta que lo que se extingue es la plena relación arrendaticia. Esta solución significa, no sólo que el arrendador pierde su derecho a la devolución de la cosa, sino que el arrendatario queda liberado de las rentas para el futuro. De igual modo, el artículo 1.687 del Código Civil, que hace pesar los riesgos sobre el aportante en uso, libera a la sociedad respecto a él en caso de pérdida.

Pero no sólo eso. También, en punto a la función que, respecto a la sociedad, puede cumplir la aportación en uso, la doctrina ha establecido la similitud con el arrendamiento:

«La aportación a título de uso —dice LÓPEZ JACOISTE—, por su propia naturaleza, desempeña una función económica muy similar al arrendamiento; ambas figuras implican la concesión del goce de una cosa, sea por el arrendador al arrendatario, sea por el aportante a la compañía. El título es distinto —arrendamiento y sociedad—, pero las consecuencias en orden al disfrute de la cosa son semejantes [...].

exacto el Código Civil al utilizar el adjetivo «fungible», debiendo haber empleado el de «consumible» (en este sentido, CAPILLA RONCERO, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 323; PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1430). En el primer párrafo, la referencia es a una aportación en uso de cosa no consumible, para decretar que, entonces, el riesgo de la cosa aportada (pérdida, menoscabo o incremento de valor) sea del socio; y, en el segundo, a una aportación de cosa consumible, sin precisar si es en uso o en propiedad, y para establecer que el riesgo sea de la sociedad.

(82) Dice, por ejemplo, Mucius: «La relación jurídica, en esta hipótesis, tiene gran analogía con la que se produce, a consecuencia del arrendamiento, entre el arrendador y el arrendatario» (Mucius SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, t. XXV, cit., pág. 395).

No es que se pretenda afirmar la completa identidad de esos dos cauces de negociación del uso, pues diversos son el título y las contraprestaciones que en ambos casos [...] pesan sobre quien obtiene el goce, pero importa subrayar la sustancial analogía de las relaciones constituidas en ambos supuestos» (83).

De ahí que los autores, para lo no previsto en la aportación en uso —que es casi todo—, entiendan que hay que proceder analógicamente con el arrendamiento; lo mismo que, en la aportación en propiedad, hay que proceder analógicamente con la compraventa, como el mismo Código Civil, en su artículo 1.681 y en punto a la garantía establece, al decir que el aportante «queda sujeto a la evicción en cuanto a las cosas ciertas y determinadas que haya aportado a la sociedad en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto al comprador». Se niega, por tanto, la analogía con el usufructo (84).

Esta solución, que en Derecho español es una propuesta doctrinal, en otras legislaciones es ya Derecho positivo, explicitado respecto al régimen de garantía debida por el aportante en uso. Es el caso de los Códigos más recientes: en el *Codice Civile*, el artículo 2.254 (85) remite, para la garantía de la aportación en uso, a los artículos 1.578 y siguientes, y a los 1.585 y siguientes, relativos al arrendamiento; en el Código Civil portugués, igualmente, la remisión al arrendamiento la hace el artículo 984 (86); en el *Code Civil*, tras la reforma operada por la Ley de 4 de enero de 1978, el artículo 1.843.3.º, párrafo 4.º (87); y en el Código Civil de Québec, en el artículo 2.199 (88).

(83) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 136.

(84) Es la opinión de GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 336; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 221; CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 239; PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1417; LOJENDÍO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 53; y de la generalidad de la doctrina.

(85) Párrafo 2.º: «Il rischio delle cose conferite in godimento resta a carico del socio che le ha conferite. La garanzia per il godimento é regolata dalle norme sulla locazione».

(86) «A execução da prestação, a garantia e o risco da coisa são regulados nos termos seguintes:

“a) Se a entrada consistir na transferência ou constituição de um direito real, pelas normas do contrato de compra e venda;

b) Se o sócio apenas se obrigar a facultar à sociedade o uso e fruição de uma coisa, pelas normas do contrato de locação;

c) Se a entrada consistir na transferência de um crédito ou de uma posição contractual, pelas normas, respectivamente, da cessão de créditos ou da cessão da posição contractual, presumindo-se, todavia, que o sócio garante a solvência do devedor”».

(87) «Lorsqu'il est en jouissance, l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur.»

(88) «Dans ses rapports avec la société, celui qui apporte des biens en est garant, de la même manière que le vendeur Test envers l'acheteur, lorsque son apport est en propriété; lorsque son apport est en jouissance, il est garant comme le locateur l'est envers le locataire.»

Afirmada la analogía con el arrendamiento, hemos de señalar que ella corresponde exactamente cuando el socio aportante es propietario o usufructuario, pero no cuando el socio es arrendatario que cede el uso. En este caso la analogía conviene establecerla más bien con el subarriendo, porque, como dice Cossío, la obligación que tiene el socio de prestar el uso del local «coincide exactamente con la del contrato de subarriendo» (89).

La legislación arrendaticia aplicable será, en principio, la que corresponda a la naturaleza del bien, si es que tiene regulación especial (casos de las viviendas y locales urbanos y de las fincas rústicas), pero, como dice CAPILLA, en los puntos en los que exista contradicción entre la legislación especial (LAU y LAR) y el Código Civil, ha de ser aplicado éste, dado «el matiz de excepcionalidad presente en las principales desviaciones que contienen estas leyes respecto del régimen común» (90).

La aplicación del régimen del arrendamiento disciplinará materias como la extinción por pérdida de la cosa; o la posición de la sociedad, en caso de venta, por el aportante, del bien aportado a un tercero frente a ese tercer adquirente (91).

6.2. NATURALEZA DE LA APORTACIÓN EN USO DE COSA CONSUMIBLE

Hemos dicho que el derecho atribuido por el socio con su aportación debe permitir a la sociedad, en el marco de su objeto social, obtener de la cosa beneficios; debe permitir utilizarla con rendimiento. Pues bien, esto está muy claro respecto a las cosas ciertas y determinadas, no consumibles, porque, respecto a ellas, la sociedad no necesita del título de propiedad para obtener una utilidad económica: le basta la simple autorización de usar y utilizar (92). Pero hay cosas que no pueden producir utilidad económica sino bajo el presupuesto de que el «usuario» tenga poder de disposición sobre las mismas; su utilidad está, precisamente, en disponer de ellas. Son las cosas consumibles, cuyo uso implica transferencia de propiedad.

Dicho esto, la pregunta surge inmediata: si en tales casos es necesario que la propiedad sea transferida, ¿no será porque de las cosas consumibles no

(89) Cossío Y CORRAL, *Comentario a la sentencia 6 de febrero de 1948*, cit., pág. 709.

(90) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 268.

(91) La asimilación al arrendamiento y no al usufructo tiene también otras consecuencias: la no aplicación del artículo 515 del Código Civil y la no exigencia de forma escrituraria pública en el contrato de sociedad, puesto que no hay aportación de inmuebles (ni de muebles), ni de derechos reales, sino de crédito, de conformidad con el artículo 1.667.

(92) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 52.

cabe hablar de aportación en uso y sí, sólo, en propiedad? Si una pregunta parecida la formulásemos fuera del campo del Derecho de sociedades, en el marco general del Derecho común o civil, en la búsqueda de una posible atribución, no definitiva, de una cosa consumible a otro para que pudiera obtener de ella, hasta la restitución, un rendimiento, la contestaríamos negando la necesidad de una venta temporal de propiedad (venta con retracto) o de la constitución de un cuasi usufructo, y afirmando la existencia del préstamo mutuo como solución más sencilla al fin propuesto.

Pues bien, si la aportación de cosa no consumible guarda analogía con el arrendamiento (y a su través ha de ser explicada e integrada aquélla), la aportación de cosa consumible guarda analogía con el préstamo de consumo o simple préstamo (93).

En el artículo 1.843-3 del Código Civil francés aparecen netamente los dos elementos por los que puede establecerse la analogía. Por un lado se dice que la aportación en uso de cosa consumible comporta la transferencia de propiedad [*lorsque l'apport en jouissance porte sur des choses de genre* (94) *ou sur tous autres biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société, le contrat transfère à celle-ci la propriété des biens apportés*]. Y por otro lado se añade la obligación, a cargo de la sociedad, de restituir «une pareille quantité, qualité et valeur». El artículo 1.687 de nuestro Código es mucho menos explícito, pero permite igualmente identificar estos dos elementos: la transferencia de propiedad puede deducirse del párrafo primero, puesto que, en él, se dice respecto de las cosas «no fungibles» que sólo «son comunes» el uso y los frutos; y a contrario debe significar, respecto de las fungibles, que también «es común» la propia cosa. Por otro lado, la existencia de la obligación de restituir la cosa consumible y, por tanto, que la transferencia de propiedad ha sido temporal, puede deducirse del segundo párrafo. En él se trata de las cosas consumibles, de las deteriorables, de las que se aportan para ser vendidas y de las aportadas con estimación hecha en el inventario, y de ésta se dice: «en este caso la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas», lo que supone reconocer que las demás cosas —las consumibles, entre ellas— también son objeto de restitución.

Respecto al préstamo mutuo, ambos elementos (transmisión de la propiedad al prestatario y obligación de éste de restituir) están explícitamente mencionados en el artículo 1.753 del Código Civil. En el mutuo, el prestamista pierde todo derecho sobre la cosa y pasa a tener un mero derecho de crédito a la restitución; en la aportación en uso de cosa consumible, al socio le sucede lo mismo, aunque este derecho forma parte de una situación más compleja. En

(93) En el mismo sentido, REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*

(94) El legislador francés emplea la expresión «choses de genre» en sentido amplio, comprensivo de las cosas genéricas, propiamente dichas, y de las consumibles.

ambos casos, la transmisión de la propiedad es temporal, pero no sólo porque pesa sobre el «usuario» la obligación de restituir, sino porque la misma naturaleza de la cosa consumible implica una vocación temporal a la propiedad, pues la propiedad termina con la destrucción de la cosa por el uso (95).

Igualmente, la aportación en uso de cosa consumible guarda analogía con el cuasi usufructo (usufructo de cosa consumible). Tanto en él, como en el préstamo mutuo y en la aportación en uso de la que ahora nos ocupamos, dado el destino económico del bien, su *usus* implica su *abusus*; el «usuario» ha sido elevado a la categoría de propietario, aunque temporal, y, por tanto, pesa sobre él la obligación de restituir. En el cuasi usufructo estos dos elementos (propiedad temporal y obligación de restituir) se deducen del artículo 482 del Código Civil, y así lo ha entendido la doctrina tradicional (96).

A la vista de esta analogía, podría aproximarse esta aportación en uso al cuasi usufructo, en detrimento del préstamo de consumo. Sin embargo —al menos desde el punto de vista teórico, pues, desde el práctico, las diferencias son inapreciables—, hay que separar ambas figuras: el cuasi usufructuario tiene derecho (de propiedad) sobre la cosa, pero no tiene ningún vínculo con el nudo propietario, distinto de la obligación de restituir, mientras que la sociedad (o el conjunto de los socios), además de aquel derecho sobre la cosa y de esta obligación, tiene con el aportante un vínculo contractual. Es el mutuo —contrato y no mero derecho sobre la cosa— el que está emparentado con la aportación en uso de cosa consumible, lo mismo que el arrendamiento lo está con la aportación en uso de cosa cierta y determinada, como dice el Código; porque, incluso, el arrendamiento, cuando es de cosa consumible, se transforma en mutuo (cfr. art. 1.545 del Código Civil).

Y, desde luego, podría negarse la posibilidad de una aportación en uso de cosa consumible con carácter autónomo, afirmando que, en la práctica, viene a identificarse con la aportación en propiedad. Pero tal relación de igualdad no puede aceptarse, pues, dado el carácter esencialmente temporal de la aportación en uso, habría que explicarla a través de una propiedad también temporal, con las dificultades que ello comporta (97).

(95) REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*, pág. 54, núm. 115.

(96) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, 2, II, 14.^a ed., Madrid, 1988, pág. 50; ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, III, 2.^o, Barcelona, 1991, pág. 71. Aunque, para un sector de la doctrina, no hay adquisición de la propiedad por el usufructuario, sino pérdida de ella por el propietario una vez que la cosa ha sido consumida por aquél, o se ha confundido en su patrimonio; pero mientras ello no sucede, el usufructuario de cosa consumible no es propietario (JORDANO BAREA, JUAN, «El cuasi-usufructo como derecho de goce en cosa ajena», en *ADC*[1948], págs. 981 y sigs.; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1997, pág. 418).

(97) Habría que emplear, por ejemplo, para explicarla, el pacto de retroventa, lo que plantea dificultades como la relativa al plazo, que no puede exceder de diez años (art. 1.508 del Código Civil), lo que limitaría las posibilidades de la aportación; o la

La analogía con el préstamo mutuo explica y completa el régimen de la aportación en uso de cosa consumible, así como aclara sus diferencias con la aportación en uso de cosa no consumible en puntos como el de las obligaciones del socio respecto a la cosa aportada, a los riesgos, a la restitución y a la posibilidad de integración de una aportación de cosa consumible en el patrimonio de una sociedad de capital. Más el sometimiento a las reglas del préstamo mutuo no es total. La distinta naturaleza de la operación de aportar y la de prestar impone límites a la transferencia de normas. En primer lugar, el contrato de préstamo es un contrato real (98), mientras que el contrato de sociedad (no existe un negocio autónomo de aportación) (99) es un contrato consensual, lo que supone que la entrega de la cosa aportada (sea consumible o no) no forma parte de la formación del contrato, sino de su ejecución (100). Es decir, que el contrato de sociedad con aportación en uso de cosa consumible, genera a cargo del socio la obligación de entregarla, mientras que el préstamo mutuo no genera ninguna obligación para el prestamista, que ya ha entregado. Y, por eso, vamos a poder afirmar que el derecho que recibe la sociedad con una aportación en uso, sea de cosa consumible o no, es de carácter personal; derecho que, en cualquiera de los casos, contiene una inicial prestación de entrega.

También, la distinta naturaleza de cada contrato y el consiguiente distinto carácter de cada uno (gratuito, en principio, el mutuo; de fin común lucrativo, el de sociedad) impone que exista un régimen distinto de garantía en cada uno. El mutuante, si el contrato es gratuito, sólo tiene obligación de resarcir los daños que la cosa mutuada hubiere causado al mutuuario si, conociendo sus vicios, no los hizo saber (101), porque la gratuidad no justifica un régimen más severo (102). En cambio, el aportante responde con un régimen de garan-

relativa al carácter oneroso de la retroventa (art. 1.518 del Código Civil), del que carece la restitución de la aportación.

(98) Aunque, para Albaladejo, ésta no es una característica esencial de este contrato (ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II, 2.º, Barcelona, 1989, pág. 378).

(99) Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1418, entre otras. La aportación social en uso, no obstante, puede confundirse, en la práctica, con un contrato independiente, unido al contrato de sociedad. Como dice Girón, para identificar una u otra situación «son indicios la duración —coincidente o no con la sociedad—, contraprestación o simple participación en las ganancias, etc.» (GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 221). El socio puede, desde luego, al margen del contrato de sociedad y de la aportación que en él haya realizado, hacer un pacto (parasocial) con los demás socios (tampoco con la sociedad, que lo convertiría en una relación completamente extraña), unido al contrato social y subordinado a éste, por el cual se obligue a entregar en uso una cosa a cambio de alguna contraprestación (vid. GIRÓN, *ibid.*, pág. 54).

(100) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, pág. 55.

(101) Por analogía, artículo 1.752 del Código Civil.

(102) En cambio, si es oneroso, el mutuante responderá por vicios, a tenor de las reglas del saneamiento (ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho Civil*, II, 2.º, Barcelona, 1989, pág. 381).

tía más estricta porque la finalidad de lucro está presente en el aportante, lo mismo que en el resto de los socios. El aportante en uso no es como el mutuante a título gratuito, para el que no hay finalidad de lucro ni de cambio: el aportante, en virtud del contrato de sociedad y de su aportación, recibe, además del derecho a la restitución de la cosa, el derecho al beneficio, entre otros derechos sociales. REGNAUT-MOUTIER dice más: porque el mutuo es, en principio, a título gratuito, mientras que la aportación a una sociedad es acto esencialmente a título oneroso (103). Sin embargo, no es el título oneroso —que no existe, porque las prestaciones (aportaciones) no se hacen, unas en consideración a las otras— el que impone ese régimen; no es a causa de un derecho que, como contraprestación, se recibe, sino de la condición de socio, que no se recibe como contrapartida y que no es un derecho subjetivo, sino un complejo de derechos y obligaciones (104), ordenados, todos, a la consecución del fin común.

Hemos hablado de la aportación de cosa consumible para afirmar, en ese caso, la transmisión de propiedad, la analogía con el mutuo y la restitución de «otro tanto [*tantumdem*] de la misma calidad y especie» (art. 1.752 del Código Civil). Ahora bien, ello presupone que la cosa consumible es, a la vez, fungible. Pero, si no es así, ¿qué sucede? ¿Qué ocurre con estos tres elementos (105) cuando la cosa es consumible pero no es fungible (106) o cuando es fungible pero no es consumible? (107).

Respecto a este último caso, basta entender (108) que la cosa fungible, aunque no consumible físicamente, sí lo es jurídicamente, y que ha sido aportada en uso, lo mismo que la consumible en sentido estricto, para poder admitir que haya transferencia de propiedad y posibilidad de ser enajenada, con la obligación de devolver «otro tanto». O sea, que esta cosa fungible no consumible físicamente, es la cosa aportada para ser vendida de la que habla el segundo párrafo del artículo 1.687. Pues la consumibilidad no es el único «criterio interpretativo para decidir el cambio de riesgo [sino] la deteriorabilidad y la alienabilidad» (109), como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, el cual añade:

(103) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, pág. 56.

(104) Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 1325 y 1327.

(105) Transmisión de la propiedad, analogía con el mutuo y restitución de «otro tanto».

(106) Mercaderías raras y exóticas (flores o frutas) o las últimas de una serie limitada (botellas de vino de una determinada cosecha).

(107) Bienes duraderos fabricados en serie (los ejemplares de la edición de un libro).

(108) Como hace don Jerónimo González (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Cosas fungibles*, cit. pág. 201).

(109) *Ibid.*, pág. 206.

«Así, cuando dos libreros se unen en sociedad, con aportación de los respectivos fondos, el riesgo de los ejemplares es común, aunque posean varios incunables no fungibles, porque todos se aportaron para ser vendidos. Si el objeto social fuese el arrendamiento de libros, no obstante la fungibilidad técnica de tales cosas, resultaría de dudosa aplicación la doctrina legal del cambio del riesgo, porque en rigor, los libros no son cosas consumibles en el sentido jurídico, pueden guardarse sin que se deterioren y, en el supuesto examinado, no han sido aportados para ser vendidos» (110).

Respecto a la cosa consumible, pero no fungible, naturalmente, es posible hacer aportación en uso con transferencia de la propiedad y del riesgo a la sociedad, aunque sin derecho a la restitución del *tantumdem*, sino del valor de la cosa. Hay que tener en cuenta que las partes (los socios) pueden libremente otorgar a una cosa el carácter fungible que le falta, estableciendo el valor por el que ha de ser sustituida al tiempo de su restitución. Esa, y no otra, es la posibilidad que admite el mismo párrafo segundo del artículo 1.678 al decir que «el riesgo es de la sociedad [en el caso] de las cosas aportadas con estimación hecha en el inventario [supuesto en el que] la reclamación se limitará al precio en que fueron tasadas». Porque, si permite que, en la aportación en uso de una cosa «cierta y determinada» (111), por el solo hecho de haberse dado tasada, haya desplazamiento del riesgo a la sociedad y obligación de restitución del valor estimado, con más razón, en el caso de que se trate de cosa consumible, cuando haya sido dada también tasada.

7. CARACTERES DEL DERECHO APORTADO

Aunque el contenido del derecho aportado sea diverso, dependiendo de que el objeto sea consumible o no, y, por ello, también, la naturaleza de la aportación en cada caso, se impone la necesidad de calificar al derecho proporcionado a la sociedad con la aportación en uso como personal (112). Pero calificar al derecho que es aportado en uso como derecho de crédito, seme-

(110) *Ibid.*

(111) El precepto no lo dice, pero hay que entenderlo así, dado que se habla de «cosas», sin más especificaciones.

(112) Es bien conocida la antigua controversia sobre el carácter real o personal del arrendamiento. A favor de lo primero opinaron MERLIN, *Recueil alphabétique des questions de droit*, t. VI, Additions, 2.^a ed., 1820, pág. 809, col. 1; TROPLONG, *DU Droit Civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. De l'échange et du luage*, núm. 12. Para la opinión contraria, vid., DERRUPPE, J., *La nature juridique du droit du preneur á bail et la distinction des droits réels et des droits de créance*, Paris, 1952.

jante al del arrendatario, impone también su calificación como derecho temporal (113).

7.1. CARÁCTER PERSONAL DEL DERECHO APORTADO. CONSECUENCIAS

El derecho que tiene la sociedad en virtud de una aportación en uso es un derecho personal, que, en principio, sólo puede hacerse valer frente al socio aportante, y que, aunque atribuye un poder directo sobre la cosa, necesita de la cooperación del aportante para satisfacer el interés de la sociedad. Sin embargo, no es un derecho personalísimo, aunque podría pensarse lo contrario a la vista de que el derecho de uso y goce que ostenta la sociedad no puede ser transmitido, no puede circular en el tráfico, no puede ser cedido ni enajenado por la sociedad, ni, por tanto, agredido por los acreedores; y, ello, porque la transmisión (onerosa o gratuita, voluntaria o forzosa) implicaría transmisión de la relación contractual en su complejo, o sea, del contrato de sociedad, puesto que la aportación no tiene autonomía negocial (114). Sin embargo, esto no convierte en personalísimo al derecho, puesto que es admisible que la sociedad, sin ceder su derecho, pueda —si no se ha prohibido— hacer entrar a un tercero en el uso y goce, o sea, en el ejercicio del derecho, a modo de subarrendatario (art. 1.550 del Código Civil).

El no ser personalísimo, aleja también la aportación en uso de la aportación de industria (aportaciones, ambas, de carácter duradero, en las que la sociedad ostenta en derecho personal frente al socio). Entre la aportación de industria y la aportación en uso, existe, además, la diferencia relativa a su valoración. La aportación de industria representa para la sociedad un valor extremadamente aleatorio: la prestación prometida presenta, como dice REGNAUT-MOUTIER (115), un gran riesgo de inejecución; además de que su ejecución no se mide, en principio, por el resultado (puesto que el socio sólo se compromete a aportar su trabajo), a diferencia de la obligación del aportante en uso, como veremos, que consiste, por una parte, en un *dare* y, por otra, en un *facere*, que apunta a un derecho concreto (reparar y mantener en el uso y goce). Evidentemente, la aportación en uso presenta dificultades para su valoración (mayores que la aportación en dominio, porque no existe para el uso un mercado tan explícito como para la propiedad, y, por tanto, un precio claro

(113) Regnaut-Moutier lo denomina «derecho personal de ejecución sucesiva» (REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., págs. 34 y sigs.).

(114) En la sociedad anónima, implicaría la transmisión de las acciones del socio, puesto que ellas son la expresión del conjunto de sus derechos y obligaciones, como socio, lo que sólo puede hacer él.

(115) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 120.

de referencia), pero no presenta la incertidumbre propia de la aportación de industria, ni, por ello, debe ser subestimada.

La calificación de personal que merece este derecho tiene diversas consecuencias: por ejemplo, justifica la plena validez de una aportación en uso de cosa ajena no consumible (es el caso de la STS de 27 de enero de 1995). Mientras que la aportación en propiedad efectuada *a non domino*, al igual que la venta de cosa ajena, tiene un alcance limitado (116), la aportación en uso realizada por quien no es el *verus dominus* o el titular del derecho que sea, tiene un alcance pleno (117). Aunque el contrato de sociedad es, tanto si la aportación (de cosa no consumible) es en propiedad como si es en uso, un contrato creador de obligaciones, y, entre ellas, la obligación de entrega por el aportante, que puede ser cumplida por un *non dominus* perfectamente si está en posesión de la cosa, la diferencia surge una vez realizada la entrega. Porque, en caso de que la aportación sea en propiedad, la sociedad no habrá adquirido el derecho al que aspiraba (salvo que el aportante haya adquirido entre medias la propiedad), amén de que el contrato pueda ser nulo por dolo o por error; mientras que, en caso de la aportación en uso, aunque la cosa sea ajena, una vez realizada la entrega (y aún antes), la sociedad tendrá exactamente el derecho que pretendía: un derecho de crédito a ser puesta y mantenida en el goce pacífico de la cosa. Así, cumplida la entrega, y mientras el *verus dominus* no reivindique la cosa, no existirá causa de disolución de la sociedad: ni la de pérdida del artículo 1.701, ni la de incumplimiento de obligaciones del 1.707 —éste, para la sociedad por tiempo **determinado**—.

Pero, como decimos, esta no es la única consecuencia que se deriva de la naturaleza personal del derecho. Esa calificación del derecho afecta a la configuración del acto de aportar, que ha de ser definido como acto constitutivo y como acto de administración, y que supone, si la aportación en uso es de un bien inmueble, su inaccesibilidad al Registro de la Propiedad, pues, a diferencia de los derechos reales, que tienen acceso a él por el sólo hecho de

(116) Queda supeditada a que el vendedor o el aportante adquiera la propiedad de la cosa para que pueda cumplir su obligación de entrega con eficacia traslativa.

(117) En el caso de la citada sentencia (sentencia de 27 de enero de 1995): un socio había aportado una finca de la que no era propietario y otro había aportado el dinero con el que se construyó una granja para la explotación de la cría de ganado porcino, objeto de la sociedad. Se discutía el carácter de la aportación (si en uso o si en propiedad) de la finca para saber si, en el patrimonio social a liquidar, había de considerarse dicho inmueble. La Audiencia había dicho que, por no ser el socio aportante propietario de la finca, no había podido aportarla sino en uso. El Tribunal Supremo afirmó, igualmente, la existencia de aportación en uso, y no en propiedad, pero dijo, en contra de lo sostenido por el Tribunal de segunda instancia, que «en nuestra legislación civil no existe precepto alguno que imponga al socio aportante la obligación previa de ser propietario», lo cual es cierto pero con el mismo alcance que en la venta de cosa ajena.

serlo, en el caso de los personales esto ha de concederlo la ley, y la ley no lo permite, en principio, más que para el arrendamiento (art. 2.5.º LH).

Veamos estas consecuencias.

7.1.1. *El acto de aportar en uso, acto constitutivo y de administración*

Se suele hablar de la aportación como acto traslativo (acto que opera la transmisión de un derecho preexistente), sin reparar en que existen diversos títulos de aportación, y que el ser acto traslativo conviene sólo a la aportación del derecho de propiedad o a la aportación de contrato (por ejemplo, de arrendamiento), pero no a la aportación del uso, porque el acto por el que se crea un derecho nuevo —y tal es el caso del acto creador de un derecho de crédito, cual es el acto de aportar en uso o el de aportar **industria**—, es un acto constitutivo (118).

Por otro lado, el acto de aportar en uso, al contrario que el acto de aportar en propiedad, y de modo idéntico al acto de arrendar o al de prestar es acto de administración. Esa **cualificación** afecta a la capacidad de obrar y a la posibilidad de actuar por otro. La capacidad, por tanto, es la de administrar; capacidad que tiene el menor emancipado en virtud de lo preceptuado en el artículo 323 del Código Civil, el cual podrá hacer aportación en uso de sus bienes, muebles o inmuebles, o de establecimientos mercantiles o industriales o de objetos de gran valor, sin necesidad de consentimiento de sus padres o del curador.

Ahora bien, si se trata de una aportación de bien inmueble por tiempo superior a seis años, al igual que el arrendamiento superior a ese tiempo, habrá que considerarlo acto de gravamen, porque excede, según el entender común de la doctrina, de lo que es el modo normal de explotar un bien, y porque ello se deduce del artículo 1.548 del Código Civil, relativo al arrendamiento de inmuebles. En efecto, parafraseando al artículo 1.548, se puede decir que «los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial» podrán hacer aportación en uso de las cosas «por término que no exceda de seis años». Y por lo mismo, también, se puede decir que el titular del bien inmueble necesita de capacidad para hacer actos de gravamen, o sea, para disponer, si quiere aportarlo en uso por más de seis años.

Por lo que respecta a los muebles, también habría que considerar como acto de administración extraordinaria la aportación por más de seis años, con parecidas consecuencias, pero no en el caso de la aportación en uso de cosa

(118) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 35.

consumible porque, en ella, el mayor tiempo por el que se realice la aportación no la hace más gravosa. Es más, si el riesgo relativo al patrimonio es criterio que permite distinguir el acto de administración ordinaria del de la extraordinaria, en el caso de la aportación en uso de cosa consumible, tal riesgo no existe para el aportante (art. 1.687 del Código Civil), y da igual el tiempo pactado para la restitución.

Con relación a la posibilidad de actuar por otro, el mandatario provisto de un mandato general, según lo establecido en el artículo 1.713 del Código Civil, no necesita de un poder especial para realizar una aportación en uso.

7.1.2. *Inoponibilidad a terceros, salvo posible inscripción registral*

7.1.2.1. Cuando se trata de inmuebles

Ya sabemos que el derecho adquirido por la sociedad, a través de una aportación *quoad usum*, es un derecho personal, no oponible a terceros, posibles acreedores del socio que pretenden embargar la cosa aportada o posibles adquirentes del bien (119); y, por ser personal, si se trata de bien inmueble, es un derecho no inscribible en el Registro de la Propiedad (120). Pero esta afirmación merece una explicación (121).

Dos dificultades se alzan frente a la posibilidad de que una aportación en uso sea inscrita en el Registro de la Propiedad. En primer lugar, que nuestro Derecho registral niega como principio general el acceso al Registro de los derechos personales (art. 9. RH), y sólo, como excepción, permite la inscripción del arrendamiento (arts. 1.549 y 1.571 del CC, y 2.5.º LH), de modo que, por tratarse de una norma excepcional, no admite la analogía ni la interpretación extensiva, por lo que por esta vía queda vedado el acceso a la aportación en uso. En segundo lugar, la dificultad surge de la personalidad de la sociedad, porque sólo una sociedad personificada puede inscribir bienes a su nombre. Ahora bien, si se trata de una sociedad mercantil, la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de la aportación en uso podría tal vez admitirse, ya que el Reglamento Hipotecario, en su artículo 383, dice que, una vez

(119) El socio, en la medida en que conserva la propiedad de la cosa (si se trata de cosa no consumible, siempre; y si de cosa consumible, hasta la entrega), no ha perdido la posibilidad de enajenarla.

(120) Lo que supone una gran desventaja para esta clase de aportación, comparada con la aportación del usufructo o con la del arrendamiento; aportaciones con las que puede equipararse en cuanto a duración y a valor patrimonial.

(121) En este favorable a la inscribibilidad, LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 56.

practicada la inscripción de la aportación («aportación o adquisición por cualquier título de bienes inmuebles o derechos reales») a favor de la sociedad mercantil, en el Registro Mercantil, podrá acceder al Registro de la Propiedad; lo que, en realidad, quiere decir, como ya advirtió ROCA SASTRE, que primero se ha de inscribir en el Registro Mercantil la sociedad, pero no que, en él, se hayan de inscribir las aportaciones de bienes (122). Pero, a lo que vamos, dicho precepto habla genéricamente de aportación o adquisición por cualquier título, lo que permitiría entender que, para la sociedad mercantil inscrita, y, por tanto, con personalidad, cabría la inscripción en el Registro de la Propiedad de las aportaciones a título de uso, lo mismo que a título de propiedad. Así, este precepto se constituiría además, como el 2.5 LH, en el caso del arrendamiento, como norma que excepcionaría el principio general que impide el acceso de los derechos personales, por lo que la aportación en uso a una sociedad mercantil, aunque derecho personal de esa sociedad, gozaría, como el derecho real, de oponibilidad frente a terceros adquirentes de la cosa aportada. La posición de la sociedad sería tan favorable como si ella fuera titular de un derecho real sobre la cosa aportada. El obstáculo es que el precepto que habilitaría esta posibilidad es reglamentario.

En cualquier caso, si se trata de sociedad civil, al no adquirir ésta su personalidad en virtud de publicidad registral (123), sino de publicidad de hecho, no se podría utilizar analógicamente el cauce del artículo 383 del Reglamento Hipotecario para pretender la inscripción en el Registro de la Propiedad de las aportaciones inmobiliarias a la sociedad civil, ya sean en propiedad o en uso. Ahora bien, aunque no se inscriba la aportación en uso en el Registro de la Propiedad, y el derecho de la sociedad no goce de aquella prerrogativa de la oponibilidad a terceros, la sociedad no está desprotegida ante una enajenación del bien. Por aplicación analógica del artículo 1.571 del Código Civil, la sociedad tiene (como el arrendatario de inmueble), en caso de venta y de extinción de su derecho, el derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le causen.

(122) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, t. II, Barcelona, 1948, pág. 250.

(123) Máxime en el momento actual, en el que se ha declarado nula, por sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, la Disposición Adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de reforma del Reglamento del Registro Mercantil, que añadió un apartado 3 al artículo 81 del citado Reglamento del siguiente tenor: «podrán también inscribirse las sociedades civiles, cualquiera que sea su objeto, aunque no tengan forma mercantil», así como un nuevo artículo, el 269 bis. Precepto que no hacía obligatoria, desde luego, la inscripción en el Registro Mercantil de las sociedades civiles como requisito de personalidad. Sobre el alcance de la reforma y de la «contrarreforma», vid. GARCÍA MÁZ, FRANCISCO JAVIER, «La sociedad civil en el marco de la reforma del Reglamento del Registro civil en virtud del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *RCDI*, LXXVI (2000), págs. 1068 a 1111.

7.1.2.2. Cuando se trata de otros bienes registrables

En el caso de otros bienes, para los que existe Registro público, como es el caso de las marcas, la cesión del uso, en cualquiera de sus formas, y, por tanto, también como aportación social, es inscribible (con la única dificultad, claro está, de la personalidad de la sociedad) y goza, por ello, de eficacia frente a terceros. Así se deduce del artículo 41.1 de la Ley de Marcas (Ley 32/1988, de 10 de noviembre) que dice que «con independencia de la transmisión de la totalidad o de una parte de la empresa, la marca y la solicitud de registro de marca podrá ser cedida por todos los medios que el Derecho reconoce», y del artículo 43 que señala que «para que la cesión o licencia de la marca surta efecto frente a terceros deberá presentarse por escrito e inscribirse en el registro de marcas» (art. 43). Y lo mismo sucede con las patentes (124).

7.2. CARÁCTER TEMPORAL DEL DERECHO APORTADO

Lo propio de la aportación en uso es la atribución de facultades (que comportan uso y goce) con carácter temporal, al contrario que la aportación en propiedad, que es definitiva, como, en principio, lo es toda transferencia de dominio. En la aportación en uso, el socio conserva una vocación a recuperar todas las facultades que atribuyó a la sociedad. Este carácter temporal, como dice REGNAUT-MOUTIER (125), encuentra su justificación en los principios clásicos del Derecho Civil, tanto del Derecho de bienes como del de obligaciones. Por una parte —dice—, es el principio de que todo derecho que comporte el goce no puede ser sino temporal, en la medida en que el propietario que lo concede debe conservar una vocación a reunir todas las utilidades y aprovechamientos del bien; y ese carácter esencialmente temporal del derecho a gozar de la cosa de otro se verifica en el usufructo, en el derecho de uso o en el de habitación: derechos de duración estipulada, vitalicios o limitados a treinta años cuando son constituidos en provecho de una persona moral (arts. 515 del Código Civil). Respecto al Derecho de obligaciones, que es el directamente aplicable a nuestro caso, es la prohibición de las vinculaciones perpetuas, de la que es clara expresión el artículo 1.583 (para el contrato de servicios), y también, aunque con menos claridad, el artículo 1.543, que impone el «tiempo determinado» al arrendamiento (aunque, en realidad, se trata de la «no perpetuidad») (126), indica que el derecho personal de goce debe tener también un lí-

(124) Artículos 74 y sigs. de la Ley de Patentes (Ley 11/1986, de 20 de marzo).

(125) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 60.

(126) ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, II, 2.º, cit., pág. 180.

mite temporal. Y estos principios, aplicados a la aportación en uso, significan que el aportante debe recobrar la plenitud de facultades que cedió al término de la aportación; y, por ello, la restitución de la cosa objeto del derecho al uso es una característica esencial de esta aportación (127).

Pero una cosa es que la aportación en uso sea esencialmente temporal y que las facultades de uso y goce atribuidas no se adquieran, por la sociedad, definitivamente, y otra, cuál deba ser el límite temporal de la aportación en uso. Nada dice el Código Civil sobre el término de la aportación: si debe o no coincidir con el término de la sociedad; si debe ser determinado o si puede ser indeterminado.

Sobre la fijación del término (coincidente o no, superior o inferior al de la sociedad), y ante el silencio del Código, debe prevalecer la libertad de elección (128); que, por otra parte, es propia del arrendamiento común o general, aunque con los límites que veremos. Así pues, hay que afirmar que, en principio, puede pactarse, además de una aportación por igual tiempo que el de la sociedad, una aportación por tiempo inferior al de ésta, debiendo, en ese caso, al término de la aportación —no de la sociedad— procederse a la restitución. GARRIGUES parece admitir una aportación en uso por plazo determinado inferior al de la sociedad (129), sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 1961, entendió lo contrario, y dedujo la existencia de depósito y no de aportación, entre otras circunstancias (130), por el hecho de que se estipuló un plazo de devolución de la cosa inferior a la duración pactada del contrato; y por esta razón la relación entre el *tradens* y el resto de los partícipes fue *extrasocietaria*, como la de un tercero que contratara con la sociedad.

Pero ese principio de libertad en la elección del término presenta varios límites. En primer lugar, que la aportación no sólo no debe ser a perpetuidad, lo que iría radicalmente en contra del carácter temporal de toda relación obligatoria (131) e implicaría desmembración del dominio y, por tanto, apor-

(127) REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*, pág. 61.

(128) Sobre la libertad en la elección del término, *vid.*, *ibid.*, pág. 85.

(129) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., t. I, pág. 33.

(130) La persona supuestamente aportante no participaba en las ganancias y en las pérdidas.

(131) Como dice la STS de 26 de octubre de 1998, la perpetuidad «es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor, contraria al orden público (véase el art. 1.583 del Código Civil), teniendo declarado la antes citada sentencia de esta Sala, de 16 de diciembre de 1985, que "la perpetuidad es, salvo casos excepcionales, entre los que no se encuentra el contemplado, opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden público"». Esta sentencia distingue los contratos a tiempo indeterminado, que las partes pueden desistir *ad nutum*, de los contratos a perpetuidad, que son nulos.

tación en propiedad, sino que debe tener un término que no implique, de hecho, esa perpetuidad; incluso cuando se haya pactado por el mismo tiempo de la sociedad. El carácter temporal de la aportación, como el de cualquier otro vínculo personal, impone que la aportación no pueda ser, ni directa ni indirectamente, perpetua. La prohibición de los vínculos perpetuos es de Derecho común y de orden público, y afecta a todas las relaciones obligatorias con prestaciones duraderas (132), no sólo a la aportación [y al arrendamiento (133), con el que se ha de establecer la analogía], sino a la propia sociedad (134).

Ahora bien, ¿cuándo un término ha de considerarse que, de hecho, supone perpetuidad? ¿Qué límite debe tener el término para que no pueda entenderse perpetuo? Por analogía con el arrendamiento, puede pensarse en el de noventa y nueve años, pues lo que lo supera se asocia con la perpetuidad. No cabe la analogía con el usufructo, para aplicar el límite de treinta años que el artículo 515 establece en el caso de constitución de tal derecho a favor de «un pueblo, corporación o sociedad», porque este límite de treinta años se impone en razón de ser el usufructo normalmente vitalicio y tener las personas jurídicas vida ilimitada, por regla general; mientras que el límite temporal en el arrendamiento no se impone en virtud de su carácter vitalicio, sino de su carácter temporal y no perpetuo (135).

Otro límite es el relativo a la esencialidad del bien aportado en uso para el cumplimiento del objeto social. Si fuera esencial el uso del bien para la consecución del fin social, la aportación hecha por tiempo inferior faltaría a uno de los requisitos de la aportación, del que hablaremos: la adecuación entre ésta —su título y circunstancias— y el fin social.

Cuestión distinta es si resulta admisible que el término esté indeterminado. La cuestión se plantea, precisamente, cuando se ha pactado que la aportación coincida con el tiempo de vida de la sociedad, lo que, en principio, parece ser lo más adecuado. Ciertamente, en este caso, la duración no estará siempre determinada, por lo que, *ab initio*, no podrá saberse el momento de la resti-

(132) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, II, Madrid, 1993, pág. 323.

(133) Respecto al arrendamiento, dijo el TS en la vieja sentencia de 11 de febrero de 1908 que, «dada la naturaleza del contrato de arrendamiento, efectos legales que produce y relaciones jurídicas que por él se establecen entre arrendador y arrendatario, es manifiesto que la circunstancia de su perpetuidad no se aviene ni conforma con las condiciones intrínsecas de dicho contrato, significando, como significa, un obstáculo legalmente insuperable para que el dueño y propietario pueda recobrar en ningún tiempo la posesión y aprovechamiento directo de la cosa cedida».

(134) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1409.

(135) El usufructo y el arrendamiento son derechos temporales, pero el primero, además, y con carácter ordinario, es vitalicio, mientras que el segundo es de tiempo variable.

tución. No lo estará, desde luego, cuando la sociedad sea por tiempo indeterminado, pero tampoco cuando sea por tiempo determinado (siempre que la vida de la sociedad en la que se pensó fuera la vida efectiva), porque la sociedad podrá disolverse antes del término (arts. 1.700.2.º y 3.º, y 1.707 del Código Civil) y también, prorrogarse después de él (art. 1.702 del Código Civil). Sí lo estará, cuando al estipularse una duración por el tiempo de la sociedad, éste fuera el tiempo fijado para ella en el contrato; o sea, que la duración fuera la estatutaria, porque será en ese momento, perfectamente determinado (salvo disolución anticipada), cuando deba concluir la aportación y procederse a la restitución.

Pues bien, una aportación por tiempo indeterminado, en cualquiera de los supuestos mencionados (tiempo igual al de la sociedad a tiempo indeterminado o igual al de duración efectiva de la sociedad a tiempo determinado), no resulta admisible. La cuestión ha sido tratada por REGNAUT-MOUTIER (136), la cual llega a esta conclusión partiendo de la naturaleza de la operación de aportar. Ahora bien, no es necesario coincidir con ella en el carácter autónomo y oneroso de la aportación (lo que negamos), para poder llegar a la citada conclusión. En efecto, para REGNAUT-MOUTIER, a cambio de la cesión realizada, el aportante recibe una remuneración en forma de derechos sociales, unificados en la cualidad de socio; derechos concedidos en función del valor de la aportación. Y el valor de la aportación, lo mismo que el valor del uso atribuido en el arrendamiento, depende del tiempo. Sin conocer previamente el tiempo, no se puede valorar la aportación ni se puede hacer atribución de derechos proporcionales a aquélla. No es lo mismo que la aportación dure cinco años que dure diez, a efectos de derechos sociales. Para nosotros, no hace falta atribuir carácter oneroso a la aportación, ni concederle autonomía respecto del contrato social (137), para poder concluir en el mismo sentido: que una aportación por tiempo indeterminado es una prestación de valor incierto y, en sí misma, indeterminada. No hace falta acudir a la imposibilidad de fijación de los derechos sociales que se reciben en función (no «a cambio») de la aportación, para negar la posibilidad de una indeterminación temporal. Basta decir que esa indeterminación produce la indeterminación de la aportación, como objeto de la prestación del socio, la cual debe ser determinada, en virtud del artículo 1.273 del Código Civil (138), y, secundariamente, la imposibilidad de fijar proporcionalmente la cuota de participación en los beneficios (principio de proporcionalidad que, advierte PAZ-ARES, subyace en el art. 1.689 del Código Civil) (139). Aunque esto no es lo definitivo,

(136) REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*, págs. 79 y sigs.

(137) Vid., *ibid.*, págs. 211 y sigs.

(138) Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1413.

(139) Vid., *ibid.*, págs. 1414 y 1415.

puesto que la autonomía privada puede establecer una cuota no proporcionada. Además, la aplicación de la regla fundamental del arrendamiento, que impone la determinación temporal, lleva a la misma conclusión.

Y la duración determinada no puede comprender el derecho a prórroga en el uso de la cosa aportada porque aquella determinación dejaría de existir. En el arrendamiento —contrato por tiempo determinado y precio cierto—, sí cabe la prórroga, pero porque la prestación del arrendatario —el pago de la renta— se prorroga lo mismo que la permanencia en el uso de la cosa arrendada; el valor de las respectivas prestaciones mantiene su proporción (cualquiera que sea ésta) (140) después de la prórroga. Pero en la aportación en uso, al adquirirse la posición de socio y los derechos sociales al tiempo de hacer la aportación, en función de ésta, la eventualidad de una prórroga rompería la proporción inicialmente establecida al tiempo del contrato y de la aportación.

Por último, hay que plantearse la hipótesis de que se pactase que el tiempo de la aportación de cosa no consumible superase la vida efectiva de la sociedad, con lo que no habría restitución de la cosa, y el derecho personal de uso y goce, todavía no agotado, formaría parte del activo social al tiempo de la liquidación y entraría en el reparto. Pero para que tal pacto fuera posible, el derecho que tiene la sociedad debería ser transmisible, y sabemos que no lo es.

* * *

Otra cuestión es la de si, no determinado expresamente el tiempo de la aportación, éste pueda saberse por medio de una interpretación del contrato. Ciertamente, podrán ser elementos para esa interpretación el tiempo de la sociedad, el objeto de la misma o la cuota en la participación en los beneficios. La doctrina francesa está conforme en que, cuando los socios no designan un término, la aportación en uso debe ser entendida por todo el tiempo de la sociedad (141).

Llegado el término, automáticamente, sin necesidad de notificación previa, la sociedad, disuelta o no, dependiendo de que el término (determinado) de la aportación sea igual o menor al de duración de la sociedad, deberá restituir el bien que se aportó en uso. Esta seguridad en el tiempo de la devolución (seguridad que se tiene, además, desde el mismo momento de hacer la aportación) es algo de lo que no gozan los demás socios y es otro atractivo de la aportación en uso (142).

(140) Otra cosa es el fenómeno de la depreciación monetaria.

(141) Vid. REGNAUT-MOUTIER, *ibid.*, pág. 85.

(142) Vid., *ibid.*, pág. 88.

8. BIENES APORTABLES EN USO

Dice SIMONETTO que aportación es «qualsiasi entità idonea alla sodisfazione di un interesse sociale» (143). Ciertamente, la aportación en uso puede serlo de cualquier cosa que, por su naturaleza y su situación jurídica (144), sea susceptible de utilidad social, lo mismo que la aportación en propiedad. Ahora bien, ¿pueden ser objeto de una u otra clase de aportación los mismos bienes? Es indudable que los bienes corporales, muebles o inmuebles, pueden serlo, de la misma manera que pueden ser objeto de venta, de arrendamiento o de préstamo; y también, los bienes incorporeales, como la patente de invención (145) o la marca (146). E igualmente, un negocio o un establecimiento mercantil o una explotación agraria, pues el hecho de que pueda ser objeto de

(143) SIMONETTO, ERNESTO, *L'apporto nel contratto di società*, cit., pág. 11. Sin embargo, la afirmación no es tan absoluta como parece: vid., respecto a la aportación aleatoria y a la condicional, las págs. 51 a 53.

(144) Decimos que, no sólo la naturaleza, sino la actual situación jurídica de cosa puede ser un obstáculo para que sirva a la consecución del fin social, y, por tanto, para su aportación en uso: por ejemplo, la cosa que aporta el socio ya estaba cedida por éste a un tercero; aunque el obstáculo puede ser relativo si la situación es transitoria y se han hecho las oportunas previsiones (se trata de un arrendamiento que ha de expirar en poco tiempo, y se ha pactado que, hasta ese momento, no se produzca la entrega o puesta a disposición del bien). La situación jurídica de la cosa (en definitiva, la «cualidad» del uso, de la que hablaremos) y su inadecuación actual para rendir utilidad social no hace necesariamente imposible la aportación: todo depende del momento en que haya de hacerse la promoción del objeto social; y, desde luego, del contrato. Depende del contrato, porque la cosa, hoy insusceptible de aportación, puede haberse prometido como futura. En este sentido, vid. STS de 23 de abril de 1957: hay contrato preparatorio o preliminar de sociedad cuando dos o más personas se comprometen a realizar, en el futuro, el contrato de sociedad que, en el momento presente, no pueden o no quieren realizar; por contra, cuando se ha pactado el objeto de la sociedad, aunque las aportaciones prometidas sean futuras y una de ellas sometida a condición suspensiva, el contrato es de sociedad, sometido al artículo 1.679.

(145) La Ley 11/1986, de 20 de marzo, hace susceptibles de atribución en goce o explotación (y por ello, de aportación en uso) a las patentes y a las solicitudes de patente. El artículo 74.1 dice que «tanto la solicitud de patente como la patente [...] pueden ser objeto de licencias»; y el artículo 75.2 añade que estas licencias pueden serlo en la totalidad de la patente o de la solicitud, «o en alguna de las facultades que integran el derecho de exclusiva, para todo el territorio nacional o para una parte del mismo». El titular de la licencia, salvo pacto en contrario, «tendrá derecho a realizar todos los actos que integran la explotación de la invención patentada, en todas sus aplicaciones, en todo el periodo nacional y durante toda la duración de la patente» (art. 75.4). Por lo demás, también los modelos de utilidad son susceptibles de cesión para su explotación (cfr. arts. 152 y 154) y, por tanto, de aportación en uso.

(146) El artículo 41.1 de la Ley de Marcas (Ley 32/1988, de 10 de noviembre) dice que «con independencia de la transmisión de la totalidad o de una parte de la empresa, la marca y la solicitud de registro de marca podrá ser cedida por todos los medios que el Derecho reconoce»; por tanto, es susceptible de aportación en uso.

arrendamiento (147) avala el que pueda serlo de aportación en uso. Y también, una concesión administrativa, si el título de la concesión no lo impide, y dentro de los límites de la concesión.

Dicho esto, conviene examinar otros posibles objetos de los que, no sin dificultad, se puede afirmar su susceptibilidad para ser objeto de una aportación en uso. Hablaremos, pues, del dinero, de los créditos y de la cosa arrendada.

8.1. EL DINERO

Por su naturaleza, el dinero parece ser idóneo únicamente para una aportación «a fondo perdido», es decir, una aportación en propiedad (148). Sin embargo, esta impresión inicial debe ser ponderada. En el Derecho antiguo era admitida la aportación en uso de dinero, pues ofrecía un medio, a prestamistas y usureros, para eludir la prohibición canónica del préstamo con interés y de la usura (149): el que aportaba el dinero tenía derecho a recibir, al término de la aportación, la cantidad aportada (el capital) y, además, a participar de los resultados (el rendimiento del capital).

En nuestro Derecho, que admite la aportación en uso de bien fungible/consumible (art. 1.687 del Código Civil) no debe haber obstáculo para que el dinero, bien fungible por antonomasia, pueda ser objeto de una aportación de este tipo, lo mismo que puede ser objeto de préstamo simple o mutuo. Además, como el dinero es un bien fructífero, y, por tanto, susceptible de producir rendimientos a su poseedor, con independencia del título de la aportación, resulta adecuado para la promoción de cualquier objeto social. Por otro lado,

(147) En efecto, pueden ser objeto de arrendamiento —el denominado arrendamiento de industria— que fue definido por el artículo 3.1 de la LAU de 1964, como el que recae sobre «una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para ello serlo de meras formalidades administrativas». El hecho de que la LAU de 1994 no se refiera ya a él, no parece significar otra cosa que el que deba considerarse sometido a la norma arrendaticia urbana especial (como arrendamiento para uso distinto del de vivienda) —evidentemente, siempre que la base física del negocio o industria sea un inmueble urbano; así, DÁVILA GONZÁLEZ, JAVIER, «Artículo 3.º», en AA.VV., *La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, Valladolid, 1994, pág. 32-. En este sentido hay que recordar que la referencia que hacía la antigua ley a este arrendamiento era para excluirlo de su ámbito de aplicación; por lo tanto, su omisión en la actual ley ha de significar lo contrario: su inclusión. Sobre el arrendamiento de industria, vid. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, I, Madrid, 1998, págs. 184 y sigs.; MOTOS GUIRAO, M., «El arrendamiento de la empresa», en *Estudios Garrigues*, I, págs. 479 y sigs., y BROSETA PONT, M., «La empresa como objeto de tráfico jurídico», en *Problemática jurídica actual de la empresa*, Valencia, 1965, págs. 15 y sigs.

(148) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 154.

(149) *Ibid.*, pág. 2.

el artículo 1.665 declara aportable al dinero, sin hacer salvedad derivada del título de aportación.

Otra cosa es que, la aparente aportación de dinero encubra un préstamo, usurario o no. Se tratará de un supuesto en el que el aportante no participa realmente en la comunidad de contribución, pues no asume el deber general de contribuir, ni participa del fin común, pues el fin es individual; se tratará de un supuesto, en fin, de simulación.

Una aportación en uso de dinero, no es una aportación dineraria, o sea, una aportación de dinero con carácter definitivo, en propiedad, sino una aportación *in natura* (no dineraria). Por eso, el problema, o más bien la dificultad, de esta clase de aportación, se sitúa especialmente en la valoración (cuestión de suma importancia en las sociedades de capital). Si fuera aportación dineraria no haría falta la valoración porque el dinero aportado sería, a la vez, objeto de la prestación y medida del valor la misma. Pero al ser no dineraria, hay que valorar la aportación porque el dinero no es exactamente el objeto de la prestación, sino el derecho personal al uso y goce, por un tiempo determinado, de la cantidad de dinero (aunque tal uso y goce implique, como en la aportación dineraria, transmisión de propiedad).

Se trata de deuda de dinero, tanto en su momento inicial (obligación de aportar) como en su momento final (restitución), pues la sociedad habrá de devolver la misma cantidad recibida y no el valor actualizado de la que fue entregada (de otra manera, el riesgo sería de éste); y, por eso, si hay retraso, tanto en la entrega por el socio, como en la devolución por la sociedad, y se han de pagar intereses, será por haberse constituido en mora al obligado, y tendrán carácter indemnizatorio, pero no de actualización de valor.

8.2. LOS CRÉDITOS

Tampoco parece inmediatamente evidente la posibilidad de aportar en uso un crédito, porque la cesión de un crédito supone la transmisión de su titularidad, de tal manera que el cesionario adquiere la disponibilidad de la deuda, la posibilidad de exigirla o de condonarla, o de dejarla prescribir. Por contra, lo que no necesita explicación es que un crédito pueda ser objeto de una aportación en propiedad, porque, él mismo, puede ser objeto de venta (arts. 1.526 y sigs. del Código Civil); es más, el Código Civil concibe, en principio, la cesión de crédito como una venta (los citados artículos están incardinados en el título IV del libro IV, «Del contrato de compra y venta»).

Sin embargo, hoy se puede considerar superada la concepción del Código, porque la cesión puede obedecer a muy diversas causas (150): onerosa (venta,

(150) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, II, págs. 805 y sigs.

descuento), lucrativa (donación), de fin común (aportación a sociedad) (151); y puede cumplir muy diversas funciones, y no sólo la inmediatamente traslativa, sino también la de garantía (152).

Que la cesión de un crédito pueda ser a título de sociedad no es, pues, un problema. El problema está en que la función económica del derecho de crédito admita una operación distinta de la de disponer de él. La cuestión es si cabe ceder el uso de un derecho de crédito. Pues bien, además de que el Derecho ofrece algún supuesto de cesión de derecho de crédito no traslativa de la titularidad (153), el hecho de que la cesión implique transmisión no empece el que el derecho de crédito cedido pueda y deba ser restituido, al menos, por equivalente. La transmisión de la titularidad de un derecho de crédito, lo mismo que la transmisión de la propiedad, no es incompatible con la idea de cesión en uso, o sea, con la idea de temporalidad en la cesión, como lo demuestra la existencia del préstamo mutuo y de la aportación de cosa consumible. La cesión o la aportación en uso de un crédito, que es traslativa de la titularidad, supone únicamente que la sociedad ha de restituir su equivalente al término pactado para la aportación. La última dificultad estriba en que, verdaderamente, el crédito sea «consumible», esto es, sea realizable, exigible, pues, de lo contrario, no podrá ser «usado» por la sociedad y, aunque pueda ser restituido al socio, ninguna utilidad habrá rendido a aquélla.

8.3. LA APORTACIÓN EN USO DE COSA ARRENDADA

Ya deslindamos el supuesto de la aportación *quoad usum*, cuando el aportante era mero arrendatario de la cosa, de otros supuestos próximos a él, como el de aportación del arrendamiento o el de constitución del subarriendo a favor de la sociedad. En el caso de aportación en uso de cosa arrendada, el socio proporciona a la sociedad el uso y el disfrute de la cosa que él tiene como arrendatario, pero no transmite ningún derecho arrendaticio a la sociedad.

La cosa arrendada es viable como objeto de aportación en uso porque ella misma es susceptible, en principio, de un segundo arrendamiento, o sea, de

(151) El artículo 39.2 de la LSA la admite para la sociedad anónima, y, por ende, para la sociedad capitalista.

(152) DÍEZ-PICAZO, *ibid.*, pág. 809.

(153) Un supuesto de cesión en uso de derecho de crédito lo ofrece el Derecho laboral: es el caso de la empresa de trabajo temporal (regulada por Ley 14/1994, de 1 de junio), que cede al trabajador por ellas contratado a otra empresa, denominada usuaria, que será la que pueda exigir, durante un tiempo, la prestación de servicios a la que el trabajador está obligado.

un subarriendo (art. 1.550 del Código Civil). Por esto, dice LÓPEZ JACOISTE que a esta clase de aportación ha de serle aplicable el régimen del subarriendo en cuanto a las relaciones entre el arrendador y el arrendatario aportante en uso (en las relaciones entre el arrendatario y la sociedad ya se le aplica el régimen del arrendamiento, como en toda aportación en uso, por analogía): «la aportación del arrendamiento a título de uso [...] aunque objetiva y aisladamente considerado no sea un arrendamiento, frente al vínculo existente entre arrendador y arrendatario, ofrece trascendencia de subarriendo» (154). Pero ha de ser una aplicación también analógica, no directa, como apunta este autor (155): así, por ejemplo, no podrá el arrendador ejercer la acción directa contra la sociedad para cobrar lo que el arrendatario (socio aportante) le deba sobre la base de las mercedes subarrendaticias debidas, porque, sencillamente, en la aportación no existe renta. La analogía se impondrá, desde luego, en otros aspectos: por ejemplo, en el caso de un inmueble arrendado en el que se ejerce una actividad **empresarial** o profesional, el arrendatario aportante deberá notificar al arrendador, en el plazo de un mes, la aportación *quoad usum* que acaba de realizar (156).

Por otro lado, el término de la aportación no supone ninguna dificultad frente al arrendador, puesto que, con la restitución, el socio aportante recupera el uso aportado sin que haya «devolución» del arrendamiento, pues la sociedad, en ningún momento, ha sido arrendataria —lo que habría supuesto cesión de **contrato**—.

(154) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 150. También REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., págs. 168 y sigs.

(155) Dice: «Es imprescindible examinar los elementos arrendaticios latentes en el propio negocio de aportación. Y, una vez puntualizada su existencia o se da valor a estos elementos, y entonces la aportación tiene repercusión de subarriendo; o no se les da valor, y entonces se desconoce la naturaleza de lo aportado y se construye el negocio en el vacío, pues el título de aportación legítima a la compañía para el uso de la cosa, pero no le asegura la existencia material de facultades de esa clase, ya que éstas derivan del arrendamiento.» Y termina: «la disyuntiva es concluyente: [o] se considera la aportación del arrendamiento a título de uso como subarriendo o se crea una figura totalmente desconectada de la fuente de usos arrendaticios y, por lo tanto, totalmente inane. Así, pues, aquel negocio, aunque objetiva y aisladamente considerado no sea un arrendamiento, frente al vínculo existente entre arrendador y arrendatario, ofrece trascendencia de subarriendo» (*ibid.*, pág. 150).

(156) Cfr. artículo 32.4 LAU de 1994.

Segunda parte

REGIMEN DE LA APORTACION EN USO

1. REQUISITOS DE LA APORTACION EN USO Y ADECUACION AL FIN SOCIAL

En el contrato de sociedad, se llama aportación a la prestación que debe realizar el socio, la cual constituye el contenido de la principal obligación que tiene éste: la obligación de aportar (157). Pues bien, como toda prestación, la de aportar en uso ha de reunir los requisitos de posibilidad, licitud, determinación o determinabilidad que exigen los artículos 1.271 a 1.273. Pero, además, ha de ser adecuada al fin común.

Ciertamente, los requisitos generales de todo objeto contractual no son suficientes en el caso del contrato de sociedad. Se precisa, además, cierta proporción entre lo aportado y el fin social (158). En el contrato de sociedad se hace necesaria la adecuación del objeto a la causa del contrato; y hasta tal punto esto es así que ha sido tradicional la confusión entre el objeto del contrato y el objeto de la sociedad (causa), predicándose de éste los requisitos de posibilidad y determinación de aquél; aunque, como advierte PAZ-ARES, ambos requisitos, predicados de la causa, se pueden inferir también del de existencia de ésta (159). Porque para que haya causa, ésta ha de estar determinada en más o en menos y, sobre todo, ha de ser posible.

Como advierte GIRÓN TENA, «la relación con el fin social, cuyo carácter común es esencial para el concepto mismo de sociedad, postula la exigencia de la adecuación de lo que el socio compromete bajo el concepto de aportación, a la promoción del fin social propuesto» (160); con otras palabras, lo aportado o prometido en aportación debe presentar una utilidad que se debe medir en relación a la actividad de la sociedad, o sea, al objeto social (161). Pues bien, un aspecto de esa proporción entre el objeto aportado y el fin concreto de la sociedad u objeto social, es la adecuación que ha de existir entre el título en que se aporta y ese mismo fin; en nuestro caso, entre el título *quoad usum* y el fin social que los socios se han comprometido a promocio-

(157) Hay, no obstante, un concepto amplio de aportación, equivalente a la obligación general de colaborar a la consecución del fin común (vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1412), al que no nos referimos ahora.

(158) PAZ-ARES, *ibid.*, pág. 1414.

(159) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1337.

(160) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., pág. 213.

(161) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 20. Esa incompatibilidad entre la cosa aportada y la actividad, se produce, por ejemplo, en el caso de la aportación de una patente a una sociedad inmobiliaria.

nar. Los ejemplos no son difíciles de encontrar. Así, en caso de que el objeto social consista en la venta de inmuebles, la aportación en uso de un inmueble resultará inadecuada, a no ser que se trate de una aportación marginal respecto al conjunto de las aportaciones, como sería el caso de que tal inmueble fuera destinado a sede social.

Mas no sólo eso, hay que fijarse también en la «cualidad» del uso aportado para apreciar o no su adecuación al fin social. Porque el uso que el socio tiene, y que aporta, puede estar configurado de muy diversa manera, según los casos. Por poner un ejemplo, piénsese en que el socio aportante es propietario de varias plazas de garaje, y como sucede en la mayor parte de los casos, lo que en realidad tiene es una cuota de la comunidad existente sobre todo el local destinado a tal fin (comunidad de garaje). Pues bien, si aporta las plazas de aparcamiento en uso y la sociedad se propone explotarlas (alquilarlas, por ejemplo), tal vez la configuración que la comunidad (dotada de estatutos) haya hecho del uso del garaje sea incompatible con aquella explotación. Recuérdese que en la genuina comunidad de garaje nadie es propietario de «su» plaza, sino que existe el acuerdo entre los comuneros sobre el uso de un determinado espacio; acuerdo relativo al uso, que ha podido configurarse como rotativo, correspondiendo cada vez a cada comunero una plaza distinta, lo que puede no convenir al mencionado fin social (162).

Y si saltamos de la comunidad ordinaria a la propiedad horizontal, obtenemos otro ejemplo de lo que decimos: si el socio —digamos, en una sociedad de médicos— aporta en uso un piso y la sociedad lo va a destinar a instalar en él la consulta, la aportación no será adecuada si, en los estatutos de la comunidad, está prohibido el uso de los pisos a actividades negociales o profesionales.

La incompatibilidad o falta de adecuación entre el título de aportación en uso (considerando también la «cualidad» de este uso) y el fin social, cuando la sociedad, por ello, no pueda obtener ninguna utilidad del bien aportado, hace improcedente la aportación, y el contrato será nulo por inadecuación de la aportación (163).

Por otro lado, como lo que justifica la prestación no es, como en los contratos de cambio, la contraprestación, sino el fin común, si la prestación no sirve para promocionarlo, puede que la misma existencia del fin común se

(162) El uso, en toda comunidad, es en principio solidario con los límites del artículo 394 del Código Civil; o sea, cada comunero puede ejercerlo sobre el todo (*solidum*), pero los comuneros pueden transformarlo en uso exclusivo de partes atribuidas a cada comunero, o en uso periódico, etc.

(163) No cabe hablar de nulidad del negocio de aportación porque éste no tiene autonomía (PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1418), sino de nulidad del contrato de sociedad. Otra cosa será la nulidad parcial.

vea afectada. Si el fin común concreto (objeto de la sociedad y causa del contrato) no es posible (de la causa se ha de predicar, en el contrato de sociedad, no sólo la existencia, veracidad y licitud, sino también la posibilidad y la determinación) (164) o sea, no puede alcanzarse por inadecuación de la prestación, el contrato de sociedad puede resultar también nulo por este motivo (165): porque «la posibilidad —jurídica y fáctica— de desarrollo del fin común es ella misma condición de existencia de la causa» (166).

No en el caso de que pueda afirmarse la imposibilidad de la causa, pero sí cuando lo que hay es mera inadecuación de la aportación (de una aportación), es decir, cuando la causa de nulidad no afecta a todo el contrato **plurilateral**, sino a una de sus relaciones jurídicas, la nulidad puede ser parcial (por ejemplo, en el caso de la sociedad de más de dos socios, porque el fin pueda cumplirse con las aportaciones de los otros socios). Pero no debe afirmarse esto a la ligera, porque, en materia de nulidad parcial, se debe examinar la voluntad de las partes (real o presumible) (167); y también cuando se trate de contratos plurilaterales o asociativos. Es decir, en nuestro caso, se debe poder saber o inducir, al menos, que los demás socios quisieron o hubieran querido continuar con la sociedad sin la «parte» que resulta nula. Porque, si esto no es así, la nulidad será total (168).

¿Qué significa que la sociedad es nula parcialmente? En la sociedad interna, en la sociedad-contrato, la nulidad parcial opera como en cualquier otro contrato: será nula la «parte» del contrato. Ahora bien, en este caso, no será una estipulación o una cláusula contractual a la que resulte nula, sino una relación jurídica que se integra en el complejo contrato plurilateral: precisamente, la consecuencia más importante que se extrae de la categoría de los contratos plurilaterales es la de la posibilidad de limitar la nulidad (también la ineficacia sobrevenida, la resolución por incumplimiento) al vínculo del socio al que afecta la causa de nulidad (169).

La nulidad parcial opera, no obstante, de modo semejante a la disolución parcial y exclusión del socio. Por eso, dada la inexistencia de previsión normativa en el Código Civil, habrá que acudir, para fundar esta nulidad parcial,

(164) PAZ-ARES, *ibid.*, pág. 1337.

(165) PAZ-ARES habla de nulidad de la obligación (*ibid.*, pág. 1414).

(166) *Ibid.*, pág. 1338.

(167) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971 (reimpres., Madrid, 1991), pág. 493; Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho patrimonial*, I, Madrid, 1993, pág. 456.

(168) Cabe, incluso, la posible voluntad que habrá que poder inducir también, de continuar la sociedad con el socio «no aportante», puesto que es admisible la sociedad en la que uno participa a costa de los demás, siempre y cuando, ese socio asuma el deber de aportación general, o sea, el de contribuir a la promoción del fin social (PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1412).

(169) Vid., Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho patrimonial*, I, pág. 141.

a la aplicación analógica del artículo 1.706, párrafo 1.º, *in fine*. Precepto que faculta a los socios para excluir al compañero en un supuesto concreto (denuncia de mala fe para apropiarse del provecho que debía ser común, lo que supone una infracción del deber de fidelidad), pero que puede aplicarse «a los demás supuestos de incumplimiento culpable, por parte de los socios, de sus deberes fundamentales» (170). Y de este precepto cabe extraer el principio aplicable a nuestro caso (*analogía iuris*) de conservación del contrato de sociedad por exclusión del socio al que afecten incumplimientos, pero también vicios y vicisitudes del contrato. Como dice GIRÓN, el desfase temporal entre la construcción de la categoría del contrato plurilateral y los textos legales, supuso que éstos contemplaran supuestos aislados de continuación de la sociedad con exclusión del socio: supuestos concretos de incumplimiento, con olvido de otros: nulidades, imposibilidad, etc. (171).

En la sociedad externa —sociedad en la que la nulidad da lugar al fenómeno de la sociedad de hecho—, el motivo de nulidad operará, propiamente, como causa de disolución autónoma (172); y, en este caso, de disolución será parcial. En la sociedad anónima, en cambio, después de la inscripción, ni la inadecuación de la aportación ni la imposibilidad de consecución del fin común serán causas de nulidad (173).

* * *

Respecto a la forma, no hay exigencia: la aportación en uso, aun cuando fuera de bien inmueble, no puede imponer la forma escrituraria pública al contrato de sociedad (174). En primer lugar, porque el artículo 1.667 del Código Civil habla de aportación de inmuebles, y un derecho personal de uso sobre un inmueble no tiene la consideración de bien inmueble, pues sólo la tienen los derechos reales sobre bienes inmuebles (art. 334, 10.º del Código Civil). Y, en segundo lugar, porque la analogía existente entre el derecho que ostenta la sociedad en virtud de una aportación en uso, con el arrendamiento, impone también la analogía entre los contratos que dan origen a una y otra situación (175).

(170) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1.511.

(171) GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., págs. 666 y 675.

(172) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1332.

(173) Artículo 34 de la LSA.

(174) En cualquier caso, se trata de forma no esencial. Vid. PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1348. Con un planteamiento más ambiguo, CAPILLA, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 32 a 37.

(175) La exigencia de la escritura pública para el arrendamiento por más de seis años no lo es sino para poder inscribir el arrendamiento en el Registro de la Propiedad (art. 1.280.2.º en relación con el art. 1.549 del Código Civil).

2. OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE RELATIVAS A LA APORTACION *QUOAD USUM*

Hacer la aportación no es la única obligación del socio, pero sí la principal (176). En el Código no hay una regulación expresa del contenido de esta obligación del socio, por lo que su contenido debe ser integrado por el recurso a la analogía, dependiendo de que el objeto cuyo uso se aporta sea consumible o no consumible. Comencemos por ahí.

2.1. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APORTACIÓN DE COSA NO CONSUMIBLE

Establecida, para la aportación en uso de cosa no consumible, la analogía con el arrendamiento es fácil apreciar cómo esa obligación se desglosa en una serie de deberes, de conformidad con el artículo 1.554 del Código Civil:

- el de entregar la cosa que se aporta;
- el de hacer, en la cosa aportada, las reparaciones necesarias a la conservación, conforme a su destino y
- el de mantener a la sociedad en el uso y goce pacífico de la cosa aportada.

Por otro lado, del artículo 1.553 se desprende también la obligación de saneamiento.

2.1.1. *La obligación de entregar la cosa*

La primera obligación del socio aportante, sea en uso, sea en propiedad, es una obligación de dar, es decir, de hacer un traspaso posesorio a la sociedad. El socio debe entregar, debe realizar los actos necesarios para que la sociedad tome posesión de la cosa. Entrega que, en palabras de Díez-PICAZO, «puede ser un paso de mano a mano, pero puede ser también una puesta a disposición» (177); lo que dependerá de lo previsto en el contrato, en su caso,

(176) Otras obligaciones que tiene el socio son: el deber de fidelidad (art. 1.684); la obligación de contribuir a los gastos de conservación de las cosas comunes (art. 1.695.3.º); la obligación de contribuir a las pérdidas (art. 1.689), que es distinta del deber de suplementación en la aportación, que, en nuestro Derecho, no existe como tal, aunque, desde luego, puede pactarse, y hasta, tal vez, podría hacerse derivar excepcionalmente de las exigencias de la buena fe (PAZ-ARES, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., págs. 1412 y 1413); y, en su caso, la obligación de administrar (art. 1.692).

(177) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 240. La expresión «puesta a disposición», aunque evoca el *abusus*, no es exclusiva de la entrega en el contrato de compraventa (vid. art. 333 del Código de Comercio); puede aplicarse a otros contratos en los que debe haber traspaso posesorio sin enajenación.

completado por los usos de los negocios (entre otros elementos de integración). En el Derecho francés, el nuevo artículo 1.843-3 del *Code Civil* (redactado en 1978) dice que la aportación consiste en la transferencia de los derechos correspondientes o en la *mise á la disposition effective des biens* (178). De la puesta a disposición, podría dudarse de su efectividad como mecanismo para la aportación en propiedad, es decir, como medio para transmitir la propiedad, pero no cabe dudar de su eficacia para enteder cumplida, con ella, la obligación de entregar (179), máxime en el supuesto de cosa no consumible, porque, en ella, con la puesta a disposición, no hay transmisión del riesgo.

Con independencia de que la forma exigida por el artículo 1.667 (forma no esencial) afecta al contrato y no al cumplimiento de la obligación de aportar, y de que, como ya hemos dicho, no alcanza a la aportación en uso de bienes inmuebles, existen casos en los que la cesión de derechos de uso de determinados bienes exige de la forma escrituraria (pública o privada) como forma esencial, por lo que la obligación de aportar ese uso ha de ser cumplida de esa forma, para que la sociedad (o el conjunto de los socios) adquiera el derecho. La cuestión es compleja. La exigencia de forma, como dice PAZ-ARES, «no se contrae, como a veces se sostiene, a la obligación de aportar que tenga por objeto la participación en una sociedad limitada, la patente, el derecho de propiedad intelectual, la asunción de una garantía mercantil, etc., sino que se extiende a todo el contrato de sociedad» (180). Porque la aportación no es un negocio autónomo, sino una obligación derivada del contrato. Así pues, la forma, de ser exigida para la cesión, ha de impregnar todo el contrato, con independencia que también sea necesaria para el acto de cesión. Es el caso, por ejemplo, de la cesión de patente. La aportación de patente o de solicitud de patente, en virtud de lo establecido por la Ley de Patentes para el acto de cesión (arts. 74 a 107), ha de constar por escrito (art. 74.2); además de que el acto de cesión ha de ser completado, por el aportante, con la puesta a disposición del «licenciatario [de] los conocimientos técnicos que posea y que resulten necesarios para poder proceder a una adecuada explotación de la invención» (art. 76.1).

La entrega material (o simbólica) o la puesta a disposición con la finalidad de que se opere un cambio posesorio, en el caso de la sociedad no personificada, debe hacerse al conjunto de los socios o, al menos, a los que ejerzan la administración. Pero también (y con independencia de cómo sea la sociedad) es posible que no haya ni una ni otra y que el socio aportante

(178) No se aplica a la aportación de dinero.

(179) Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 629.

(180) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1345.

continúe detentando la posesión de la cosa aportada (181). En este caso, en el que no hay acto material de entrega, hay cambio de afectación de la cosa, porque el socio pasa a detentar la cosa, desde el momento que se haya fijado en el contrato, por cuenta de la sociedad (o del conjunto de los socios, en el caso de la sociedad interna), y la sociedad (o el conjunto de los socios) adquiere la posesión en virtud del artículo 439 del Código Civil.

Por último, respecto al objeto que se ha de entregar o poner a disposición (que ha de ser idéntico e íntegro), en virtud del artículo 1.097, ha de comprender todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados en el contrato (de sociedad). Y estos accesorios son los que la cosa tuviera al perfeccionarse el contrato y los que sean necesarios para su uso y destino.

2.1.2. *La obligación de mantener en el uso y goce de la cosa aportada*

La obligación del socio, cuando su aportación es *quoad usum*, no termina con la entrega, sino que continúa con la permanente colaboración que sea precisa a fin de que la sociedad pueda usar y gozar la cosa aportada todo el tiempo que dure la aportación o la sociedad. De esta obligación del socio, ya hemos dicho que es de tracto continuo, similar, por ello, a la aportación de industria, que es obligación duradera (182).

Cuando el socio se obliga a aportar *quoad dominium*, su obligación es de tracto único, pues una vez realizada la entrega queda liberado y sólo se le puede obligar al saneamiento (como en la compraventa); mientras que cuando se obliga a aportar *quoad usum* su obligación es de tracto sucesivo y dura por todo el tiempo pactado (183). Así, dice LÓPEZ JACOISTE: «la aportación en uso implica continuada colaboración del socio con la sociedad para proporcionar a ésta el goce de la cosa; se trata de la función de intermediario inexcusable en todas las situaciones de goce sobre cosa ajena, las cuales precisan una cierta cooperación del titular del dominio» (184).

Esa obligación de colaborar para que la sociedad se mantenga en el uso y goce de la cosa aportada es una obligación de contenido muy amplio, que se descompone en otras obligaciones específicas.

En primer lugar, la obligación de evitar las situaciones de perturbación en el goce implica la obligación, del socio, de abstenerse de toda actuación que provoque esa perturbación. Lo que supone, sobre todo, que no deba perturbar

(181) Vid. REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 15.

(182) Vid. HAUTCOEUR, *Les apports á prestations successives ou continues dans les sociétés*, cit.

(183) En este sentido: GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, cit., pág. 336.

(184) LÓPEZ JACOISTE, *El arrendamiento como aportación social*, cit., pág. 78.

la posesión de la sociedad, la cual tiene, frente al socio, al igual que el arrendatario frente al arrendador, la tutela de su posesión *ex* artículo 250.4.º LEC (los antiguos interdictos de retener y de recobrar la posesión *ex* art. 446 de la LEC anterior). Además, esta obligación, se concreta en la exigencia del artículo 1.557 de que el arrendador (el socio aportante) no varíe la forma de la cosa entregada.

En segundo lugar, el socio ha de responder también de las perturbaciones que procedan de terceras personas. Estas perturbaciones son las de derecho, porque de las de hecho el artículo 1.560 exime al arrendador (en nuestro caso, al socio aportante), pues concede al arrendatario (en nuestro caso, a la sociedad) acción directa contra el perturbador; lo que no obsta para que el socio aportante, al igual que el arrendador, también tenga acción contra el perturbador y pueda ejercerla en beneficio de la sociedad.

Las perturbaciones de derecho son las realizadas por un tercero «en virtud de un derecho que le corresponde», como dice el artículo 1.560, en su segundo párrafo. De ellas sí responde el socio aportante, el cual debe defender a la sociedad por vía de acción o de excepción; aunque esta obligación tiene como presupuesto el cumplimiento de otra obligación, por parte de la sociedad, que es la puesta en conocimiento al socio, lo antes posible, de «toda novedad dañosa que otro haya realizado o abiertamente prepare» (art. 1.559, pfo. 1.º).

2.1.3. *La obligación de reparar*

Con relación a la obligación de reparar la cosa, hay que decir que se refiere no sólo a todas las reparaciones necesarias al uso para el que se destina la cosa, ya procedan de defectos anteriores a la entrega, ya de deterioros posteriores, debidos tanto al mero transcurso del tiempo como al uso ordenado de la cosa, como a caso fortuito o fuerza mayor (185). En este punto hay que advertir que las obras que son exigibles, por parte de la sociedad, son las obras de mera corrección de deterioros, y no las de reconstrucción (186) (del caso de destrucción o pérdida de la cosa trataremos más adelante).

Por su parte, la sociedad tiene (al igual que el arrendatario) la obligación de poner en conocimiento del socio, con carácter de urgencia, la necesidad de todas las reparaciones necesarias (art. 1.559, pfo. 2.º), y en caso de no hacerlo será responsable de los daños y perjuicios que por su negligencia se causen (art. 1.559, pfo. 3.º). Además, ha de tolerar las obras en aplicación del ar-

(185) STS de 9 de marzo de 1964, relativa al arrendamiento.

(186) SSTs de 12 de noviembre de 1974, de 20 y de 28 de febrero de 1975, relativas al arrendamiento.

título 1.558, cuyos párrafos segundo y tercero no son aplicables y hay que reconducirlos al supuesto de pérdida temporal que más adelante se examina.

2.1.4. *La obligación de saneamiento*

Nada dice el Código de la garantía que, en caso de aportación en uso, haya de prestar el socio a la sociedad. Respecto a la aportación en propiedad, como ya hemos dicho, el artículo 1.681.2.º establece la garantía por evicción, si la cosa es cierta y determinada, «en los mismos casos y de igual modo que lo está el vendedor respecto al comprador»; y la doctrina entiende que también se ha de incluir el saneamiento por vicios ocultos, como en la compraventa (187).

Para la aportación en uso, sólo podemos afirmar, antes de acudir a las normas del arrendamiento, que el socio, como obligado que está a entregar la cosa que aporta, debe, no sólo cumplir, sino que debe hacerlo sin defecto. Después, la remisión a las reglas del arrendamiento ha de servir para disciplinar esa elemental obligación, y, en su virtud, concluir que el socio aportante, que tiene una obligación continuada de mantener a la sociedad en el goce pacífico de la cosa, lo mismo que el arrendador, ha de asegurar, además, ese goce pacífico (art. 1.554-3.º del Código Civil) (188).

A su vez, el artículo 1.553 del Código Civil, relativo al arrendamiento, remite a las reglas de la compraventa, con lo que la regulación de la garantía de la aportación en uso viene a ser igual a la de la aportación en propiedad, pues el artículo 1.681, en su segundo párrafo, para la aportación en propiedad, hace también remisión a las normas de la compraventa. Así las cosas, podría parecer conveniente que, para evitar el circunloquio, en lugar de aplicar analógicamente, a la aportación en uso, los artículos 1.553 y 1.554, se aplicara analógicamente el artículo 1.681. Sin embargo, como ha señalado CAPILLA, no da igual optar por una o por otra solución porque «la obligación de saneamiento o garantía del vendedor no se extiende más que a los casos de evicción y vicios ocultos, como consecuencia de la naturaleza de la relación jurídica instaurada a partir del contrato de compraventa [...]. Por el contrario, el arrendador está gravado con una obligación de garantía más extensa, a causa de instaurarse una obligación de tracto continuado: así, no sólo responde por evicción o vicios ocultos (los cuales traen causa desde antes del arrendamiento, igual que en la compraventa), sino que asume una

(187) Por todos, CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 262.

(188) En otros derechos europeos, la remisión a las reglas del arrendamiento, en cuanto a la garantía es expresa: artículo 984 del *Código Civil Portugués*, artículo 2.254 del *Codice Civile*; artículo 1.843.3 del *Code Civil*.

posición de garante que le obliga "a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato", según se desprende del número 3.º del artículo 1.554». Y concluye: «por todo ello, entiendo preferible la opinión que estima, en principio, que debe asimilarse la aportación en uso con el arrendamiento, que cuenta en su favor con lo establecido por el artículo 1.687 en materia de riesgos» (189).

Sin embargo, esta polémica carece de virtualidad porque, como dicen Díez-Picazo y Gullón, lo que está falto, de entrada, de justificación es el reenvío que el artículo 1.553 hace a las normas sobre saneamiento de la compraventa (190). En efecto, el supuesto de evicción, esto es, el de pérdida total parcial del goce de la cosa como consecuencia de una acción ejercida por un tercero, supone ya un incumplimiento para el socio aportante de su obligación de mantener a la sociedad en el goce pacífico de la cosa. Y el supuesto de vicios ocultos que hagan impropia a la cosa aportada para el uso a que se la destina, conduce ya hacia la obligación de hacer las reparaciones necesarias que impone el artículo 1.554.2.º y que, efectivamente, incluye los vicios existentes al tiempo de hacerse el arrendamiento (la aportación) y los que surjan después. O sea, que no es que la obligación de saneamiento (en el arrendamiento y en la aportación en uso de cosa consumible) haya de regirse directa o indirectamente por el régimen de saneamiento de la compraventa, y que haya que ver si esa obligación supone un concepto más amplio de saneamiento que el de la evicción o el de los vicios ocultos, sino que dicha obligación de saneamiento queda desprovista de contenido por la existencia de las restantes obligaciones del arrendador o del aportante en uso de cosa no consumible, que ya hemos examinado.

2.2. OBLIGACIONES RELATIVAS A LA APORTACIÓN DE COSA CONSUMIBLE

2.2.1. *La obligación de entregar la cosa*

Lo mismo que en la aportación de cosa consumible, el socio tiene una obligación de entregar, porque, al contrario que el contrato de préstamo mutuo, con el que la aportación en uso de cosa consumible guarda analogía, el contrato de sociedad no es real.

(189) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 262 y 268. Respecto al régimen de garantía, dentro de los arrendamientos, estima que debería aplicarse el que corresponda a la naturaleza del bien (inmueble urbano o rústico), siempre que no contradiga las normas generales sobre arrendamientos contenidas en el Código Civil, habida cuenta el carácter de excepcionalidad de las normas arrendaticias urbanas o rústicas (pág. 268).

(190) Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, t. II, pág. 368.

En la medida en que la cosa consumible sea cosa genérica (191) (por ejemplo, materias primas, mercaderías), deberá individualizarse ésta, con carácter previo al cumplimiento. Facultad (y deber, dice Díez-Picazo) (192), en principio, del deudor, esto es, del socio. La especificación llevada a cabo por el deudor señala el momento de la traslación de los riesgos a la sociedad, como se deduce del artículo 1.452.3.º, que, aunque relativo a la compraventa, al establecer el momento en que los riesgos se imputan al acreedor (comprador), puede ser aplicado por analogía en este caso de imputación de riesgos a la sociedad (acreedor que adquiere la propiedad, lo mismo que el comprador). Mas la sola especificación realizada por el socio no parece suficiente para hacer traslación de los riesgos, cuando la misma, aun notificada a la sociedad, no va seguida inmediatamente por la entrega. Como dice Díez-Picazo, habrá que estar a lo pactado, integrado, en su caso, por los criterios que deban utilizarse, y, entre ellos, los usos negociales; y como, dice, siguiendo a LARENZ, habrá que distinguir «según que sea una obligación de entrega efectiva, una obligación de remisión o una obligación de puesta a disposición: en el primer caso, la obligación sólo se especifica o individualiza con la entrega; en el segundo caso se individualiza desde el momento en que el deudor separa unilateralmente los géneros y los pone en camino; y en el tercer caso basta que el deudor tenga la mercancía a disposición del acreedor, siempre que haya comunicado a éste tal hecho, ofreciéndosela en condiciones tales que permita la mora del acreedor, si éste no efectúa la recogida, aunque deba admitirse que el riesgo se traslada desde la separación con puesta a disposición, exista o no todavía *mora accipiendi*» (193).

Con relación a la calidad de la cosa genérica, ha de ser aplicada la regla del artículo 1.167 del Código Civil, a no ser que, en el contrato social, se haya establecido otra cosa; contrato que, en su caso, habrá de interpretarse conforme a los artículos 1.281 y siguientes de dicho cuerpo legal (194).

2.2.2. La obligación de saneamiento

Respecto a una obligación de garantía, más estricta para el aportante en uso que para el mutuante, ya hemos hablado para decir que la naturaleza

(191) En la concepción del Código, parece identificarse la cosa consumible («fungible») con la genérica. Así, el artículo 1.687 parece equiparar la no consumible con la «cosa cierta y determinada», lo que, *a contrario*, significa aquella identificación. Si se tratara de cosa fungible en sentido estricto, sí que podría establecerse, sin duda, esa identidad.

(192) Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 298.

(193) *Ibid.*

(194) Vid. CAFFARENA LAPORTA, «El requisito de identidad de pago en las obligaciones genéricas», en *ADC* (1985), págs. 909 y sigs.

del contrato de sociedad (contrato de fin común lucrativo), o sea, su carácter no gratuito, hacía inadecuada una garantía tan moderada como la del artículo 1.752 del Código Civil. Al aportante en uso de cosa consumible se le ha de hacer responder por vicios. Ahora bien, no cabe repetir aquí lo que se ha dicho sobre el saneamiento en la aportación de cosa no consumible, porque, en el caso de la aportación de cosa consumible, no existe la obligación duradera de mantener en el uso y goce, ni la de reparar, que sí existe en aquella aportación. Aquí, el saneamiento ha de ser el de la compraventa, puesto que esta aportación entraña transmisión de la propiedad. Ello no obstante, lo mismo que en el caso de la aportación en propiedad, la aplicación de las reglas de saneamiento de la compraventa (en virtud de la remisión expresa que hace el art. 1.681) no es automática (195). Así pues, el supuesto de evicción debe ser reconducido al de incumplimiento de la obligación de aportar, con las consecuencias propias, y no a la acción de los artículos 1.475, porque el efecto fundamental de la restitución del precio no puede darse, porque el precio no existe. Y lo mismo puede decirse, en caso de vicios ocultos, con relación a la acción redhibitoria. Sin embargo, la acción estimatoria o *quantum minoris* es perfectamente aplicable, si se sustituye la «rebaja del precio» por la reducción proporcional de la participación del socio (196).

3. OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD RELATIVAS A LA APORTACION. LA OBLIGACION DE RESTITUCION

Nos referimos ahora a las obligaciones que surgen entre la sociedad y el socio no derivadas de su pura cualidad de socio sino de su cualidad de aportante en uso, y como consecuencia de haberse instaurado por ese concepto una relación de tracto continuo. Así pues, lo mismo que en el arrendamiento (art. 1.555.2.º del Código Civil), si se trata de un bien no consumible, la sociedad viene obligada a usar la cosa conforme a su destino, el cual vendrá marcado por el objeto social (o fin concreto de la sociedad); lo que supone que habrá de indemnizar ésta al socio por el uso negligente que provoque la pérdida, destrucción o deterioro de la cosa (arg. ex art. 1.563 del Código Civil) (197). Pero, sobre todo, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa, viene obligada, la sociedad, a devolverla.

(195) Cfr. CAPILLA, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 261 y sigs.

(196) Vid., *ibid.*, pág. 266.

(197) La obligación precedente, cuando la sociedad es personificada, recae sobre los administradores.

Se plantea REGNAUT-MOUTIER, a la vista de las dispares opiniones de la doctrina francesa, si la obligación de restitución es distintiva en la portación en uso (de cosa no consumible) que en la aportación en propiedad (198). La duda surge, en Derecho francés, porque la aportación en propiedad puede tener el mismo efecto que la aportación en uso, por el juego de las reglas relativas a la liquidación de las sociedades. En efecto, el artículo 1.844-9 del *Code Civil* (procedente de la reforma de 1978) dice que, en defecto de decisión previa de los socios, «tout bien apporté qui se retrouve en nature dans la masse partagée est attribué, sur sa demande, et à charge de soulte s'il y a lieu, à l'associé qui en avait fait l'apport». Y ello ha llevado a algún autor a decir que las consecuencias de una aportación en propiedad son semejantes a las de una aportación en uso, puesto que el aportante, en ambos casos, podrá recuperar la cosa *in natura*.

El Código Civil español nada dice sobre la liquidación de la sociedad, limitándose, en su artículo 1.708, a remitir a las reglas de la partición de la herencia, reglas que tampoco indican nada sobre una preferencia en la adjudicación de bienes. Razón por la que PAZ-ARES afirma que «no hay derecho de los socios a la recuperación *in natura* de la aportación que hubieren realizado»; y, aunque el Código parte de la premisa de que el reparto se hará *in natura* (o sea, no en metálico), no existe «un derecho de predetracción» (199).

Ciertamente, podría llegarse a un derecho de adjudicación preferente sobre el bien aportado en propiedad, de existir todavía en el patrimonio, por aplicación analógica de las reglas de liquidación de patrimonios conyugales (200), dada la parcial semejanza de supuestos. Y así, del artículo 1.406 podría resultar el principio de adjudicación de bienes con los que el partícipe tiene vinculación personal, que aplicada a la sociedad devendría en la regla de adjudicación del mismo que fue aportado en propiedad.

Pero, aunque así fuera, seguiría siendo distinto el derecho a recuperar cosas *in natura* que fueron aportadas en propiedad, en la liquidación, del derecho a la restitución de bienes (no consumibles) aportados en uso. La aportación en propiedad opera una transferencia definitiva del bien, por eso, el socio aportante en propiedad no tiene ningún derecho originario a recuperar el mismo bien; el derecho a la recuperación del mismo bien —en caso de que exista tal derecho— surge al tiempo de la liquidación, de existir todavía ese bien en el patrimonio social. Por el contrario, el derecho del socio aportante en uso a recupe-

(198) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 62.

(199) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1522. La doctrina francesa, anterior a la ley de 4 de enero de 1978, también era contraria (REGNAUT-MOUTIER, *ib id.*).

(200) Aplicación que sugiere el mismo Paz-Ares (PAZ-ARES, *ibid.*, pág. 1517) y en la que sigue a Lacruz (LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 3.º, cit., pág. 428).

rar la cosa es originario, y lo tiene por el mismo hecho de ser propietario, y de no haber perdido esa condición mientras ha durado la aportación. En el primer caso estaríamos ante un derecho «sucesorio», que surgiría una vez disuelta la sociedad; en el segundo, de un derecho que siempre tuvo el socio.

Afirmado el carácter originario del derecho a recuperar la misma cosa aportada, que es propio únicamente de la aportación de cosa no consumible, digamos que, en ese caso, también se ha de recibir en el estado en que se encontrara al ser aportado, conforme a las reglas del arrendamiento (art. 1.561 del Código Civil), salvo casos de pérdida o menoscabo fortuitos.

Si se trata de cosa consumible, en cuyo caso ha habido transmisión de propiedad a favor de la sociedad, la restitución de la aportación ha de ser en cosa de la misma calidad y especie (y cantidad) por aplicación de las reglas del mutuo. Pero, para que esto pueda ser, hace falta, como sabemos, que la cosa consumible sea, a la vez, fungible; si no lo es, la restitución no puede ser de cosas idénticas y tiene que realizarse por equivalente. En cualquier caso, no hay un mero traspaso posesorio de la sociedad al socio, sino una verdadera transferencia de propiedad, que se opera con la entrega al socio (lo mismo que al inicio, con la entrega a la sociedad).

Tratándose de aportación de dinero, la regla del nominalismo impone que lo restituible sea la misma suma de dinero (de unidades monetarias en la especie pactada o en moneda de curso legal [art. 1.170 del Código Civil]) que fue aportada (deuda de dinero) con independencia de las fluctuaciones que haya experimentado. El artículo 1.753 del Código Civil dice que «el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible [...] estará obligado a devolver al acreedor otro tanto», es decir, la misma cantidad. También, el artículo 312 del Código de Comercio, a pesar de su difícil inteligencia, consagra el principio nominalista para el préstamo de dinero (201).

Por otro lado, se debe devolver el bien, cuando corresponda hacer la restitución, y cualquiera que sea la situación financiera de la sociedad. En caso de embargo por los acreedores sociales, el socio podrá oponerse a él, aportando el contrato social y, sobre todo, los documentos que justifiquen su derecho de propiedad o su titularidad, conforme establece el artículo 593 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y podrá interponer demanda de tercería de dominio dirigida al alzamiento del embargo, de acuerdo con los artículos 595 y siguientes de la misma ley.

Si se trata de cosa consumible, por aplicación de las reglas del cuasi usufructo, el socio aportante puede hacer garantizar la restitución por medio de algún derecho de garantía como, por ejemplo, la hipoteca sobre los bienes de la sociedad.

(201) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 263.

En caso de pérdida no fortuita de la cosa, o sea, por culpa de la sociedad (de los administradores), no se extingue la obligación que la sociedad tiene de devolver, si bien, no ya la cosa aportada, que ya no existe, sino su valor (arts. 1.568 y 1.101 del Código Civil). Pero, en este supuesto, no parece que la pérdida sea productora del derecho a la denuncia unilateral del artículo 1.707, salvo que tal pérdida resulte significativa para el conjunto patrimonial, y haga dudar de la viabilidad de la sociedad para alcanzar su término.

4. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE DE COSA NO CONSUMIBLE

La cuestión del incumplimiento de las obligaciones del socio aportante está muy poco estructurada en el Código, y la doctrina, por su parte, no se ha preocupado de sistematizarla; con todo, los preceptos y las cuestiones de referencia son las siguientes: el prácticamente inútil artículo 1.686, relativo a los daños y perjuicios causados por el socio a la sociedad (202); el artículo 1.687, que regula la materia de los riesgos; el 1.701, sobre la disolución de la sociedad en caso de pérdida, y el 1.707, sobre la denuncia disolutoria, en casos, tanto de incumplimiento imputable como no imputable, o sea, en casos, también, de pérdida fortuita. En efecto, tanto la obligación principal del socio aportante en uso, que es la de hacer entrega de la cosa, como la de mantener en el uso y goce de la cosa a la sociedad, son obligaciones cuyo incumplimiento está relacionado con la cuestión de la pérdida.

Analicemos, primero, el supuesto de incumplimiento no imputable, y luego el de incumplimiento imputable al socio.

4.1. INCUMPLIMIENTO NO IMPUTABLE

4.1.1. *Incumplimiento de la obligación de entregar, no imputable (la pérdida fortuita)*

El supuesto de incumplimiento de la obligación de entregar, no imputable al socio, es el supuesto de pérdida fortuita anterior a la entrega (imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación de entregar y, en general, de la obligación de aportar). El artículo 1.687 no se refiere más que a la pérdida de las

(202) Decimos que es prácticamente inútil porque apenas presenta especialidad respecto a los artículos 1.094 y siguientes del Código Civil, relativos al incumplimiento de las obligaciones (en este sentido, CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 304).

cosas ya aportadas (o sea, a la cuestión del riesgo de la cosa aportada), y con miras al momento final de la sociedad, pero no dice nada de las que aún no lo han sido. Ahora bien, sí es aplicable el artículo 1.701, relativo a la disolución de la sociedad por pérdida de cosa específica (203), prometida en aportación (*quoad dominium* y *quoad usum*, pfo. 1.º)(204); y también el 1.707, que concede el derecho a la denuncia disolutoria en todo caso de incumplimiento (o sea, no sólo por culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor); preceptos, ambos, que regulan lo relativo a los efectos que el incumplimiento tiene sobre la sociedad (disolución y denuncia), pero no sobre la obligación de aportar (extinción o no de la misma) ni sobre la situación del que debió aportar. Veamos primero este segundo aspecto.

Con relación a la obligación de aportar, habida cuenta la ausencia de norma específica, hay que acudir a las reglas generales contenidas en los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código Civil. Y, así, ha de afirmarse que el incumplimiento por imposibilidad sobrevenida fortuita de la obligación de aportar supone la extinción de ésta y la liberación del deudor que había prometido hacerla. La no imputabilidad al socio deudor, por imposibilidad sobrevenida, que tiene como consecuencias la liberación de su obligación y la no responsabilidad por el incumplimiento, se funda en el caso fortuito [ha de interpretarse el «sin culpa del deudor» del artículo 1.182 como caso fortuito (205), con lo que coincide con el criterio del artículo 1.105]. La pérdida fortuita es causa de la liberación y límite de la responsabilidad del deudor (206).

Respecto a la sociedad, el perecimiento fortuito de la cosa, antes de efectuada la entrega, conduce a la disolución de la misma, por mandato del artículo 1.701; artículo que regula el supuesto doblemente: en el párrafo primero decreta genéricamente la disolución cuando la cosa prometida en aportación perece antes de la entrega, lo que vale tanto para la aportación en uso como en propiedad; y en el párrafo segundo, cuando se trata de cosa de la que el

(203) La hipótesis de pérdida de cosa genérica no es concebible.

(204) Entendemos que el párrafo 1.º se refiere a toda clase de aportación periclitada antes de la entrega; mientras que el párrafo 2.º se refiere sólo a las *quoad usum* periclitadas después. Este segundo párrafo regula, pues, el supuesto de pérdida, una vez realizada la entrega, o sea, estando la cosa en posesión de la sociedad; supuesto que es también el del artículo 1.687. Este caso no difiere en consecuencias del supuesto del párrafo 1.º del artículo 1.701. En este sentido dice Capilla que «la disolución de la sociedad por pérdida fortuita de la cosa aportada en uso se produce como consecuencia de la extensión a este tipo de aportaciones del régimen propio del arrendamiento (CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 623).

(205) En este sentido, Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, cit., pág. 653.

(206) Vid. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 150 y sigs.

socio se ha reservado la propiedad (o sea, en la aportación *quoad usum*), dice que la sociedad se disuelve en todo caso, es decir, tanto en caso de perecimiento anterior como posterior a la entrega. Pero esta drástica consecuencia requiere alguna explicación.

En primer lugar, parecería que esta causa disolutoria no es sino una concreción de la del número 2.º del artículo 1.700, que dice que «la sociedad se extingue cuando se pierde la cosa». Pero no es así, porque el artículo 1.701, en todos sus párrafos, no es un desarrollo del número 2.º del artículo 1.700. Y no lo es porque no declara siempre la disolución de la sociedad por pérdida de la cosa aportada: la declara en el párrafo 1.º y en el 2.º, como hemos dicho, pero no en el párrafo 3.º para cuando la pérdida «ocurre después que la sociedad ha adquirido la propiedad de ella». Así pues, cabe afirmar que la pérdida a que se refiere el número 2.º del artículo 1.700 es la extinción del sustrato patrimonial de la sociedad, que hace que sea imposible la consecución del fin social, mientras que la pérdida a la que alude el artículo 1.701 (pfos. 2.º y 3.º) es la del objeto ya aportado o por aportar.

En segundo lugar, que esa radical consecuencia de la pérdida, que es la disolución de la sociedad (207), no es tan automática como parece deducirse del tenor literal del artículo 1.701. Y no puede serlo porque protege intereses privados en los que los tribunales no pueden entrar de oficio «y nada impide que los consocios permanezcan inactivos, conformándose con que siga en sociedad el socio que en realidad nada aportó» (208). La pérdida fortuita funciona como «justo motivo» que permite la denuncia disolutoria (la renuncia causal) por cualquier socio al amparo del artículo 1.707(209) (en las sociedades por tiempo determinado); es decir, que el supuesto de hecho del artículo 1.701 queda comprendido en el del artículo 1.707. En definitiva, es la misma idea que preside el artículo 1.124, no aplicable por tratarse de un contrato no sinalagmático, pero sí su principio (210): que el incumplimiento

(207) Ha sido tradicional la crítica a que el efecto de la pérdida sea la disolución y no la exclusión del socio incumplidor, como sucede para las sociedades mercantiles personalistas: artículo 218.7.º Hay que advertir que en ese precepto, según opinión general, se incluye tanto el supuesto de incumplimiento imputable como no imputable (CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 626). No obstante, veremos como la exclusión del socio tiene juego en este ámbito.

(208) CAPILLA RONCERO, *ibid.*, pág. 622. En igual sentido: PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1496. La interpretación histórica es la contraria: que la disolución por pérdida de la cosa no imputable al deudor de la aportación (el socio), opera automáticamente.

(209) La pérdida puede operar sólo como móvil en el caso del artículo 1.705, pues, en él, no es necesario alegar justo motivo para instar la disolución.

(210) Capilla dice que la disolución del artículo 1.701 es plasmación del principio informante del artículo 1.124 (*ibid.*, págs. 623, 625). En cambio, del artículo 1.707 afirma que «supone la aplicación a la relación social del mecanismo resolutorio que, con carácter general, recoge el artículo 1.124» (*ibid.*, pág. 621; también: págs. 681 y sigs.).

imputable, y, menos aún, el no imputable (imposibilidad sobrevenida) no producen la resolución automática del contrato (en nuestro caso, la disolución de la sociedad), sino que posibilitan al que cumplió el poder pedir la resolución (en nuestro caso, ejercer la denuncia).

Así pues, cabe que los socios no insten la disolución porque quieran la continuidad de la sociedad a todo trance, incluso con el socio que no pudo aportar. Para este supuesto, lo que correspondería sería la disolución parcial, esto es, la exclusión del socio (cuyo presupuesto de la condición de socio [su participación en la comunidad de contribución en sentido estricto] ha desaparecido), sin derecho a contrapartida alguna (211). Es la solución del Derecho italiano: en el *Codice Civile* se da la exclusión del socio aportante del «godimento», por pérdida de la cosa no imputable a los administradores (art. 2.286, 2.º pfo. *Codice Civile*). Nuestro Código no prevé nada relativo a la disolución parcial, salvo la mención que hace el artículo 1.706, párrafo primero, a la exclusión del socio renunciante de mala fe, pero, a través de la aplicación analógica de ese precepto, se podría llegar a afirmar, también para nuestro caso, la solución de la exclusión del socio. En efecto, como dice PAZ-ARES, «no hay razón para permitir que se excluya a un socio cuando infringe el deber de denunciar la sociedad de buena fe (que, al fin y al cabo, es una hipótesis de menor trascendencia) y para no permitir lo propio cuando se infringe el deber de aportar o el deber de no competencia, etc.» (212).

Si, a pesar de todo, la sociedad continúa con todos sus socios, porque no se ha producido la disolución de la sociedad ni la exclusión del socio, éste habrá ostentado los derechos correspondientes a su cualidad de socio, pero, cuando se produzca la disolución, no sólo no tendrá derecho a recuperar el valor de la cosa perdida, sino, como no la aportó, tampoco tendrá derecho a participar en los resultados, pues éstos, en principio, deben ser proporcionales a lo aportado (art. 1.689 del Código Civil) (213).

(211) Es la propuesta de Rey Portolés (REY PORTOLÉS, «El art. 1.701 del Código Civil [la imposibilidad sobrevenida de la aportación en la sociedad]», en *ADC* [1975], págs. 897 y sigs.).

(212) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1511. En contra, Capilla opina que «si no se promueve la efectiva disolución de la sociedad, ésta permanece inalterada, salvo la disminución patrimonial provocada por la pérdida sufrida. El socio afectado por la imposibilidad seguirá de hecho siendo socio, percibiendo la participación en beneficios que se haya pactado en su favor». Porque, para él, la disolución parcial no es posible, salvo previsión acordada unánimemente por los socios (CAPILLA RONCERO, *Comentario a los arts. 1.665 a 1.708*, cit., pág. 626).

(213) Para Paz-Ares, el sentido del artículo 1.701 es precisamente el de «distribuir los riesgos contractuales entre las partes» por pérdida fortuita de la cosa aportada o prometida en aportación (*ibid.*, págs. 1495 a 1497; en el mismo sentido: CAPILLA, *ibid.*, págs. 615 a 617; con opinión diversa: DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, cit., pág. 532). Cuando el perecimiento de la cosa es posterior a su aportación, y ésta fue en propiedad, dice el artículo que no hay disolución; lo que significa que el riesgo

Por último, en el caso que contemplamos de que la sociedad continúe con él a pesar de su no aportación, pierde este socio deudor su derecho a exigir a los demás su aportación (lo que, en otro caso, podría haber hecho en el marco, desde luego, de la *actio pro socio*). A diferencia de la compraventa (art. 1.452), que atribuye el riesgo, como regla general, al acreedor (o sea, al comprador, siguiendo el principio *res perit emptori*) aquí se atribuye al deudor (esto es, al socio) que no podrá reclamar nada. Y si lo que reclama es el cumplimiento de los demás socios, se podrá oponer por éstos, no la *exceptio non adimpleti contractus*, pues no se trata de un contrato sinalagmático, pero sí la *exceptio doli* (214), *sobre todo si la sociedad es de dos socios*.

4.1.2. Incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce, no imputable

La pérdida fortuita de la cosa, una vez entregada, es una cuestión de riesgo, del que luego hablaremos, pero implica también el incumplimiento (no imputable) de la obligación de mantener en el uso y goce de la cosa aportada. En efecto, la pérdida fortuita posterior a la entrega produce necesariamente el incumplimiento (por imposibilidad sobrevenida, no imputable) de la obligación de tracto continuo, que tiene el socio, de mantener a la sociedad en el uso o goce de la cosa aportada; incumplimiento (y liberación) del socio que, aunque no imputable, hace que éste decaiga en la comunidad de contribución, lo que explica que el segundo párrafo del artículo 1.701 prevea la disolución de la sociedad no sólo cuando la pérdida es anterior a la entrega sino también cuando es posterior. Por contraposición, en la aportación en propiedad, en caso de pérdida posterior a la entrega, el párrafo tercero del artículo 1.701 no establece la disolución, porque en ella no existe obligación duradera y toda la obligación del socio ha sido ya cumplida.

lo soporta la sociedad: el socio conserva sus derechos en la sociedad. Pero cuando el perecimiento es de cosa prometida en aportación *quoad dominium*, aún no entregada (antes de ser aportada); o cuando la aportación es en uso o goce, ya sea antes, ya después de ser entregada, el riesgo es del socio: o sea, al socio se le priva del derecho a reclamar la cuota de liquidación.

Lo mismo afirma Capilla al decir que «la consecuencia dimanante de la afirmación de que el riesgo es del socio es, precisamente, que éste ve alterada su posición jurídica como consecuencia de los eventos fortuitos padecidos por su aportación»: «recupera las cosas en el estado en que se encuentren, o no recupera nada al finalizar la sociedad, y decrece, aumenta o se extingue su derecho a participar en resultados»; «desaparece el contenido patrimonial de su condición de socio» y «debe desaparecer también la condición de socio» (CAPILLA, *ibid.*, pág. 619).

(214) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1317.

La aplicación del artículo 1.701 se ha de hacer, como ya se ha dicho, en conjunción con el 1.707, al que hay que dar el alcance mencionado, incluido el relativo a la posibilidad de exclusión del socio. Sin embargo, en la medida en que, ahora, la pérdida se produce con posterioridad a la entrega, la medida de la exclusión del socio puede ser injusta si el período de uso y disfrute, por la sociedad, de la cosa ha sido todo o una gran parte del tiempo prometido. Para las sociedades de capital, dice LOJENDIO que, «por aplicación de las normas sobre arrendamiento, en caso de pérdida de la cosa (art. 1.568 del CC), queda extinguida la obligación de devolverla si el arrendatario [sociedad] prueba que no se perdió por su culpa (arts. 1.182 y 1.183 del CC). Al extinguirse el contrato por pérdida del objeto desaparece, igualmente, la obligación del arrendatario [sociedad] de pagar la renta, por lo que cabe pensar, en el caso de aportación de uso a la sociedad a cambio de acciones entregadas en el mismo momento, que si se pierde la cosa antes de finalizar el período de duración pactado, la sociedad tendría derecho a recuperar una parte proporcional de lo que entregó, esto es, de acciones o de su valor en dinero, correspondiente al período no disfrutado» (215); pero el socio no perdería su condición mientras conservara algunas acciones. Esto se explica porque la entrega de acciones (en la sociedad anónima) equivale al pago anticipado de todas las rentas correspondientes al período fijado de uso, por lo que, en caso de pérdida, habría derecho a recuperarlas proporcionalmente al período no disfrutado.

4.2. INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE

4.2.1. *Incumplimiento de la obligación de entregar, imputable*

En caso de incumplimiento imputable de la obligación de entregar (supuestos de pérdida no fortuita y, por tanto, negligente) (216), o de pérdida fortuita, estando en mora o habiéndose prometido la cosa a varias personas (art. 1.096 del Código Civil); o el simple supuesto de mora) puede tener lugar, igualmente, la disolución de la sociedad en el marco, ahora exclusivamente, del artículo 1.707, que permite la denuncia de la sociedad por tiempo determinado en caso de «faltar uno de los compañeros a sus obligaciones». Bajo este aspecto, la consecuencia, no obstante, es la misma (justo motivo para pedir la disolución), o casi la misma que en el caso del incumplimiento no imputable de la obligación de entregar, o sea, en el supuesto de pérdida

(215) LOJENDIO OSBORNE, *Aportaciones sociales*, cit., pág. 56.

(216) La diligencia debida en la concreta relación obligatoria mide la evitabilidad o no de la pérdida, y, por tanto, su caracterización o no como fortuita (vid., JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, cit., págs. 217 y 218).

fortuita. La diferencia entre el incumplimiento culpable y el no culpable, con relación a la disolución, está, como dice CAPILLA, en que el efecto disolutorio, en el primer caso, opera desde la denuncia, mientras que, en el segundo, desde la pérdida (217) (aunque este segundo caso requiere también de la denuncia, puesto que no hay automatismo en la disolución).

Como el incumplimiento procede de causa imputable al socio, éste no se libera, pudiendo optar la sociedad—o cualquier socio (en el ejercicio de la *actio pro socio*)—, en vez de por la denuncia, por exigir el cumplimiento (218). Si el cumplimiento ya no es posible (caso de pérdida no fortuita o fortuita, estando en mora o habiendo prometido la cosa a varias personas), habrá surgido la obligación de indemnizar; y si todavía es posible, los demás socios podrán intimar al socio a fin de que cumpla *in natura*; y, si no, proceder al cumplimiento forzoso, pudiendo exigirle, además, responsabilidad por los daños y perjuicios que haya causado, en aplicación de lo establecido en el artículo 1.686, que es un trasunto del artículo 1.101, y que dice que «todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo», entre los que habrán de incluirse «los que se ocasionen a los socios como consecuencia de la terminación anticipada de la sociedad» (219).

4.2.2. *Incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce, imputable*

La hipótesis de incumplimiento imputable de la obligación de mantener en el uso o goce incluye varios supuestos: además de los casos de perturbación en la posesión, el de pérdida culpable posterior a la entrega por no haber, por ejemplo, realizado, en las cosas, las reparaciones necesarias, o el de evicción. En cualquier caso, es aplicable el artículo 1.707, o sea, la posibilidad de denunciar la sociedad por incumplimiento de un socio o de excluirle; debiendo añadirse, por tratarse de incumplimiento imputable, el deber de indemnizar por parte de este socio.

5. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL SOCIO APORTANTE DE COSA CONSUMIBLE

En la medida en la que la cosa consumible sea genérica, no cabe la hipótesis de pérdida anterior a la entrega (*genus numquam perit*), ni la de

(217) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 624.

(218) La denuncia es incompatible con el cumplimiento (PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1513; CAPILLA, *ibid.*, pág. 693).

(219) PAZ-ARES, *ibid.* Vid. CAPILLA, *ibid.*, pág. 696.

liberación del socio por imposibilidad sobrevenida; el socio soporta el riesgo del perecimiento fortuito porque puede entregar y cumplir con cosas del género pactado (220). El incumplimiento de la obligación de entregar cosas genéricas es imputable al socio en tanto el género subsista, con independencia de su diligencia (221).

En caso de incumplimiento de la obligación de entregar, en este supuesto de cosa genérica, por parte del socio, y presupuesta la condena, cabe el cumplimiento forzoso en los términos del artículo 1.096, párrafo 2.º del Código Civil, esto es, por medio de la adquisición de las cosas pertenecientes al género, siendo del socio la obligación de pagar el precio de las mismas. El incumplimiento, no obstante, de la obligación de entregar, puede dar lugar a la denuncia de la sociedad, ex artículo 1.707 del Código Civil. Además, será exigible la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

Por otro lado, al no existir obligación de mantener en el uso y goce de la cosa, la pérdida posterior a la entrega no puede constituir un problema de incumplimiento, sino de riesgo.

6. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA

Uno de los aspectos más característicos de la aportación en uso es el relativo a la atribución del riesgo, que es materia regulada expresamente por el artículo 1.687. Para empezar, hay que aclarar que el riesgo de que trata este artículo no es el relativo a la obligación de aportar (por imposibilidad de cumplirla), de lo que ya hemos tratado (222), sino el «riesgo» a la plusvalía o minusvalía (incluso, a la pérdida) que sufra la cosa ya aportada (223); resolviendo la cuestión de a quién debe atribuírsele: si al socio que la aportó o a la sociedad, y, por tanto, a todos los socios.

(220) Esto, entendido con las limitaciones que señala Caffarena (CAFFARENA LAPORTA, «*Genus numquam perit*», en ADC, 1982, pág. 293): que se trate de género no limitado y que el acreedor no se encuentre constituido en mora.

(221) Así, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, pág. 432. La hipótesis de incumplimiento no imputable sería la de pérdida fortuita de cosa consumible, no fungible, anterior a la entrega, o de cosa consumible de género limitado.

(222) El riesgo, en ese caso, es también del socio, como en el caso presente, pero esa imputación del riesgo es algo que hay que deducir del artículo 1.701, en combinación con el artículo 1.707, como ya se ha dicho.

(223) De lo que parcialmente hemos tratado, cuando supone incumplimiento de la obligación de mantener en el uso o goce. «Por riesgos han de entenderse los avatares padecidos por las cosas objeto de una prestación, que se traducen en su pérdida, menoscabo o incremento de valor, como consecuencia de circunstancias no imputables a dolo, culpa o negligencia de los sujetos intervinientes» (CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 315).

Por eso, lo primero que hay que hacer es determinar el sujeto que ha de sufrir el riesgo, y para ello es preciso analizar el artículo 1.687, distinguiendo, como él hace, a efectos de desplazamiento del riesgo, entre cosas consumibles y no consumibles; aunque, junto a las primeras, menciona también otras. Dice el artículo 1.687 que «el riesgo de las cosas ciertas y determinadas, no fungibles [no consumibles], que se aportan a la sociedad para que sólo sean comunes su uso y sus frutos, es del socio propietario» (párrafo 1.º); mientras que «si las cosas aportadas son fungibles» [no consumibles], o «no pueden guardarse sin que se deterioren» [deteriorables], o «se aportaron para ser vendidas», o «con estimación hecha en el inventario», el riesgo es de la sociedad (párrafo 2.º).

6.1. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA, CUANDO ES NO CONSUMIBLE

En el párrafo primero del artículo 1.687 se dice que si la aportación fue *quoad usum* y la cosa era no consumible, el riesgo es del socio aportante (224), lo que guarda congruencia con la regla *res perit domino*. /- ¿Qué quiere decir que el socio soporta el riesgo? Pues que, en caso de pérdida, no tiene derecho a recuperar, no ya la cosa que ha perecido, sino tampoco su valor; pudiendo perder, por otro lado, la cualidad de socio para el futuro, según hemos visto ya. Es la misma regla que rige en el arrendamiento, pues, en él, el arrendatario no sufre la pérdida o menoscabo de la cosa por causa no imputable a él, o sea, por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de tercero, o por deterioro por el uso ordinario o por el transcurso del tiempo (art. 1.561 del Código Civil). Otra cosa sucede en caso de que el deterioro o pérdida sea debido a culpa del arrendatario o de persona de «su casa», como dice el artículo 1.564. Y lo mismo en el caso de aportación en uso a una sociedad, cuando el deterioro o pérdida son debidos a socios, administradores, empleados, clientes, etc., pues, entonces, es la sociedad la que debe responder del deterioro o pérdida.

De igual modo, en el caso no de *minusvalía*, sino de *plusvalía*, esto es, de mejora del bien aportado, el riesgo, o sea, el beneficio, es también del socio aportante, al igual que en el arrendamiento, es del arrendador. El artículo 1.573 remite a las reglas del usufructo (arts. 487, 488 y 502 del Código Civil) y en su virtud, el arrendatario, o sea, la sociedad, no tiene derecho a indemnización alguna por las mejoras útiles o de recreo, si bien podrá retirarlas siempre que hayan mantenido su individualidad, o sea, siempre que no

(224) Que tiene que soportar la pérdida o menoscabo de la cosa debida a caso fortuito o hecho de tercero; o sea, que, en el momento de la disolución, el socio no tendrá derecho a ninguna compensación por no recibir la cosa aportada.

hayan pasado a formar parte integrante de la cosa aportada; en definitiva, siempre que puedan separarse sin detrimento. Por otra parte, podrá compensar las mejoras con los desperfectos (art. 488).

6.2. EL RIESGO DE LA COSA APORTADA CUANDO ES CONSUMIBLE

En el Derecho antiguo, la aportación en uso de cosa fungible y, sobre todo, de dinero, se había convertido en un expediente para burlar la prohibición canónica de los préstamos usurarios, pero carecía del suficiente atractivo porque existía la regla de que los riesgos de las cosas consumibles o fungibles aportadas eran del socio. Y POTHIER propuso, a la vista de lo dicho, la transferencia de los riesgos de las cosas fungibles a la sociedad (225), lo que fue aceptado por los redactores del *Code Civil* (antiguo art. 1.851) y por los de nuestro Código Civil.

Actualmente, la regla por la que la sociedad asume los riesgos de las cosas consumibles dadas en uso tiene otras explicaciones. Para CAPILLA, la aportación en uso de cosa consumible con atribución del riesgo a la sociedad, acogida en el segundo párrafo del artículo 1.687, se explica por ser, además, aportación *quoad sortem* (226): por reservarse el socio recuperar su valor en todo caso al finalizar la sociedad, es decir, por «conservar íntegra su expectativa a la cuota de liquidación sin que se rompa la proporcionalidad inicialmente determinada en base al valor relativo de la cosa aportada» (227). Porque, cuando el socio tiene derecho a recuperar el valor de lo aportado, aunque en el momento de la disolución lo aportado no exista, o haya aumentado o disminuido su valor (lo que sucede cuando la aportación es *quoad dominium* y *quoad sortem*, que es lo normal), el riesgo es de la sociedad.

Para PAZ-ARES, el supuesto de una aportación en uso o goce de cosa consumible es extraño, porque una aportación de cosa consumible entraña enajenación o transmisión de la propiedad (228). Así, pues, considerando que tal aportación, en verdad, es traslativa de propiedad porque el uso y disfrute de esas cosas (por ejemplo, mercaderías, materias primas) supone su desaparición material o su enajenación, se explica que el riesgo recaiga en la sociedad, pues *res perit domino*. Para este autor, el segundo párrafo del artículo 1.687 se refiere a la aportación en propiedad únicamente, pues, de otra

(225) REGNAUT-MOUTIER, *La notion d'apport en jouissance*, cit., pág. 2.

(226) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 323 y sigs. No hay que olvidar la distinta concepción del título *quoad sortem* que tiene este autor respecto a Paz-Ares.

(227) CAPILLA RONCERO, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 322.

(228) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1430. Vid. la STS de 20 de julio de 1989, cómo interpreta este artículo.

manera, el artículo, en su conjunto, sería reiterativo: referencia negativa a la aportación en uso de cosa consumible en el párrafo primero, y positiva en el segundo. Pero esta interpretación no logra explicar por qué el legislador ha tenido que singularizar, en el segundo párrafo, cuatro supuestos de aportación en propiedad, habiendo bastado con una referencia genérica. Para salvarlo, PAZ-ARES entiende que este segundo párrafo lo que hace es «establecer la presunción de que, en la duda acerca del título de la aportación, las cosas fungibles, deteriorales, aportadas para ser vendidas y las tasadas deben reputarse realizadas a título de propiedad» (229).

Sin embargo, la explicación es más sencilla. Partiendo de que la aportación en uso de cosa consumible está admitida por el artículo 1.687 como tal aportación en uso y no como aportación en propiedad y de que, como ya dijimos, la presunción de la que habla PAZ-ARES no resulta evidente, es preciso volver sobre la naturaleza de la aportación en uso de cosa consumible. Con esta clase de aportación, el derecho que ostenta la sociedad, y que le permite, en el marco de su objeto social, obtener de la cosa beneficios, es de propiedad, y su posición jurídica frente al socio es semejante a la del mutuario respecto al mutuante. Así pues, partiendo de la existencia de transmisión de dominio, la aplicación de la regla *res perit domino* conduce a ligar los riesgos a esa transferencia de propiedad (230); y porque las vicisitudes de la cosa (sea la aportada o las de su misma especie y calidad) en nada afectan al aportante, que conserva su derecho frente a la sociedad; por ello, el artículo 1.687, en su segundo párrafo, dice que «si las cosas aportadas son fungibles [...] el riesgo es de la sociedad». Lo mismo sucede en el mutuo: según el artículo 1.753, el prestatario tiene que devolver «otro tanto de la misma especie y calidad», y según el artículo 1.754, tiene que entregar «una cantidad igual a la recibida y de la misma especie y calidad, aunque sufra alteraciones en su precio»; o sea, que el riesgo es suyo. El socio aportante conserva la integridad de sus derechos sociales, sea cual sea la suerte que corra el bien aportado, y conserva íntegro su derecho a la restitución.

7. LA IMPUTACION DEL RIESGO

Veamos ahora lo que significa hacer imputación del riesgo a los efectos del artículo 1.697, o sea, con relación a la liquidación (231).

(229) PAZ-ARES, *ibid.*

(230) Como ya dijimos, es determinante el momento en el que se sitúe la transmisión de la propiedad porque, a partir de él, la sociedad soportará el riesgo.

(231) Vid PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., págs. 1429 y 1430.

7.1. CUANDO EL RIESGO ES DEL SOCIO

Cuando el riesgo es del socio, quiere decirse que el aumento, disminución o pérdida de la cosa aportada se le atribuye a él, de modo que la plusvalía, sea beneficio suyo; lo mismo que la minusvalía o la pérdida sean también suyas, sin que pueda, en estos casos, aumentar su participación en las ganancias, imputando aquella pérdida a los resultados. Porque ninguna posible alteración sufrida por el bien puede afectar al resto de los socios.

La cosa determinada no consumible que, en caso de no haber perecido, recupera el socio, nunca ha formado parte del patrimonio de la sociedad, por lo que, con ocasión de la restitución, la cosa no sale del patrimonio de la sociedad para reingresar en el del socio. Tampoco sale del patrimonio social, en ese momento, el derecho personal de uso, para hacer tránsito hacia el patrimonio del socio, porque, precisamente, ese derecho se ha consumido, ha llegado a su término. Por eso, el patrimonio de la sociedad no se altera ni con la plusvalía ni con la minusvalía, ni con la pérdida del bien.

7.2. CUANDO EL RIESGO ES DE LA SOCIEDAD

Cuando el riesgo es de la sociedad (o, lo que es lo mismo, de los socios), el aumento o disminución de valor de la cosa aportada se imputa al resultado. Así, por ejemplo, si la cosa ha aumentado de valor, el socio aportante *quoad usum* tendrá derecho, en principio, a recuperar cosas de la misma calidad y especie (y cantidad) a las aportadas. Ahora bien, la devolución de bienes, ahora de valor superior, pero en la misma cuantía, especie y calidad, es pérdida para la sociedad y se imputa al resultado; resultado en el que el socio aportante participa.

8. LA RESTITUCION DE LOS BIENES DADOS EN USO

Lo propio de la aportación en uso es que la atribución que se hace a la sociedad del uso y goce es esencialmente temporal; o sea, que exige la restitución del bien aportado, cuestión de la que ya hemos tratado desde la perspectiva de la sociedad, como sujeto obligado.

8.1. EL OBJETO DE LA RESTITUCIÓN

En el caso de los bienes no consumibles, la restitución debe ser *in natura*, de la misma cosa aportada. Propiamente no es devolución de la aportación,

sino de la cosa. En esta aportación, como en la de industria, cuando llega su término, el socio no recupera el uso o el servicio que aportó, lo que recupera es la cosa libre o la libre disposición de su actividad.

En el caso de los bienes consumibles, cuyo uso ha supuesto su desaparición física o su enajenación (consumición jurídica), la restitución no podrá ser de la misma cosa aportada. Pero hace falta que sea, a la vez, fungible (lo que sucederá normalmente), para que pueda hacerse la restitución *in natura* (entendiendo por tal, cosa de la misma calidad y especie): los artículos 1.753 y 1.754 parten de la doble cualidad de la cosa prestada (consumible y fungible) al establecer que la restitución sea «de otro tanto de la misma especie y calidad» de la cosa mutuada. En caso de que sólo sea consumible, la restitución habrá de ser por equivalente.

8.2. EL MOMENTO DE LA RESTITUCIÓN

8.2.1. *Cuando el término de la aportación coincide con el de la sociedad*

En el supuesto de que el término de la aportación coincida con el tiempo efectivo de duración de la sociedad (que habrá de coincidir además con el tiempo estatutario para que haya aportación a tiempo determinado), el bien aportado habrá de devolverse en la liquidación. Ahora bien, hay que ver en cuál de las operaciones de liquidación ha de hacerse la restitución, siendo, como son, la liquidación del activo, la liquidación del pasivo y la división del patrimonio neto entre los socios (operación, ésta, que se descompone en dos: devolución del capital y distribución del resultado) (232).

La devolución del capital consiste, precisamente, en sustraer al patrimonio neto (patrimonio resultante de la liquidación del activo y del pasivo) el valor de las aportaciones realizadas por los socios, y en distribuir ese valor entre éstos, conforme a lo que aportaron; y lo que resta de aquella deducción es el resultado, que puede ser positivo o negativo, y que también habrá de ser distribuido entre los socios. Pues bien, la aportación en uso de cosa no consumible no se imputa al capital: el socio aportante en uso no tiene derecho a participar en el reparto del capital (en el reparto de resultado, sí) (233). «La devolución de los bienes no aportados en propiedad —dice GIRÓN— no es división del patrimonio social, sino cumplimiento de una obligación de la sociedad» (234).

(232) *Ibid.*, págs. 1519 y sigs.

(233) Tampoco tiene ese derecho el socio industrial.

(234) GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, cit., pág. 708.

La devolución, pues, del bien (no consumible) aportado en uso (del mismo bien, con su plusvalía o su minusvalía) no se hace en la fase de división del patrimonio neto, sino antes. Así, dice PAZ-ARES que puede incluirse en la liquidación del pasivo (pago de las deudas de la sociedad), «aunque técnicamente sean cuestiones diferentes, la devolución a los socios de las aportaciones realizadas a título de uso. Esta devolución ha de hacerse a partir del momento en que cesa la actividad de la explotación de la sociedad, puesto que se trata de bienes que no están afectos a fin de liquidación [satisfacción de las deudas]. No obstante, si se precisan para tal fin (v.gr.: el inmueble donde se almacena el patrimonio social o se realizan las ventas) podrá demorarse la entrega hasta el momento final» (235).

8.2.2. *Cuando el término de la aportación no coincide con el de la sociedad*

En el caso de que haya de restituirse antes de la terminación efectiva de la sociedad, si se trata de cosa no consumible, al haber transcurrido el término de la aportación, la sociedad carece de título para seguir poseyendo y ha de restituir el bien, como el arrendatario ha de reintegrar la posesión, una vez extinguido el contrato. Si la cosa es consumible, la sociedad ha de satisfacer el crédito que el socio tiene contra ella, por el que ha de recibir cosas de la misma calidad y especie (y cantidad) que la cosa aportada (art. 1.754 del Código Civil, por analogía); derecho que tiene desde que hizo la aportación, porque, como en el mutuo, su derecho de propiedad se transformó en un derecho de crédito.

M.^a ANGUSTIAS MARTOS CALABRÚS
y ALVARO NÚÑEZ IGLESIAS
Profesores Titulares de Derecho Civil
Universidad de Almería

(235) PAZ-ARES, *Comentario a los artículos 1.665 a 1.708*, cit., pág. 1520. «El deber de fidelidad —señala Girón— aconseja interpretar que quepa retenerlo si es imprescindible el uso durante el proceso liquidatorio» (GIRÓN TENA, *ibid.*). Sobre restitución de los bienes dados en uso, vid. el artículo 2.281 del *Codice Civile*.